

REVISTA DA

# ADVOCACIA



B A I A N A

ABRIL 2023 • EDIÇÃO 1 - VOL.2 • TRIMESTRAL

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL  
SEÇÃO DO ESTADO DA BAHIA

**O exercício da  
advocacia no estado  
democrático de direito**

EDITORA



BAHIA



**Editora OAB Bahia**  
Rua Portão da Piedade, 16  
Barris | CEP: 40070-045  
Telefone: 71 3329-8900  
71 3329-8914

[www.oab-ba.org.br/](http://www.oab-ba.org.br/)



Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida por quaisquer meios, sem a autorização prévia da Editora OAB/BA

**Presidente da OAB/BA**  
Daniela Lima de Andrade Borges

**Presidente da Editora da OAB/BA**  
Thais Bandeira

**Projeto Editorial e Diagramação**  
Leo Barros (Leo Design)

## CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO

### NACIONAIS

**Afonso Ghizzo Neto**  
Doutor – Santa Catarina/SC

**Bartira Macedo de Miranda**  
Pós-Doutora – Goiás/GO

**Bruno Devesa Cintra**  
Especialista – Cuiabá/MT

**Caroline Coelho Cattaneo**  
Mestre – Roraima/RO

**Danyelle da Silva Galvão**  
Doutora – São Paulo/SP

**Ezilda Melo**  
Mestra – Paraíba/PE

**Ilana Martins Luz**  
Doutora – São Paulo/SP

**José Vitor Costa Júnior**  
Especialista – Rondônia/RO

**Luiz Viana Queiroz**  
Mestre – Salvador/BA

**Rafael Lara Martins**  
Mestre – Goiás/GO

**Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho**  
Doutor – Salvador/BA

**Rosângela Maria Herzer dos Santos**  
Especialista – Rio Grande do Sul/RS

**Taysa Matos do Amparo**  
Doutora – Salvador/BA

**Vinicius de Souza Assumpção**  
Mestre – Salvador/BA

### INTERNACIONAIS

**Margarida Maria de Oliveira Santos**  
Doutora – Braga/Portugal

**Salvador Morales Ferrer**  
Doutor – Valência/Espanha

## FICHA CATÁLOGRAFICA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) | (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Revista da Advocacia Baiana [livro eletrônico]:  
o exercício da advocacia no estado democrático de direito : volume 2 / [organização] Editora OAB Bahia. -- 1. ed. --  
Salvador, BA : Ordem dos Advogados Do Brasil Seção Bahia, 2023.  
PDF

Vários autores.  
Bibliografia.  
ISBN 978-85-98170-09-1

1. Direito 2. Revista jurídica

23-165734

CDU-34

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 34  
Tábata Alves da Silva - Bibliotecária - CRB-8/9253

ISBN: 978-85-98170-09-1



9 788598 170091



# APRESENTAÇÃO

Foi com muita alegria, honra e enorme senso de responsabilidade que recebi da Presidente Daniela Andrade Borges o convite pra presidir a Editora da OAB-BA. Estando na Diretora da Escola Superior da Advocacia, por diversas vezes, havia sido abordada por pesquisadores (as) baianos (as), que queriam publicar seus trabalhos, obras e textos pela própria OAB-BA. Era, portanto, um sonho e um desejo antigo viabilizar essa possibilidade para nossos (as) colegas! Hoje, podemos contribuir para que essas produções ganhem o merecido alcance. É, inclusive, da OAB, insculpido no Estatuto (lei 8906/94, art. 44) zelar “pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”. É essa, portanto, a missão da Editora: difundir e valorizar a cultura jurídica da advocacia baiana, estimulando a produção científica. Sintam-se todos e todas convidados (as) a contribuir com nossas publicações. Ganha a pesquisa, ganha a produção científica, ganha a advocacia!

Thais Bandeira

5

**MANDADO DE INJUNÇÃO POR MEIO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO FERRAMENTA DA APLICABILIDADE DO ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL**

Elias Ferreira da Rocha

9

**MULHER ADVOGADA: A MAGNITUDE DO PAPEL DESEMPENHADO NA HISTÓRIA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA ANTES E PÓS CONSTITUINTE DE 1988**

Vanessa Teixeira Santos

14

**“O BOM JUIZ”: CASUÍSTICA HUMANISTA E REFERENCIAL MÍNIMO DE EMPATIA PARA JULGADORES E ACUSADORES EM UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO**

Bruno Espíneira Lemos

21

**O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, A ADVOCACIA PÚBLICA E O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE**

Ariela de Almeida Serra e Verônica de Almeida Carvalho

24

**O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO DIANTE DAS NORMAS MUNICIPAIS BRASILEIRAS PROIBITIVAS DA DISCUSSÃO DAS DIVERSIDADES HUMANAS DE GÊNERO E SEXUAL NAS ESCOLAS PÚBLICAS – BREVE ESTUDO DE CASO SOBRE A ADI ESTADUAL Nº 0011990-05.2016.827.0000/16-TJTO, GÊNESE DA ADPF Nº 465/2017**

Gisela Maria Bester

39

**O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA COMO COROLÁRIO DA GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHO**

Thais Lima Andrade Menezes

44

**O IMPACTO DA INTERNET E DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – LGPD PARA A ADVOCACIA**

Tiana Maia Ferraz

49

**O DESAGRAVO PÚBLICO COMO PRERROGATIVA ESSENCIAL DA ADVOCACIA**

Evânio Moura

53

**RECORDAÇÕES VIVAS DA DESESPERANÇA NA CASA DOS MORTOS: COSTURANDO MEMÓRIAS COM PEDRO E FIÓDOR DOSTOIÉVSKI**

Leonellea Pereira

58

**QUAL O PAPEL DO CÓDIGO DE ÉTICA PROFISSIONAL NA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ATRAVÉS DA ADVOCACIA?**

Hugo Rossi Figueiróia



# Mandado de injunção por meio da defensoria pública como ferramenta da aplicabilidade do estatuto da igualdade racial

## AUTORES



ELIAS FERREIRA  
DA ROCHA

Mestrando no programa de Mestrado Em Estudos Jurídicos Avançados Pela Universidade Europeia Do Atlântico/Fundação Universitária Iberoamericana – FUNIBER. Pós-graduado em Direitos Humanos, Diversidade e Violência pela Universidade Federal do ABC 2019. Especialista em Direito Constitucional Aplicado com Capacitação para o Ensino no Magistério Superior no Complexo Educacional Damásio de Jesus 2016. Especialista em Direito da Seguridade Social pela Faculdade Legale 2015. Especializando em Direito Digital – E-Commerce e Tribunal do Júri pela mesma faculdade. Assessor de Políticas Públicas e Assuntos Jurídicos da ONG Educafro. Defensor contratado da Assistência Jurídica do Município de Olindina – BA. Praça Antônio Borges Santana, 132, Centro, Olindina –BA CEP 48470-000. Advogado. elias.rocha.elias@gmail.com. WhatsApp 11-974569283. <http://lattes.cnpq.br/0271781831433347>

*Dedico este trabalho “in memoriam” à minha mãe Galdina Ferreira, que me despertou o poder de aprender ensinando, onde quer que esteja sempre rogar por mim.*

## RESUMO

O presente trabalho é uma adaptação da monografia apresentada no final do curso de Pós-graduação em Direito Constitucional Aplicado à Faculdade de Direito Damásio de Jesus sob o título “Mandado De Injunção Por Meio Da Defensoria Pública Como Ferramenta Da Aplicabilidade Do Estatuto Da Igualdade Racial”, ano de obtenção 2016, tratou de analisar, a partir do Estatuto da Igualdade Racial, à luz da interpretação da máxima efetividade da Constituição Federal de 1988, analisou-se o Mandado de Injunção como alternativa para a garantia dos direitos da população negra à luz do microsistema jurídico dos direitos difusos e coletivos e a legitimidade da Defensoria Pública para ingressar com o Mandado de Injunção como tutela de proteção aos direitos fundamentais elencados no próprio Estatuto da Igualdade Racial com o fim de eliminar a síndrome de inefetividade das normas constitucionais.

**Palavras-Chave:** mandado de injunção; igualdade racial; Defensoria Pública; acesso à justiça; eficácia dos direitos fundamentais; igualdade material; interpretação da máxima efetividade da Constituição Federal de 88; síndrome da inefetividade das normas constitucionais.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará das causas que levaram o legislador a editar a lei 12.288 de 2010, denominada como Estatuto da Igualdade Racial. Abordará também a sua aplicabilidade perante a sociedade e o ordenamento jurídico, assim como as consequências de sua inaplicabilidade.

No Brasil, a discussão do tema elencado no Estatuto ainda é invisível. O presente trabalho pretende debater as causas e consequências e quais as ferramentas jurídicas adequadas a serem usadas no caso de descumprimentos dos direitos de políticas públicas voltadas para a questão racial.

Analisaremos com base em pesquisa na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o alcance da proteção dos direitos humanos elencados no estatuto em comento. Assim, com base nas regras e metas oriundas do próprio Estatuto da Igualdade Racial, pretendemos demonstrar o Mandado de Injunção Individual e Coletivo como ferramenta capaz de judicializar o referido estatuto.

Abordaremos o papel da Defensoria Pública diante de sua missão constitucional à luz dos direitos fundamentais. O objetivo geral é analisar o Estatuto da Igualdade Racial, conforme

os princípios e objetivos da República Federativa do Brasil e a eficácia dos direitos fundamentais. Apresentaremos, em tese, qual o instrumento ideal de garantia de proteção aos direitos fundamentais manuseados pelo órgão institucional que é a Defensoria Pública para erradicar a discriminação indireta, revertendo atual quadro de hegemonia de poder que perdura ao longo de séculos. A lei em questão é um instrumento jurídico passível de desafios. Assim, há necessidade de trazer à baila a discussão para o mundo acadêmico e toda a sociedade, tendo em vista a importância e a gravidade do tema.

## Capítulo 1 - Estatuto da igualdade racial

O presente capítulo não tem a pretensão de discutir o conceito de raça. O que se discute é o real alcance da norma com seu destinatário. Embora a palavra raça venha sofrendo transformação que vai ao encontro com o combate à discriminação dos afrodescendentes.

Desde a época da escravidão há registro de que a sociedade brasileira juntamente com suas instituições estatais não respeitava as leis que poderiam favorecer, de certa forma, os supostos direitos dos escravos.

Em 1891 com o nascimento da República, há uma nova forma de governo e novo pacto político. Entende-se por pacto político a participação consciente e justa de todos. Para Fábio Konder Comparato:



*Quando se criou a “falsa República” (já que república significa predomínio do bem em comum do povo sobre qualquer interesse privado, e a República, no Brasil, tem sido o predomínio do interesse privado sobre o bem comum do povo, os escravos não tiveram direitos, eles se tornaram inferiores a todos os outros, dentro do domínio rural. Então foram obrigados sair do campo e vir para cidades carregando consigo o estigma da escravidão.<sup>1</sup>*

<sup>1</sup>FERREIRA, Renato, et al. (sel. org.). **Ações Afirmativas, A Questão das Cotas** – Análises jurídicas de um dos assuntos mais controvertidas da atualidade, Niterói, Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011, p. 12.

Por duas vezes perdemos a chance de fazer a coisa certa em relação à igualdade racial, os referidos pactos são válidos à luz do contrato social, mas não o é a luz da justiça. Para John Rawls: “um acordo para ser justo, as partes devem ter os mesmos conhecimentos e representatividades idênticas.” (2015, p. 34-36)

Para Siqueira e Silva: “para tratar a todos com igualdade, oferecer genuína igualdade de oportunidade, a sociedade deve dar mais atenção aos possuidores de menos dotes inatos e dos oriundos de posições sociais menos favoráveis. Denominado princípio da diferença.” (SIQUEIRA; SILVA, 2013, p. 85) De modo que o véu da ignorância seria ideal para a sociedade de cada período, abolição, República e até mesmo o novo regime de 1988.

As desigualdades universais, inclusive entre o negro e branco devem ser combatidas por meio de acordos justos que as partes estejam na mesma posição originária como justiça distributiva. Os negros não tiveram a chance de optarem em relação a bens positivos ofertados perante a sociedade e nem de oportunidades, aqueles dotados de privilégios, os brancos, não passaram pela via do véu da ignorância de Rawls (2015), pois, já sabiam durante a afirmação dos pactos que são dotados de privilégios por não serem negros.

Ainda que exista no Brasil o direito formal da igualdade de todos, na prática há discriminação racial em todo segmento da sociedade, inclusive o institucional, aquele que o próprio estado pratica diretamente por meio de suas instituições ou por meio de seus agentes. Mesmo durante a lei e tratados que proibiam em tese o tráfico de africanos, quase um milhão de negros foram escravizados ilegalmente com a anuência do estado e a sociedade já que senhorios foram anistiados pelo próprio governo brasileiro por meio do pacto implícito para preservar a economia nacional.

O ordenamento jurídico era conivente com o tráfico ilegal do início do século XVII até sua metade. Existia a lei, tratados, mas não tinham eficácia. De um lado essas normas não tinham poder, de outro, nascia o código criminal com força contra os negros, isso porque o cenário à época era de seguir a teoria do embranquecimento, tanto é que o Estado Brasileiro, dentro desta política de embranquecimento aplicou incentivos aos imigrantes europeus e de alguns países asiáticos a virem, para criar uma sociedade. Por outro lado com o fim da escravidão, os negros não tinham lugar nesta nova sociedade, restando assim o ócio. Daí se deu a criação do crime de vadiagem, elencado no código criminal. Essa realidade é até hoje a prova de racismo estatal com o apoio do próprio ordenamento jurídico.

O Estatuto da Igualdade Racial traz não somente a resposta das questões acima como também traz caminhos para ser seguido sem obstáculos. Ele representa o direito como instrumento de transformação social. A dificuldade do poder judiciário de analisar o direito do negro por meio de lei se mostra recente. Ainda que este direito seja amparado pelos comandos da Constituição Federal de 1998, pelo Estatuto da Igualdade Racial e pela Convenção Internacional Sobre A Eliminação de Todas As Formas De Discriminação Racial que o Brasil é signatário, mesmo assim há resistência de se aplicar no caso concreto.

Em 2005, o MPT – Ministério Público do Trabalho propôs ação civil pública com o objetivo de tutela no âmbito da discriminação indireta nos Bancos, pedindo que este por meio de uma obrigação de não fazer não contratasse empregados brancos, e sim pessoas negras. O Poder Judiciário não aceitou dados estatísticos como provas. Dessa forma, não reconhecendo a inversão do ônus da prova.<sup>2</sup>

O Estatuto da Igualdade Racial traz em seu bojo o anseio da comunidade negra perante os princípios da dignidade da pessoa humana,

da liberdade, da igualdade de oportunidade, da justiça distributiva e tem como objetivo primordial praticar as metas e planos já consagrados na Constituição de 1988 com fim de reparação para aqueles que herdaram o drama da escravidão. Por se tratar de direitos fundamentais já elencados no documento maior do Estado, o Estatuto da Igualdade Racial deve ser interpretado como norma cogente e de obrigação de fazer por parte do Estado com imediata aplicação. Ao contrário, sempre ficaria na busca na validade da norma por meio de outra norma superior e assim sucessivamente, sem fim. Primeiro deve buscar interpretação na Constituição, depois na lei e depois essa lei deve ser interpretada de acordo com outra lei. Caracterizando insegurança jurídica. De modo que o mínimo existencial estaria sempre em jogo na busca da validade da norma. Nunca chegaria à vontade do legislador. Norberto Bobbio ensina que: “a norma jurídica pode ser submetida a três valores distintos, estas são independentes umas das outras. Diante da norma jurídica podemos colocar uma tríplice ordem de problemas: é justa? É válida? É eficaz?” (BOBBIO, 2001, p. 45-48).

A lei 12.288 de 2010 tem os requisitos para ser justa por fazer parte dos fins que o Estado persegue. É a vontade do legislador de 1988. É válida devido ao seu processo legislativo e conforme a Constituição Federal e deve ser eficaz por se tratar de norma cogente de direitos fundamentais. A lei 12.288 de 2010 é composta por IV títulos com 65 artigos. Título I, trata das disposições preliminares; título II, trata dos direitos fundamentais; título III, do sistema nacional da promoção da igualdade racial – SINAPIR; título IV, das disposições finais. Com as dificuldades e sofrimentos da população negra apontada acima é que surge o Estatuto da Igualdade Racial para efetivar, sem obstáculos, o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal com a participação de todos. O que resta é um olhar transformador do direito para que se aplique o que já se encontra consagrado no nosso ordenamento jurídico.

## Capítulo 2 - Do mandado de injunção

O conceito doutrinário do mandado de injunção: Mandado de injunção é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, (CF, art. 5º, LXXI).

Mandado de injunção é uma nova garantia instituída no art. 5º, LXXI, da Constituição de 1988, com o seguinte enunciado: “in verbis” LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das

prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Assim, com base nas regras e metas oriundas do próprio Estatuto da Igualdade Racial, pretendemos demonstrar o mandado de injunção individual e coletivo como ferramenta capaz de judicializar o

referido estatuto com o fim de combater o racismo, especificamente, o indireto em todo segmento da sociedade devido aos direitos, liberdades constitucionais e direitos à cidadania em questão. Debater o papel do mandado de injunção para cada vez mais visibilizar a importância do cidadão como criador das próprias regras em sociedade, sobretudo quando se trata de efetivar

direitos constitucionais já postos em ordenamento jurídico. A proposta do presente remédio constitucional é ligar os direitos fundamentais com sua eficácia.

Para o Professor Walter Claudius Ronthemberg, o Mandado de Injunção é uma promessa muito rica que a CF oferece a qualquer pessoa ou pessoas, pois o direito é posto. Seria o amor platônico. Esse amor não

consegue se concretizar. Basta descruzar os braços para fazer algo no direito.<sup>3</sup> Não nos preocupa no presente trabalho se o Estatuto em comento é norma de eficácia plena, embora se trate de direitos fundamentais e positivados na norma maior. O cerne da questão é a busca pelo exercício da jurisdição, com o fim de que se resolva o que lhe é direito para o impetrante ou impetrantes. Para José Afonso da Silva (2014):



*A função do Mandado de Injunção é fazer com que a norma constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada. Se tivesse sido regulamentada, o Mandado de Injunção não teria cabimento. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do Mandado de Injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103. §2º)*

O intuito maior não é a regulamentação e sim a procedência da ação mandamental, seja individual ou coletiva, conforme o caso. Este é o principal objetivo do uso do Mandado de Injunção como meios de assegurar imediatamente a população negra a efetivação da igualdade de oportunidade, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Para o Professor Pedro Lenza (2014, p. 1155): “o Mandado de Injunção surge para “curar” uma “doença” denominada síndrome de inefetividade das normas constitucionais. Grifo do autor: Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social. Grifo nosso.<sup>4</sup> Nesse sentido, o Estatuto

da Igualdade Racial tem como um dos objetivos efetivar a cidadania do negro por meio DO remédio em análise.

Entretanto, a questão do objeto e os pressupostos do Mandado de Injunção não é caso encerrado, pois, necessário pesquisar o que é norma regulamentadora e quais as situações que faltam providências por parte do Poder Público.

## Capítulo 3 – legitimidade da defensoria pública para impetrar mandado de injunção individual e coletivo.

Análise deste capítulo é voltada para legitimidade da Defensoria Pública para ingressar com o Mandado de Injunção como tutela de proteção aos direitos fundamentais, sobretudo os constantes no Estatuto da Igualdade Racial com o fim de eliminar a síndrome de inefetividade das normas constitucionais.

Ao analisar o Estatuto da Igualdade Racial, conforme os princípios e objetivos da

República Federativa do Brasil e a eficácia dos direitos fundamentais, é possível chegar às respostas do problema. A participação do Poder Judiciário como democratização do acesso à justiça da comunidade negra é fundamental. O instrumento de garantia de proteção aos direitos fundamentais manuseados pelo órgão institucional que é a Defensoria Pública pode erradicar a discriminação indireta, revertendo atual quadro de

hegemonia de poder que pendura ao longo de séculos. Por último, à luz da máxima efetividade da Constituição, a Defensoria Pública é órgão legitimado para impetrar a ação mandamental em questão, seja individual ou coletiva. Inclusive, o próprio remédio constitucional, mandado de injunção apenas foi regulamentado em 2016 por meio da lei 13.300. Interessante que em seu art. 12 a Defensoria Pública figura também como legítima:



*Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:*

*(...)*

*V – pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.*

Onde há situação de vulnerabilidade cabe a Defensoria Pública. Onde há conflito que uma das partes é hipossuficiente cabe a Defensoria Pública. É com o direito dos mais miseráveis dos homens é que a Justiça deve ser mais atenta; porque são os mais mal defendidos. (Rui Barbosa).

A defensoria representa o núcleo de resistência às injustiças praticadas contra aqueles desprovidos de haveres, aqueles que vivem em estado de miserabilidade. A criação da Defensoria Pública está expresso na Constituição Federal e na Lei Complementar de número 80 de 1994,

denominada Lei Orgânica da Defensoria Pública. Inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal: “in verbis” “LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;” A Defensoria Pública é instrumento permanente do

<sup>3</sup>Comentário da aula assistida em 17 de agosto de 2015, no curso de Pós-graduação de Direito Constitucional Damásio de Jesus, com tema: controle das omissões normativas.

<sup>4</sup>DALLARI, 2009. Op. cit, p. 85.



*Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)*

*Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.*

Conforme o pensamento de Peter Häberle a interpretação da Constituição se deve ao um olhar pluralista, com possibilidade de todos da sociedade participar, seja no campo de audiências públicas ou por meio dos remédios constitucionais ou por meio de amigo

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho em tela, embora, não chegou à conclusão se a lei 12.288 de 2010 é norma de eficácia plena, contida ou até mesmo limitada, em outras palavras, autoaplicável autoexecutável, ou ainda, se é autorizativo ou determinativo, o que se pode concluir, por meio de pesquisa, foi a eficácia dos direitos fundamentais da lei em tela. O Mandado de Injunção, baseado nas pesquisas do

da corte. A Constituição Federal e leis infraconstitucionais demonstram que é possível chegar à conclusão para esse trabalho que a Defensoria Pública tem como função a realização do direito à igualdade material. A Defensoria Pública é meio de corrigir distorções históricas,

presente trabalho, à luz do Estatuto da Igualdade Racial, é instrumento ideal juntamente com os demais instrumentos que compõem o microsistema jurídico manuseado pela Defensoria Pública para realizar concretamente o acesso à justiça em virtude da pessoa ou grupo vítima de discriminação, se socorrer da ação mandamental para o órgão institucional. Conforme ficou evidenciado a liberdade

sobretudo contra o negro. No caso da lei 12.288 de 2010 já é a própria condição de incidência em forma de exercício do direito posto. Sendo a Defensoria Pública o meio de se concretizar as garantias no caso de desobediência por parte do poder público e por parte do particular.

não é suficiente. Não se apaga de uma hora para outra, feridas de séculos lhe dizendo por meio da lei que os negros agora estão livres. Se assim o fosse, o legislador não teria editado o presente Estatuto. E na situação de descumprimento por qualquer órgão público ou na esfera privada, o Mandado de Injunção é instrumento à disposição do negro por meio da Defensoria Pública.



### REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto, **A Era Dos Direitos**, 9 ed. Tradução: Carlos Nelson Coutinho Rio de Janeiro: Campus, 1992.  
BOBBIO, Norberto, **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Baptista, Ariani Bueno Sudatti, apresentação: Alaôr Caffé Alves, 1 ed. São Paulo, Edipro, 2001.  
CAPPELLÉTTI, Garth, 1988, p.12. apud. GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa, **Assistência Jurídica Pública – Direitos Humanos e Políticas Sociais**, 2 ed. Revista e Atualizada, Curitiba: Juruá, 2010  
DALLARI, Dalmo de Abreu, **Direitos Humanos e Cidadania**, 2 ed. São Paulo: Moderna, 2009.  
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, 5 ed. Revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Atlas, 2014.  
DONIZETE, Elpidio, **Ações Constitucionais**, 2 ed. São Paulo. Atlas, 2010.  
FERREIRA, Renato, et al. (sel. org.). **Ações Afirmativas, A Questão das Cotas – Análises jurídicas de um dos assuntos mais controversos da atualidade**. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011.  
GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 18 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.  
KELSEN, Hans, **O Que é Justiça?** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.  
LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18 ed. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.  
LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 2 ed., Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.  
MIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnoldo. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 34 ed, colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2012.  
RAMOS, André de Carvalho, **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 3 ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

RAWLS, Jonh, **Uma Teoria da Justiça**. Tensão Entre Procedimentalismo Puro (Universalismo) e Procedimentalismo Perfeito (Contextualismo, coord. Fernando Rister de Souza Lima), Curitiba: Juruá, 2015.  
ROCHA, Elias. **Universalismo do Direito à Igualdade e Perspectiva diante da Interpretação dos Direitos Humanos especificamente sobre a causa do Negro no Brasil. Trabalho de Conclusão de Semestre da Faculdade de Direito São Francisco USP 2013**. São Paulo: 2013.  
SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12 ed, Revista atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2015.  
SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.  
SIMÃO, Caill, (sel. org.). (et al) **Estatuto da Igualdade Racial, Comentários Doutrinários**, Leme, São Paulo: JH Mizuno, 2011.  
SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos, et al. (sel. org.). **Minorias e grupos vulneráveis – Reflexões para uma Tutela Inclusiva**. 1 ed. Birigui – São Paulo: Boreal, 2013.  
TEMER, Michel, **Elementos de Direito Constitucional**. 24 ed, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2014.

### SITES CONSULTADOS:

DEFENSORIA PÚBLICA, **Assessoria Jurídica Popular e Movimentos Sociais e Populares**: novos caminhos traçados na concretização do direito de acesso à justiça. 1 ed. dedo de moças, 2013. Disponível em: Disponível em: <[http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=77\\_96:defensoria-publica-e-seppir-assinam-acordo-contra-a-discriminacao&catid=36:destaque2](http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=77_96:defensoria-publica-e-seppir-assinam-acordo-contra-a-discriminacao&catid=36:destaque2)> Acesso em: 30 abr. 2016.  
PEDIDO DE INGRESSO COMO AMICUS DA CURIAE (11400/2016). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4917166>> Acesso em: 30 mai. 2016.

# Mulher advogada: a magnitude do papel desempenhado na história da democracia brasileira antes e pós constituinte de 1988

## AUTORES



VANESSA TEIXEIRA SANTOS

Advogada-OAB: 73655/BA. Membro da CMA – OAB/BA. Bacharel em Direito (2020.1). E-mail: vanets.stbadogados@gmail.com. Endereço: Avenida Oceânica, 3765. Ondina. Edifício Presidente Vargas, 103. Telefone: 71 9 9998-2997.

## RESUMO

Neste artigo persegue-se a solução, filosófica e sociológica, da problemática: Qual a importância da mulher advogada para o Estado Democrático de Direito antes e depois da Constituição de 1988? A partir dessa questão problema, construiu-se um recorte de estudo histórico, a fim de demonstrar algumas das principais contribuições da mulher-advogada para a manutenção do Estado Democrático de Direito, mesmo com a existência dos desafios que envolvem seus corpos plurais. Faz-se um recorte no universo do profissional indispensável para a manutenção da Justiça, no aspecto gênero, utilizando a metodologia exploratória e descritiva – em defesa da presença da Mulher Advogada, enquanto agente indispensável para a preservação da Democracia.

**Palavras-Chave:** Mulher Advogada. Gênero Feminismo. Direito. Constituição. Democracia.

## INTRODUÇÃO

Ser mulher não é fácil. Ser mulher-advogada é resistir, antes de mais. Ser uma mulher advogada-mãe é ter delícias e dores somadas

às expiações da alma feminina a flor da pele, sem a opção e pretensão de desistir. A mulher advogada já conhece as dificuldades e anseios

que se apresentam no exercício diário de seu ofício, mas, não esmorece e segue batalhando por paridade, justiça social e pela Democracia.



*Durante o julgamento sobre a validade da Lei Maria da Penha, em fevereiro deste ano, a ministra Carmem Lúcia desabafou: “As vezes acham que juíza desse tribunal não sofre preconceito. Mentira sofre! Há os que acham que isso aqui não é lugar de mulher, como uma vez me disse uma determinada pessoa sem saber que eu era uma dessas.” Carmem Lúcia foi a primeira mulher que ousou vestir calças compridas durante uma sessão plenária da Corte – e isso foi em 2007. (VEJA, 2012).*

Assim sendo, o presente artigo estuda a relação da mulher-advogada com a democracia, a partir da apresentação um panorama histórico e análise do papel desempenhado pela advogada. A Perquirição que se divide em três partes: A historiografia sintética de advogadas que lutaram pela Democracia, em seguida há uma análise dos estágios ante e pós-constituente e em derradeiro as concluintes.

Frise-se, que a atuação jurídica das advogadas em prol da Democracia não é, de acordo com a história diminuta, tampouco, na atualidade aceitaríamos que a marcha por paridade e igualdade constitucional recebesse o pejorativo codinome “lobby do batom”. Cuidase, portanto, de uma busca contínua pelos Direitos das Mulheres, que não se restringe aos pleitos políticos e rotinas nos tribunais, contudo alcança a sociedade civil organizada, a OAB e os organismos internacionais.

Por oportuno Schereder (2021) evidencia, que a busca feminina, pela equidade e pulverização do sexismo encontra amparo no núcleo estruturante do Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma jornada com reflexos no plano interno e internacional fulcrada na dignidade da pessoa humana, no repúdio as várias manifestações machistas dentro do Direito e no esforço constante pela necessária feminização das profissões jurídicas:



*A feminização da carreira veio ao encontro dessas transformações, reduzindo a resistência às mudanças na forma tradicional de se exercer a advocacia. A intensificação na divisão social do trabalho foi acompanhada da divisão sexual do trabalho, com as mulheres concentrando-se nas áreas tradicionais e nas atividades mais rotineiras e os homens naquelas mais especializadas e inovadoras. Tal fenômeno não foi observado entre juizes e juizas, havendo menor diferenciação entre os gêneros segundo a área de atuação. (BONELLI, 2013, p.127).*

Em remate, é preciso (re) afirmar que esta escrita não congrega apenas de informações acerca dos problemas enfrentados pelas mulheres em suas rotinas laborais jurídicas,

mas de como a atuação profissional, corrobora para um estágio eficaz da democracia nacional, onde, salienta-se que dentre as contribuições da mulher advogada para a

Democracia – a atualidade – destaca-se a ampliação de políticas afirmativas oriundas de uma política organizacional junto a Ordem dos Advogados do Brasil.

## Síntese da participação feminina na construção da identidade democrática nacional

A história da advocacia feminina nacional e suas contribuições para a Democracia do país é feita de nomes poderosos tais como: Esperança Garcia, Myrthes de Campos, Maria Ernestina Carneiro Santiago Manso Pereira, Wanda Rita Othon Sidou, Terezinha de Godoy Zerbini, Eny Raymundo Moreira, Rosa Maria Cardoso, mulheres que constituem a ancestralidade jurídica feminal, que com ombros agudos abriram espaço para que uma nova geração, desse seguimento a caminhada de inclusão e fizesse valer os direitos das mulheres. Na Bahia, notícias e ações sociais, públicas e notórias - conhecidas pelo público jurídico e não jurídico, apresentam uma nova geração possui nomes marcantes, consubstanciados em ética e humanidade: Cinzia Barreto de Carvalho, Cleonice Lima, Esmeralda Oliveira Vera Mônica Talavera, Natália Petersen, Dandara Pinho, Lorena

Peixoto, Christianne Gurgel e Daniela Borges, Germana Piheiro.

Anteriormente, mesmo com a criação dos cursos de Direito em 1827 simultaneamente em Olinda e São Paulo, a primeira mulher a conseguir ingressar na Faculdade de Direito do Largo do São Francisco foi Maria Augusta Saraiva, no ano de 1897, setenta anos após a sua criação. Sendo ainda, Maria Augusta a primeira mulher a atuar no Tribunal do Júri. Maria Augusta foi tão brilhante durante os estudos que, ao se formar em 1902, recebeu como premiação uma viagem à Europa e retornando ao Brasil, estreou na tribuna em São Paulo, e atuou em dois casos. Por não existir ainda OAB na época, não existe registro seu como advogada na sede de São Paulo (BARRETO, 2019).

As primeiras mulheres formadas em Direito surgiram em 1888, em Pernambuco, sendo

Maria Coelho da Silva Sobrinha, Maria Fragoso e Delmira Secundina da Costa, porém nenhum chegou a exercer a profissão de advogada (BARRETO, 2019).

Para Higídio (2021), a saga das mulheres advogadas na luta pela democracia brasileira tem início com a salutar história de Myrthes Gomes de Campos, que em 1906 sagrou-se, após oito anos de enfrentamento, a primeira advogada atuante do Brasil.

Nesta toada, é importantíssimo destacar a contribuição histórica da advogada Esperança Garcia, uma das resistentes contra a escravidão nacional. Esperança, não se graduou em Direito, porém, após redigir carta dirigida ao Estado, denunciando a condição de indignidade em que vivia, recebeu em 2017 da OAB Piauí, o título de primeira advogada piauiense, em razão de seus préstimos à sociedade.



*Em termos materiais, Esperança Garcia teve uma atuação singular porque resistiu através da luta pelo direito e atuou como membro da comunidade política que a escravizava, diferente das estratégias de resistência e luta contra a escravidão mais comuns do período como a quilombamentos, suicídios e assassinatos, formas que negavam o pertencimento à sociedade que as subjugavam (SOUSA; SILVA, 2017).*

Em 1956, Thereza Grisólia Tang, tornou-se a primeira magistrada do Brasil, e somente em 2000, Ellen Gracie, passa a ocupar o cargo de Ministra do Supremo Tribunal Federal. Saliencia-se, que em 2021, as mulheres passam a ser maioria

nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Cronologicamente, houve um inegável progresso na participação das mulheres na ambiência jurídica. Esse avanço, contudo só

ganha maior fôlego, quando da promulgação da Constituinte de 1988, com ressalvas. Ademais, na luta pela Democracia, ainda existe sensível desequilíbrio, visto que as mulheres ainda são, infelizmente, minorias nos cargos de liderança e Tribunais.

## Síntese da participação feminina na construção da identidade democrática nacional

Para Guimarães (2003), a admissão da Dra. Myrthes no IOAB foi um marco para a história das mulheres no Brasil, fato que aconteceu no bojo de diversas modificações

na associação. Mudança física, para o prédio do Silogeu, e mudanças nas propostas de inserção política dos advogados, que cada vez mais tratavam de temas em consonância

com a sociedade. Entrementes, os anos de chumbo foram marcados por mulheres que sangraram nas trincheiras, na luta pela democracia brasileira.



*Foi, entretanto, com a criação do Movimento Feminino pela Anistia (MFPA), em 1975, por Terezinha de Godoy Zerbini, advogada, ex-presa política e esposa de um general cassado, que o assunto da anistia ganhou uma visibilidade mais ampla. Tal Movimento assumiu como objetivo central mobilizar as mulheres em prol da anistia política, arrecadando, apenas no seu primeiro ano, cerca de 16 mil assinaturas para o Manifesto da Mulher Brasileira pela Anistia. (DEL PORTO, 2009, p. 61).*

Advogadas ou não, a luta pela anistia teve nome de várias mulheres, dentre as advogadas que foram importantíssimas na defesa dos direitos dos presos pelo sistema, dentre tantas podemos destacar,

Eny Moreira, que segundo Bejamim (2022), entre 1964 e 1979 fotocopiou os processos do Superior Tribunal Militar, aproveitando que a lei permitia que os advogados estudassem os processos

durante 24 horas – criou o Comitê Brasileiro pela Anistia e foi uma figura central do projeto Brasil Nunca Mais, a mais ampla pesquisa realizada pela sociedade civil sobre a tortura política no país, que, em

1985, expôs a gravidade das violações aos direitos humanos promovidas pela repressão política durante a ditadura militar.

Além de Eny, outras advogadas fizeram imensas contribuições para a configuração atual do estado Brasileiro. Vale mencionar que a Constituição de

1988, abriu um caminho para a promoção e defesa dos Direitos Femininos a partir das vozes femininas que fizeram uma diversa frente parlamentar.

## Barema constitucional: mulher, advocacia e constituição de 1988

A PARTICIPAÇÃO DE MULHERES E ADVOGADAS NO PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO.

A pluralidade de vozes e discursos potentes de mulheres fizeram toda a diferença no processo de redemocratização do Brasil. A força da diversidade feminina, naquele momento histórico, foi imprescindível para o protagonismo das mulheres na reconstrução nacional da Democracia.



*Num movimento histórico, as representantes femininas da Assembleia Constituinte conseguiram se aliar a diversos segmentos e movimentos da sociedade civil, assim como a entidades de classe e organismos internacionais para dar visibilidade, firmar posições e garantir a inclusão de diversas demandas da agenda feminista no texto da Constituição da República Federativa de 1988. (CHEHAB, 2018).*

Apesar de serem apenas 26 mulheres, à frente ao conseguir as contribuições adiante expostas, abriram o caminho para que as advogadas pós-Constituinte conseguissem ampliar os direitos das mulheres e outros correlatos a estes.

A despeito da participação das advogadas na frente para redemocratização nacional inúmeras foram os aportes. Nas lições (CHEHAB, 2018) merecem ser listados: art. 5º, inciso I, que dispõe sobre a

igualdade, em direitos e obrigações, de homens e mulheres; art. 7º, inciso XX, diz respeito à proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; art. 226, § 5º, que trata da igualdade de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal; art. 226, § 7º, concernente ao planejamento familiar como livre decisão do casal; art. 226, § 8º, referente à assistência que o Estado deve prestar à família na pessoa de cada um dos que a

integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Deflui-se desse aspecto que a participação das advogadas, além outras mulheres, no processo de redemocratização foi crucial para o estabelecimento de uma nova ordem constitucional, que não resolveu as questões inerentes aos problemas das mulheres, mas, abriu caminho para novas conquistas, inclusive, no plano infraconstitucional.

## A Constituinte e as mulheres

Ferdinand Lassale, jurista, filósofo e ativista político socialista alemão, em sua obra - O que é uma Constituição? - cujo título original é "Über die Verfassung", lançado no ano de 1863, apresenta o sentido sociológico da Constituição, afirmando que uma Constituinte só tem legitimidade caso representasse o efetivo poder da sociedade e refletisse os arbítrios sociais que constituem o poder. Em caso oposto, não seria a Constituição dotada de legitimidade, malgrado, não passaria de uma folha de papel.

Através de uma interpretação analítica, para Lassalle, a Constituinte seria, portanto, a somatória de todos os fatores reais do poder dentro de uma sociedade. A partir dessa premissa do jurista alemão, é impreterível afirmar que um dos fatores reais de poder da Constituição Cidadã de 1988 é a paridade de gênero, insculpida no art.5º, I.

De acordo com Moraes (2022), regra o art. 5.º, I, da Constituição Federal, que homens e mulheres são iguais em direitos e

obrigações, nos termos desta Constituição. A correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do discrimen sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis.

Nesta toada, é necessário destacar que na marcha para a manutenção e preservação do Estado Democrático de Direito e busca por um estágio homeostático desse, é fundamental a presença feminina nos espaços de consciência e poder na sociedade, sobretudo, no exercício da advocacia.

A metodologia exploratória nos permite através de busca aos acervos históricos, destacar que um dos grandes avanços da advocacia feminina, na batalha contra o patriarcado e no fazer do paradigma constitucional exposto, ocorreu em 2021, onde, historicamente, as mulheres passaram a ser maioria nos quadros da OAB. Leia-se que esse fato, deu-se meses

após a aprovação da proposta de paridade de gênero nas eleições da Ordem, que no Estado da Bahia, por exemplo, elegeu duas mulheres, sendo elas Daniela Borges (atual presidente) e Christianne Gurgel (vice-presidente), frise-se as primeiras mulheres eleitas após 90 (noventa) anos de existência da OAB-Bahia.

Em derradeiro é preciso frisar que a marcha das causídicas nas trincheiras da advocacia brasileira, é um labéu ao conservadorismo institucional, definido por Max Weber (2010), John Locke (1998) e Jean-Jacques Rousseau (2002) - como uma forma de organização social em que o homem, na posição de pai e chefe de família, exerce seu poder sobre os demais membros de seu núcleo familiar e sobre a comunidade em que vive.

Por conseguinte, as contribuições das advogadas para a Democracia, são sempre marcadas pela quebra de padrões, luta contra a opressão do machismo intrínseco, logo, emergindo para alcance educacional pleno, e batalhando por liberdade e igualdade.

## O princípio da Igualdade e a advocacia feminina

O Estado Democrático de Direito é o arrimo para que a equidade cotejada pelas advogadas seja alcançada. Apesar dos importantes avanços nos últimos dez anos, desde a estagiária utilizada para seduzir Juízes, passando pela mãe advogada repreendida pelo barulho de sua criança, até a advogada hostilizada em audiência por conta de sua saia, a peleja pela medida da igualdade e aspersão de gênero tem sido árdua e desafiadora.

Apesar do marco histórico de tornarem-se maioria nos quadros da OAB, em 2021 – ainda não há efetiva igualdade no judiciário

entre homens e mulheres, haja vista, que superficialmente percebe-se que homens ainda são maioria na composição dos Tribunais.

Ademais, segundo Bueno (2021), a pesquisa “Como está a diversidade de gênero nos escritórios de advocacia no Brasil”, realizada pela Women in Law Mentoring Brazil, quando uma mulher ingressa em uma banca, as chances de se tornar sócia são menores em relação às oportunidades oferecidas a um homem. Apesar de responderem por 57% dos profissionais na composição geral dos escritórios, somente 34,9% das mulheres

são contempladas no quadro de sócios de capital. O estudo contou com a participação de 55 sociedades, totalizando 3.715 profissionais. Na Ordem dos Advogados do Brasil, só dez mulheres em 92 anos presidiram seccionais, considerando os 27 estados.

Os dados expostos acima evidenciam que a promoção feminina na advocacia ainda requer batalhas, a fim de estabelecer um panorama isonômico entre advogados e advogadas, para que a Constituinte, em seu inciso I do Art. 5º não seja deslegitimada, e acerca do poder real feminino seja, mais que uma folha de papel.

## O importante papel da advogada na manutenção da democracia

A Carta Magna regra no dispositivo 133, que o advogado é indispensável à administração da Justiça. Entrementes o Estatuto da Advocacia, em seu Art. 2º, dispõe em sentido consentâneo.

Destarte, de maneira ambivalente, o papel social do advogado é constitucional e importantíssimo para a defesa dos naturais e instituições. Posição que precisa ser ratificada, sobretudo, em tempos de ameaças veladas à Democracia, inclusive, para percebermos, neste contexto, a relevância da Mulher Advogada frente à coletividade e a defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Pelo bem do Estado Democrático de Direito é necessário e urgente que haja um imperativo a participação da Mulher Advogada, através, sobretudo da busca pela paridade de gênero. De acordo com Bumbel (2015) - a sociedade necessita da profissional advogada - como atuantes na garantia dos direitos para toda uma sociedade que precisa dessa sensibilidade inerente ao pensamento feminino e sua índole detalhista, e assim traçar as probabilidades para o futuro desse desenvolvimento da igualdade de gênero, fundada na liberdade necessária para a efetivação destes direitos conquistados ao longo da história.

Cumprir mencionar, que a hermenêutica relativa a citação de Bumbel, supramencionada, traz em seu teor, em razão do emprego da palavra ‘sensibilidade’ a concepção deturpada de fragilidade feminina. Vez que a profundidade intelectual ordena que ler é a arte de ler, importa mencionar que sensibilidade feminina está vinculada à expiações da alma de mulher, que por sua natureza é mais cuidadosa, detalhista e responsável.

Neste diapasão, é salutífera a empreitada das advogadas na batalha pelos Direitos Humanos, em prol dos Direitos das Crianças e adolescentes, no Direito de Família, na garantia dos direitos trabalhista e pela cidadania e, sobretudo, por uma sociedade mais igualitária e justa. Com efeito, é plenamente cabível e oportuno destacar que as democracias modernas não se realizam sem a participação das mulheres e mais ainda das advogadas.

Antes de mais, é preponderante afirmar que a Advogada possui uma contribuição indiscutível no que se refere ao reconhecimento dos Direitos das mulheres, além das seus subsídios constitucionais e infraconstitucionais.

Sem delongas, já citadas as contribuições constitucionais, destacamos os legados infraconstitucionais: ESTATUTO DA

CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ( LEI N. 8.069/90); LEI ORGÂNICA DA SAÚDE (LEI N. 8.080/90); LEI DE BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (LEI N. 8.213/91), LOAS (LEI N. 8.742/93); ESTATUTO DO IDOSO (LEI N. 10.741/2003); LEI MARIA DA PENHA (LEI N. 11.340/2006); LEI DAS TRABALHADORAS DOMÉSTICAS (EC 72/2013 – LC 150/2015); LEI DO FEMINICÍDIO (LEI N. 13.104/2015).

Noutro giro, (CHEHAB, 2018), afirma que são grandes contribuições para os direitos das mulheres, a atuação da mulher advogada na implementação dos direitos fundamentais sociais, Ressignificação dos direitos das famílias, enfrentamento da violência contra mulher, fortalecimento e ampliação na política, fortalecimento classista junto a OAB, e principalmente, promoção e defesa (intransigente) dos direitos humanos e da democracia.

Desta maneira, a participação da advogada no processo democrático é importantíssima para o pleno desenvolvimento da sociedade e alcance de um estágio eficaz, apesar, dos pormenores que tornam, ainda hoje, essa quota mais difícil. Dessa forma, registre-se a impreterível existência da Ordem dos Advogados do Brasil para garantir a presença do poder e pensamento feminino na democracia moderna.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), as mulheres estudam cerca de oito anos, enquanto os homens sete anos e cinco meses. Ainda assim, conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2020, os homens recebem em média 30% a mais que as mulheres.

No âmbito jurídico, conforme o CNJ – Conselho Nacional da Justiça, as mulheres compõem 50,5% da Justiça do Trabalho; na Justiça Estadual, 37,4%; nos Tribunais Superiores, 19,6%; e na Justiça Militar Estadual, 3,7%.

Esses dados corroboram com as lições de Lemes Faleiros (2021), alhures - pontua que as mulheres entram sim para a carreira, mas encontram obstáculos para ascensão, principalmente em cargos que recebem por nomeação, como os Tribunais Superiores. Existe uma segregação vertical, existe um teto de vidro para as mulheres em algumas carreiras.

Desta maneira, a advocacia feminina, tem papel de batalhar por sua permanência, cotejar a isonomia entre homens e mulheres, conforme a Lex Mater, a fim de manter os direitos femininos conquistados a duras saias.

Conforme Bumbel (2015), o modelo ideal sociedade é o da livre escolha. Os indivíduos não devem estar tolhidos a papéis sociais previamente determinados e impostos sob pena de censura, castigo ou desprezo. O que se pretende é que cada um dos membros da comunidade (homem ou mulher) possa optar por forma de participação consciente, pessoal



e responsável na sociedade, e que, em razão da escolha, não lhe seja impresso o rótulo de desajustado, seja por ser tido por efeminado ou por masculinizada. Aspira-se à liberdade dos jeitos de ser, requisito intrínseco para se chegar à igualdade. E essa igualdade é um dos pressupostos para a preservação do atual status do Estado Democrático de Direito.

É indiscutível a relevância da advocacia feminina para a manutenção do Estado Democrático de Direito, de tal maneira que, sem essa participação o processo que busca o status de eficaz torna-se paralisado. Contudo, convém, mencionar que existem mulheres advogadas que nutrem sentimentos, sentidos e pensamentos opostos a jornada de luta por igualdade das profissionais não só do direito. Registre-se.

Para Bumbel (2015) as mulheres, ao inserirem-se em profissões passaram a conhecer mais dos seus direitos, e por isso o foco na advocacia privada anteriormente explanado, pois ao conhecer o direito individual e garantias fundamentais seus e de todos os

cidadãos para defendê-los, as mulheres passaram também a postular pro bono em prol de seus ideais e convicções, e desejarem ser sujeitos mais ativos na democracia.

Em tempos de extrema polarização política, é imprescindível que o respeito às advogadas seja um aditivo para que exista um fôlego intergeracional e um prélio ao machismo estrutural de forma ultrapartidária e ideológica, com vistas ao estabelecimento forte dos Direitos das Mulheres Advogadas.

Assim, cabe à sociedade brasileira, reconhecer o papel da primeira advogada do Brasil, as advogadas a atuarem em prol da manutenção da Ordem dos Advogados do Brasil, em nome de suas prerrogativas, e em prosa e verso defender o seu lugar no Sol da Justiça, fazendo valer a máxima de Sobral Pinto “Advocacia nunca foi profissão de covardes”, de forma que a mulher no ventre de vossas mães já são, pela própria natureza, valentes.

## REFERÊNCIAS

BAGINSKI, Cibele Bumbel. Abrangência da Representação do Voto no Brasil. **Revista Eletrônica Refletindo o Direito**, v. 1, p. 1-13, 2013.

BAGINSKI, Cibele Bumbel. **Breves comentários sobre o envolvimento feminino na carreira da advocacia e sua participação na democracia brasileira na história e nos dias atuais**. JusBrasil, 10 de outubro de 2015. Disponível em: <https://cibelebaginski.jusbrasil.com.br/artigos/190976109/breves-comentarios-sobre-o-envolvimento-feminino-na-carreira-da-advocacia-e-sua-participacao-na-democracia-brasileira-na-historia-e-nos-dias-atuais>. Acesso em: 30 de setembro de 2022.

BARRITO, Carolina S. M. **Quem era Maria Augusta Saraiva?** Gazeta Arcadas, 2019. Disponível em: <<https://gazetaarcadas.com/2019/08/29/quem-era-maria-augusta-saraiva/>>. Acesso em 05/09/2022.

BEJAMIN, Felipe. **Morre a advogada Eny Moreira, nome da luta contra a ditadura**. OAB – Rio de Janeiro, 04 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.oab.rj.org.br/noticias/morre-advogada-eny-moreira-nome-luta-contra-ditadura>. Acesso em: 15 de setembro de 2022.

BONELLI, (et al). Profissionalização por gênero em escritórios paulistas de advocacia, Tempo Social, **Revista de Sociologia da USP**, v. 20, n. 1 p. 265-290.

BUENO, Thais. **Liderança feminina na advocacia: um panorama dos escritórios brasileiros**. Agência Javali, 23 de Março de 2021. Disponível em: <https://agenciajavali.com.br/lideranca-feminina-na-advocacia-um-panorama-dos-escritorios-brasileiros/#:~:text=Segundo%20a%20pesquisa%20%2E%20%9Ccomo%20%20o%20%20oportunidades%20de%20a%20um%20homem>. Acesso em: 18 de setembro de 2022.

CHEHAR, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. **Movimentos feministas no Brasil: ciclos históricos, velhos desafios e novas propostas de resistência no contexto da pós-democracia**. THEMIS, Fortaleza, v. 16, n.2, p. 71-89, jul/dez, 2018.

DAWSON, W. H. **German socialism and Ferdinand Lassalle: a biographical history of German socialist movements during this century**. 3. Ed. [S. L.]: S. Sonnenschein & co, 1899.

DEL PORTO, Fabíola Brigante. **A luta pela anistia no regime militar brasileiro e a construção dos direitos de cidadania**. In: SILVA, Haiker. Kieber (Org.). A luta pela anistia. São Paulo: UNESP, 2009, p.59-79.

GUIMARAES, Lúcia Maria Paschoal, CRUZ FERREIRA, Tânia Maria Tavares Bessone da, MOTTA Marly Silva da, in Hermann Assis Baeta (DIR). **O IOAB na Primeira República**. Brasília: OAB editora, 2003, v. V.3.

HIGIDIO, José. **Primeira advogada brasileira**, Myrthes superou obstáculos para trabalhar. Conj. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-08/primeira-advogada-brasileira-myrthes-superou-obstaculos-trabalhar>. Acesso: 25.10.2022.

LASSALLE, F. A essência da Constituição. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2000.

Lei 8.906/94 – **Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil**, VADE MECUM, Editora Rideel, 2021, São Paulo

LOCKE, John. (1998). **Dois Tratados Sobre o Governo**. São Paulo, Martins Fontes.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **A primeira mulher da advocacia brasileira**. JORNAL CARTA FORENSE: Artigo in: <http://j.1mp/1zrH1Qv> 05 mar 2008

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. - 38. ed. - São Paulo: Atlas, 2022.

OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. **As mulheres, os direitos humanos e a democracia**. Distrito Federal: CNDM, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato Social**. São Paulo: Editora Martin Clare, 2003.

SANTOS, Moreira Carolina Ana. **Direitos, Prerrogativas e Mulheres Advogadas: a importância da representatividade para a construção de uma sociedade igualitária e um Estado Democrático de Direito efetivo**. JORNAL DA ADVOCACIA, 08 de março de 2021. Disponível em: <https://jornaladvocacia.oabsp.org.br/noticias/direitos-prerrogativas-e-mulheres-advogadas-a-importancia-da-representatividade-para-a-construcao-de-uma-sociedade-igualitaria-e-um-estado-democratico-de-direito-efetivo/>. Acesso em: 09 de setembro de 2022.

SOUZA, Ana Júlia da Silva de. **Participação da mulher nos espaços de poder no Brasil: atuação feminina no executivo, legislativo e judiciário**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV,n.91, agosto de 2011. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10148](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10148). Acesso em: 15/09/2022

SCHREDER, Gisele. et al. **Mulheres na Advocacia e a importância da Igualdade de Gênero**. 26 de agosto de 2021. Disponível em: <https://barionemacedo.adv.br/mulheres-na-advocacia-e-a-importancia-da-igualdade-feminina/>. Acesso em: 09 de setembro de 2022.

VEJA. O Judiciário de saia-ou melhor, de calça. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/noticia/brasil/o-judiciario-de-saia-%E2%80%93-ou-melhor-de-calca/>. Acesso: 05/09/2022.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Brasília. UnB. Vol. 1. 2009.

# “O bom juiz”: casuística humanista e referencial mínimo de empatia para julgadores e acusadores em um processo penal democrático

*“A Injustiça em um lugar qualquer é uma ameaça à Justiça em todo o lugar”.* Martin Luther King

*“A indiferença é o peso morto da história”.* Gramsci

*“Se você sente dor, você está vivo.”*

*Se você sente a dor das outras pessoas, você é um ser humano.”* Tolstói

*“Enquanto não nos preocuparmos realmente com o aparelhamento material e humano da Justiça, do Ministério Público e da polícia; enquanto não nos preocuparmos com ressocialização dos condenados; enquanto não discutirmos seriamente a descriminalização das drogas; enquanto não nos preocuparmos em dar educação, saúde e emprego aos milhares de brasileiros que se encontram na faixa de pobreza, o quadro atual só tende a piorar.”* Sebastião Reis Junior

## AUTORES



**BRUNO ESPIÑEIRA LEMOS**

Advogado Criminalista. Presidente da Associação Nacional da Advocacia Criminal, no Distrito Federal - ANACRIM-DF. Ex-procurador federal. Procurador do Estado da Bahia. Pós-graduado lato sensu em Direito Penal e Processo Penal pelo IDP. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Ex-professor de Direito Constitucional das Faculdades Objetivo. Ex-professor de Direito Penal e Processo Penal do UNICEUB. Ex-membro da Comissão Nacional de Acesso à Justiça do Conselho Federal da OAB. Ex-membro da Comissão de Ciências Criminais e Segurança Pública da OAB do Distrito Federal. Ex-membro da Comissão Especial de Processo Penal do Conselho Federal da OAB. Membro da Coordenação das Relações Brasil-China da OAB do Distrito Federal. Membro efetivo do Instituto dos Advogados do Distrito Federal (IADF). Presidente da 1ª Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-DF. Membro do Tribunal Pleno do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-DF. Participou como aluno da Zweite Summer School für Wissenschaft und Dogmatische deutschen Straf Criminals, em matéria de direito penal, direito processual penal e criminologia, na Universidade Georg-August em Göttingen, na Alemanha. Realizou o curso Justice HarvardX, an learning initiative of Harvard University trough edX. Participou do workshop – Theory and Tools of the Harvard Negotiation Project. Sócio do escritório Bruno Espiñeira Lemos e Quintiere Advogados. E-mail: bruno@brunoespineira.adv.br

Os vinhos portugueses para além de serem excelentes, nos alegram com seus nomes pitorescos. Na senda dos curiosos batismos tem-se o vinho “Bom Juiz”, da vinícola Carmin Reguengos, Reguengos que é a maior sub-região do Alentejo, na localidade de Monsaraz, onde se situa a vila histórica correspondente. O nome é inspirado na obra “O Bom e o Mau Juiz”, um belo afresco que retrata a figura de dois juizes, em alegoria à justiça terrena, um que seria o bom juiz ladeado de anjos e o mau juiz que se aproximaria mais do demônio. A obra apesar de ser de meados do século XV está muito bem conservada no Museu do Fresco em Monsaraz que foi construído no século XIV. A obra ficou preservada, pois uma parede construída à sua frente a protegeu durante muito tempo das intempéries do lugar.

A vinícola alentejana, pois, homenageia o Bom Juiz da obra, um homem justo e digno.

Eu conheci o ministro Sebastião Reis Junior quando ele ainda era advogado militante em Brasília e mais adiante, em 2010, participamos juntos, cada um compondo listas distintas, da eleição da OAB para a escolha das vagas da advocacia destinadas a ministro do STJ.

E lá se vão onze anos de judicatura, em que o ora homenageado, que não era conhecido por ser atuante na área criminal, veio a se tornar um dos melhores julgadores em matéria penal que o Superior Tribunal de Justiça já contou em seus quadros. E qual o segredo disso?

Imagino que o ministro possa ter a sua própria explicação. Mas cá de fora, eu tenho a minha. E como, psicanaliticamente, todos estamos muito mais próximos da visão que o outro que nos conhece um pouco tem de nós, do que pensamos sobre nós mesmos,

me arrisco a prosseguir com minha opinião.

Antes de emitir meu juízo sobre o que penso a respeito do referido magistrado, acredito ser importante contextualizar, resumidamente, o que se tem vivido em matéria de “espetacularização”, aumento da criminalização de condutas e de penas e o garroteamento de garantias no processo penal, fenômenos que não se constituem em um privilégio brasileiro, daí porque trago um “recurso à autoridade” de além-mar (Portugal mais uma vez, mas agora, naquilo que não nos parece tão digno quanto os seus vinhos e tanto nos fez lembrar um juiz suspeito das bandas de cá).

Salvo compreensão distinta sobre quem narra (o ex-primeiro-ministro português José Sócrates), o encaixe de sua narrativa em episódios recentes de nossa história processual penal atual (com foco especial

para a Lava-Jato e já agora para a Operação Faroeste com suas prisões provisórias perpétuas e tantas outras que poderíamos

exemplificar) nos pareceu oportuno, contemporâneo e embasado em dados reais e concretos que nos dizem muito sobre os

novos paradigmas do processo penal, trazer a lume as fortes e verossímeis palavras daquele autor:



*As buscas televiscionadas, as detenções abusivas e as informações processuais obtidas ilegalmente e manipuladas contra os perseguidos são hoje crimes ostensivamente praticados por agentes públicos, e exibidos provocatoriamente em furiosas campanhas de difamação. Este comportamento se transformou numa peça central da estratégia e do processo acusatório, tendo como objetivo chegar a julgamento já com o cidadão difamado e desonrado, e com o juiz perfeitamente condicionado por uma narrativa dominante. Longe de representar uma ligeira infração ou uma questão de nada, a violação do segredo de justiça é instrumental para substituir o princípio da presunção de inocência pela presunção pública de culpabilidade.*

Para quem está atento a este novo tempo, os métodos adotados revelam toda uma cultura jurídica: sem provas, mas cheios de convicções e certezas, pouco lhes interessa se estão a agredir e a acusar inocentes que reclamam os seus direitos. O chamado novo paradigma não passa do regresso do velho autoritarismo estatal, agora com novos protagonistas, novas razões, novos métodos e novas roupagens, mas o mesmo desprezo pelos direitos individuais e pela cultura de liberdade<sup>5</sup>.

A compreensão de quem foi vítima de uma verdadeira injustiça e que consegue narrar com solidez, técnica e a emoção necessária, no limite do racional, permite uma visão mais próxima da realidade dos abusos de sempre, mas como bem delineado e contextualizado, *“Tudo isto é horrível, é verdade, mas, para os que leram os relatos literários das monstruosas injustiças históricas, a primeira surpresa*

*é que nada é como imaginávamos, nada é como julgávamos que fosse – é pior, porque é real”*<sup>6</sup>.

O cenário que aqui se reporta e explicita não deveria estarrecer ex ante apenas aqueles que atuam com compromisso expresso com as normas nacionais e internacionais de respeito aos direitos e garantias fundamentais: “Para o novo homo penalis, criado pela indústria do espetáculo, as garantias individuais não podem mais ser vistas como a fonte legitimadora do processo penal, mas como aquilo que verdadeiramente representam: relíquias formais ultrapassadas que devem curvar-se ao desígnio da “eficácia das investigações”<sup>7</sup>. De todo modo, digo eu, um dia, na roda da história e no pêndulo da vida, aqueles que pregam a cruz imediata, sem delongas e formalidades, que jamais serão defensores da legalidade estrita *ex ante*, já no *post factum*, vendo e sentindo o seu pescoço ou daqueles que lhes são caros

à beira da guilhotina ou do cadafalso, só assim, finalmente, verão a luz e se tornarão “empáticos”, mudando o discurso de verdugos, algozes e executores sumários de (in)conveniência.

E na perspectiva das violações sistemáticas de direitos e garantias fundamentais respaldadas no discurso e narrativas circulares, muitas vezes impossíveis de serem rebatidas pela própria Defesa técnica, não poucas vezes encarada com destacada má vontade, como um obstáculo que separa a “sumariedade” desejada da punição e o mínimo presente e devir que tenta separar aquilo tudo de um teatro formal e de uma crônica de uma condenação anunciada, ainda se tem que conviver com as famigeradas prisões cautelares, sem prazo e recheadas de discursos retóricos, muitas vezes abstratos, mas que sensibilizam e convencem os “justiceiros” de plantão travestidos de juízes e promotores:



Emparedamento medieval, ainda que temporário: tirar os vivos da luz. O método é seguro e tem mostrado resultados – se os metemos todos na prisão, alguém acabará por denunciar alguém<sup>8</sup>.

E, finalmente, quem se atreverá a contestar a violência da prisão? Sim, quem exigirá provas e factos que justifiquem a selvajaria? Uns ficarão calados e outros aplaudirão. Nós sabemos bem o que fazer e como fazê-lo: perigo de fuga (como hoje tudo isso parece ridículo), perturbação de inquérito, alarme social. Tudo vale para afastar do mundo, para humilhar. Para desacreditar. O plano segue como combinado entre os três – o polícia, o procurador e o juiz. Não temos provas? Oferecemos a prisão preventiva como prova irrefutável, sabendo do aplauso dos jornais amigos, do regozijo discreto da direita política e do apoio ruidoso dos fascistas do PNR, que encontram finalmente o seu novo herói -Alexandre<sup>9</sup>.

A prisão preventiva foi utilizada para investigar, mas também para aterrorizar, para despersonalizar e, neste caso em particular, para silenciar. Mas prendeu-se também para, em certo sentido, “provar”. Quem quis esta prisão injusta sabe bem que a prisão funciona como prova aos olhos da opinião pública. A prisão substitui-se assim ao processo, à investigação, à instrução, aos indícios, às provas, ao contraditório, ao julgamento – e até a sentença. É, numa palavra, a prisão como prova. Afinal, se está preso, que mais é ainda preciso provar?

[...] Nessa altura, a tua defesa já não será de igual para igual, pois terás de falar a partir da cadeira – duas chamadas por dia, algumas visitas por semana, enquanto nós teremos todo o tempo do mundo, todos os agentes que quisermos, todas as buscas que encenarmos e tudo devida e ordeiramente reproduzido nas televisões. Sim, usaremos toda a violência que pudermos contra ti, a tua família, os teus amigos, até que estes se cansem, porque sabemos nós, que andamos nisto há muito tempo, sabemos – que uns se vão acobardar e os outros se vão cansar. O nosso objetivo não é julgar-te; o nosso objetivo é destruir-te a dimensão pública, tirar-te de cena. Faziam-no assim antes, em nome da nação, fazemo-lo agora democraticamente, em nome do povo. O novo punhal de Brutus, o novo golpe de mão, chama-se combate à corrupção. O Ministério Público transformado na arma branca da golpada política – limpo, virtuoso, democrático<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> SÓCRATES, José. Só agora começou. (Fora de coleção, exemplar em e-book) Conjuntura Actual Editora: Coimbra, 2021, p. 14.

<sup>6</sup> Ob. cit., p. 15.

<sup>7</sup> Idem, p. 16.

<sup>8</sup> Idem, p. 22.

<sup>9</sup> Idem, p. 23.

<sup>10</sup> Idem, p. 24.

O contexto das provas é um outro tormento subjetivo, quando se tem na prática a ideia reinante de que quem acusa tem

presunções de que carrega a verdade quase absoluta em favor do que afirma, enquanto a Defesa não encontra isonômica

compreensão, especialmente, nos casos em que o juiz adere cegamente à narrativa da acusação e aí então:



[...] Ninguém pede provas do que afirmam, basta-lhes o escândalo e as audiências do escândalo. De resto, a história está bem contada. Pouco importa saber se é verdadeira.

[...]

Mas nada acontece. Os jornais afirmam e afirmam e afirmam como se tudo o que lhes sussurra o Ministério Público fosse absolutamente verdade e nada necessitasse de ser confirmado. Como se eles não fossem uma parte, sendo necessário ouvir a outra. Na verdade, para a atual cultura mediática, nestes momentos só há uma parte para ser ouvida. E essa cultura está tão funda, tão arreigada ao costume, que alguns advogados aceitam docilmente e nela participam com entusiasmo: este é o tempo do procurador, dizem. Sim, pode insultar os nossos clientes à vontade<sup>11</sup>.

[...] A impressão com que fico é que para eles, estando a história tão bem contada, é uma pena que seja mentira. Ou, melhor, tendo já sido contada e com êxito, não vamos agora alterá-la só porque há por aí uns factos que a colocam em crise. E, bem entendido, fazer um esforço de autocrítica está absolutamente fora de questão. É difícil explicar como é que uma classe, outrora tão avessa aos abusos, se faz agora eco mecânico da voz das autoridades e da violência arbitrária do poder constituído. Com suave lembrança de melhores momentos, uma coisa deve ser dita – no processo marquês o jornalismo foi um fracasso.

Todavia, o que é mais sério é que chegado ao jornalismo, este novo tempo contamina igualmente a doutrina penal. A aliança entre os dois submundos, o do jornalismo e o da justiça, há muito produziu um movimento simétrico: trata-se de pôr de lado os factos e a busca da verdade para procurar agora as histórias que pareçam verdadeiras. Disputando um vasto espaço público à espera de ser preenchido, também a justiça parece ir lentamente adotando o critério do mercado do espetáculo e as suas regras: audiências e vendas de jornais. Abandonemos, portanto, os destroços dos velhos princípios penais – o formalismo, a prova, a certeza, a dúvida razoável, a Constituição. A segurança jurídica evoluirá para a doutrina da convicção; a prova séria e robusta será substituída pela teoria da prova indireta e pela extravagante doutrina do “domínio do facto”; a garantia constitucional dos direitos individuais cederá perante um neoconstitucionalismo plebiscitário, de forma a corretamente exprimir o “clamor das ruas”. No fundo, todo um novo direito, finalmente aberto a raciocínios de política por parte dos magistrados.

estalinista nunca residiu na severidade das normas, mas na sua ambiguidade. O que caracterizou a verdadeira identidade do regime nunca foram as leis muito rígidas, mas o terror de ninguém saber exatamente o que essas leis queriam dizer. Todos podiam ser punidos – por leis que existiam ou por leis que não existiam; por cumprir as leis ou pôr as violar. A criativa hermenêutica jurídica, o livre convencimento do juiz, a maioria política de ocasião, a acusação fabricada sem provas e perversamente destinada a criar danos políticos, a volúvel opinião pública ligada aos humores da indústria televisiva trouxeram para o Código Penal esse turbilhão, esse alvoroço, esse estado de movimento permanente: já nada nos códigos é seguro, tudo pode mudar a qualquer momento e é impossível adivinhar em que sentido. A lei é incerta, tal como o era ontem a doutrina. Neste rodopio frenético só podemos ter uma certeza – tal como o partido, também elas, as instituições penais do Estado, nunca se enganam. No estado de exceção, a lei é uma emboscada<sup>12</sup>.

retomar o que se dizia e assim poder afirmar categoricamente, o porquê de se considerar o magistrado aqui referenciado e homenageado, um exemplo de julgador, reside exatamente na certeza que se tem diante da própria militância diuturna do autor aqui firmatário na advocacia criminal vendo e vivenciando na atuação diante da Corte originária do homenageado, de que se trata de um juiz imparcial que não adere previamente a “pré-juízos” e “pré-conceitos”. Que aguarda e recebe os elementos que lhe são apresentados e alcança sua esfera valorativa, nos limites do que efetivamente encontra-se referenciado por claros paradigmas constitucionais e universais a respeito da matéria humana, demasiado humana, que se encontra na complexa singularidade e circularidade da justiça penal, sempre ligada às próprias “misérias do processo penal”.

Mais do que isso, salta clara às vistas a atenção horizontal que o juiz aqui homenageado dedica a quem quer que bata às portas do seu gabinete, sobressaindo aos olhos e ao coração dos demais atores e funções essenciais à justiça, o que aqui se afirma como um verdadeiro imperativo categórico kantiano.

A história, quando regressa, vem a galope. A singularidade do regime penal

A importância da digressão que se fez nas linhas antecedentes, para agora

<sup>11</sup> Idem, p. 28.  
<sup>12</sup> Idem, p. 31.

<sup>13</sup> <https://www.conjur.com.br/2021-abr-24/ferrajoli-10-regras-etica-judicial-resultantes-natureza-juridicao>

Tudo isso que se está a afirmar, e não é pouco, vai ao encontro daquilo que Luigi Ferrajoli denominou de **“As 10 regras da ética judicial resultantes da natureza cognitiva da jurisdição”**, artigo publicado no Consultor Jurídico<sup>13</sup> e que deveria ser de leitura obrigatória por todos os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público.



*Essa ética da dúvida envolve a rejeição de qualquer arrogância cognitiva, a prudência do julgamento. Trata também da regra de ouvir as razões opostas que consiste na disponibilidade dos juízes, mas também dos promotores, para ouvir todas as razões diferentes e opostas e a exposição de suas hipóteses à refutação e à falsificação, legal e factual. É nesta disponibilidade tanto do julgamento como do Ministério Público de se exporem e se submeterem à refutação dos réus em juízo que reside o valor ético, assim como epistemológico, do público contraditório na formação da prova. Essa disponibilidade exprime uma atitude de honestidade intelectual e responsabilidade moral, baseada na consciência da natureza não mais do que probabilística da verdade factual. Ela exprime o próprio espírito do processo acusatório, em oposição à abordagem inquisitorial, cujo traço inconfundível e falacioso é antes a resistência do preconceito acusatório a qualquer negação ou contraprova<sup>14</sup>.*

No referido trabalho, Ferrajoli apresenta referenciais que o Julgador aqui homenageado não apenas conhece, como os exercita diariamente, a exemplo da **regra da ética da dúvida**:

Ora, a regra da imparcialidade de julgamento é consequência da disponibilidade para ouvir todas as razões opostas e segue a mesma dinâmica informativa até aqui sustentada e que não tolera o denominado por Ferrajoli *“processo ofensivo”*

em que *“o juiz torna-se inimigo do réu”* e *“não busca a verdade do fato, mas busca o crime no prisioneiro, e o cerca, e acredita que perderá se ele não consegue, e por fazer mal àquela infalibilidade que o homem se arroga em todas as coisas”*.

E mais do que isso, diz Ferrajoli em suporte às nossas convicções diante do que se pode compreender por fazer justiça e como tem se portado o magistrado aqui homenageado:



*Tenho aconselhado repetidamente os juízes a fazerem um exercício mental: o de sempre se colocarem no ponto de vista de seus réus, dos demandantes e das partes envolvidas no julgamento. É a partir desses pontos de vista que os juízes sempre serão, por sua vez, severamente julgados. Eles mal se lembram de algum deles. Mas cada um deles se lembrará de seus juízes e lembrará de seu julgamento como uma experiência inesquecível: ele lembrará de sua imparcialidade ou partidarismo, seu equilíbrio ou arrogância, sua sensibilidade ou limitação burocrática, sua humanidade ou desumanidade, sua capacidade de ouvir ou sua prepotência. Acima de tudo, ele se lembrará se aqueles juízes o assustaram<sup>15</sup>.*

A sensação segura que nos dá é a de que o ministro Sebastião Reis Junior sempre conheceu e vivenciou cada uma das regras deontológicas propostas por Ferrajoli e que cada jurisdicionado que de algum modo foi beneficiado ou não com nenhuma das suas decisões, certamente a nenhum deles ele assustou, ao contrário, ou lhes trouxe o alento de seguirem acreditando na justiça, mesmo aqueles condenados com imparcialidade reconhecida ou o alívio pelo reconhecimento e correção de injustiças cometidas.

O homenageado sabe claramente<sup>16</sup>, por exemplo, que a estratégia de prender para se obter delações, além de desumana é ilegal, assim como se declarar a “complexidade do caso” para criar-se um sentimento abstrato de que vale-tudo no processo penal, inclusive prisões além de qualquer razoabilidade e necessidade concreta (qualquer “são sentimento do povo” ou de quem quer que seja, utilizado

como “motivação” para qualquer ato oficial, causa calafrios pois remete ao direito penal dos tempos nazistas).

Não há dúvida, ainda, que o homenageado sabe que o Juiz que atua na área penal é um verdadeiro garante dos direitos e garantias individuais, devendo carregar na sua essência judicante o poder-dever constitucional de limitar os excessos e os abusos do Estado, dominando e exercitando na teoria e na prática a ética da liberdade e não a da segurança (exclusiva das forças de segurança), jamais podendo adotar posturas populistas de “justiceiros” de plantão, quando então escolhem lados e passam a ostentar como uma camisa de força, o pijama de chumbo da parcialidade, portanto, da explícita, ou mesmo velada, suspeição.

Todas as densas razões aqui apresentadas permitem concluir que se está homenageando um magistrado realmente

devotado à Constituição da República, portanto, que encara o processo penal sob a perspectiva democrática e não sob o viés inquisitorial e autoritário.

É exatamente sob a ótica do processo penal democrático que passamos a mencionar três recentes precedentes, dentre tantos da relatoria do homenageado, acordos com sua humanidade e que nos soam como essenciais e paradigmáticos diante de tudo o que até aqui se afirmou a respeito do ministro Sebastião Reis Júnior.

É de sua relatoria, por exemplo, o Habeas Corpus (HC 609.374/MG) em que a Sexta Turma do STJ decidiu que a **prisão preventiva**, após o advento da Lei n. 12.403/2011, passou a ser a mais excepcional das medidas cautelares, devendo ser aplicada somente quando comprovada a sua inequívoca necessidade, em especial no contexto de pandemia em que o Conselho Nacional de Justiça editou

<sup>13</sup> Op. cit.

<sup>14</sup> Op. cit.

<sup>15</sup> É uma lástima saber que ainda há e ter que vivenciar em nosso dia a dia a disfuncionalidade e

inconstitucionalidade, em essência, da mentalidade inquisitorial que segue habitando tantos corações e mentes no Poder Judiciário e no Ministério Público do Brasil.

a Recomendação n. 62/2020, vejamos a ementa autoexplicativa:



HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (15,12 G DE COCAÍNA E 0,73 G DE MACONHA). PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO PREVENTIVA. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. SUBSTITUIÇÃO POR CAUTELARES DIVERSAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CNJ.

1. No caso, a despeito das instâncias de origem terem mencionado o histórico criminal do acusado, verifica-se que ele é tecnicamente primário, os crimes não foram praticados com violência ou grave ameaça e a quantidade de droga apreendida não é relevante (15,12 g de cocaína e 0,73 g de maconha), portanto, no caso em exame, a prisão preventiva mostra-se desproporcional e a imposição de medidas cautelares alternativas é devida, suficiente e adequada.
2. Com o advento da Lei n. 12.403/2011, a prisão preventiva passou a ser a mais excepcional das medidas cautelares, devendo ser aplicada somente quando comprovada a sua inequívoca necessidade, ainda mais no contexto atual de pandemia em que o Conselho Nacional de Justiça, na Recomendação n. 62/2020, salientou a necessidade de utilização da prisão preventiva com máxima excepcionalidade.
3. Conquanto os motivos invocados pelo Juízo monocrático revelem a necessidade de algum acautelamento da ordem pública, tais razões não são bastantes, em juízo de proporcionalidade, para manter o acusado sob o rigor da cautela pessoal mais extremada, notadamente por se tratar de réu primário e com residência fixa (HC n. 586.219/SE, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 14/9/2020). 4. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva imposta ao paciente por medidas cautelares a serem fixadas pelo Juízo de origem, sem prejuízo de nova decretação de prisão preventiva em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força das cautelares ou de superveniência de motivos concretos para tanto.

É também de sua corajosa autoria, a decisão em recurso em Habeas Corpus (RHC 126.001/SP), em que, malgrado a quantidade de droga apreendida, ainda assim se enfrentou a questão da prisão preventiva sob a perspectiva dos fundamentos em concreto da medida, quando assim restou ementado:



RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. DESPROPORCIONALIDADE DA CONSTRIÇÃO. CRIME PRATICADO SEM VIOLÊNCIA OU SEM GRAVE AMEAÇA. RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO (ART. 319 DO CPP). POSSIBILIDADE.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível mediante decisão devidamente fundamentada e com base em dados concretos, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema nos termos do art. 312 e seguintes do Código de Processo Penal.
2. Embora as instâncias ordinárias tenham mencionado a quantidade de droga apreendida (156,9 kg de maconha), elas não apontaram nenhuma circunstância concreta que pudesse evidenciar que o recorrente integre de forma relevante organização criminosa ou a necessidade da custódia cautelar para o resguardo da ordem pública, da ordem econômica, para a conveniência da instrução processual ou para assegurar a aplicação da lei penal, nos moldes do que preconiza o art. 312 do Código de Processo Penal.
3. Existem medidas alternativas à prisão que melhor se adequam à situação do recorrente, uma vez que o crime imputado não foi cometido com violência ou com grave ameaça à pessoa.
4. Recurso em habeas corpus provido, inclusive observada a Recomendação CNJ n. 62/2020, para substituir a prisão preventiva imposta ao recorrente pelas medidas cautelares previstas no art. 319, I, II, IV e V, do Código de Processo Penal, salvo prisão por outro motivo e sem prejuízo da aplicação, ou não, de outras medidas alternativas à prisão, fundamentadamente. Liminar confirmada.

A sensibilidade humana e social do homenageado diante do cenário da pandemia de Covid-19 se fez presente, também, no julgamento de sua relatoria mantido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (HC 568.693/ES), em habeas corpus coletivo que tratou da

soltura de todos os presos do país que foram beneficiados com liberdade provisória, mas que continuaram presos por falta de pagamento de fiança. Note-se na cuidadosa e densa ementa a importância e relevo do julgado:



HABEAS CORPUS COLETIVO. PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PRESOS QUE TIVERAM A LIBERDADE PROVISÓRIA CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE FIANÇA. CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19. RECOMENDAÇÃO N. 62/CNJ. EXCEPCIONALIDADE DAS PRISÕES. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DOS EFEITOS PARA TODO O TERRITÓRIO NACIONAL.

1. No que diz respeito ao cabimento do habeas corpus coletivo, não obstante a inexistência de norma expressa, plenamente possível o seu processamento.

2. Inicialmente, os arts. 580 e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, dão azo à permissibilidade do writ coletivo no sistema processual penal brasileiro. Ademais, o microsistema de normas de direito coletivo como a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Mandado de Segurança, a Lei do Mandado de Injunção, entre outras, autoriza a impetração do writ na modalidade coletiva.

3. No âmbito supranacional, o art. 25, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, garante o emprego de um instrumento processual simples, rápido e efetivo para tutelar a violação de direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela Lei ou pela citada Convenção.

4. Anoto, ainda, que, diante dos novos conflitos interpessoais resultantes da sociedade contemporânea - “sociedade de massa” -, imprescindível um novo arcabouço jurídico processual que abarque a tutela de direitos coletivos, também no âmbito penal.

5. A reunião, em um único processo, de questões que poderiam estar diluídas em centenas de habeas corpus implica economia de tempo, de esforço e de recursos, atendendo, assim, ao crescente desafio de tornar a prestação jurisdicional desta Corte Superior mais célere e mais eficiente.

6. No mais, sabe-se que o habeas corpus consolidou-se como um instrumento para defesa de direito fundamental e, como tal, merece ser explorado em sua total potencialidade.

7. No direito comparado, a Suprema Corte argentina, a despeito de inexistir, naquele país, norma expressa regulando o habeas corpus coletivo, no famoso “Caso Verbitsky”, admitiu o cabimento da ação coletiva contra toda e qualquer situação de agravamento da detenção que importe um trato cruel, desumano ou degradante a um grupo de pessoas afetadas pela atuação arbitrária do Estado.

8. Por fim, vê-se que conflitos sociais já foram solucionados por meio de habeas corpus coletivo tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal como no do Superior Tribunal de Justiça, citando-se, como exemplos, o HC n. 143.641/SP, o HC n. 568.021/CE e o HC n. 575.495/MG.

9. Busca-se, neste habeas corpus coletivo, a soltura de todos os presos do estado do Espírito Santo que tiveram o deferimento da liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança, o que se faz com fulcro na Recomendação n. 62/2020 do CNJ.

10. Não se pode olvidar que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 62/2020, em que recomenda aos tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

11. Nesse contexto, corroborando com a evidência de notória e maior vulnerabilidade do ambiente carcerário à propagação do novo coronavírus, nota técnica apresentada após solicitação apresentada pela Coordenação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais no Distrito Federal – IBCCrim/DF, demonstra que, sendo o distanciamento social tomado enquanto a medida mais efetiva de prevenção à infecção pela Covid-19, as populações vivendo em aglomerações, como favelas e presídios, mostram-se significativamente mais sujeitas a contrair a doença mesmo se proporcionados equipamentos e insumos de proteção a estes indivíduos.

12. Por sua vez, a Organização das Nações Unidas (ONU), admitindo o contexto de maior vulnerabilidade social e individual das pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penais, divulgou, em 31/3/2020, a Nota de Posicionamento - Preparação e respostas à Covid-19 nas prisões. Dentre as análises realizadas, a ONU afirma a possível insuficiência de medidas preventivas à proliferação da Covid-19 nos presídios em que sejam verificadas condições estruturais de alocação de presos e de fornecimento de insumos de higiene pessoais precárias, a exemplo da superlotação prisional. Assim, a ONU recomenda a adoção de medidas alternativas ao cárcere para o enfrentamento dos desafios impostos pela pandemia aos já fragilizados sistemas penitenciários nacionais e à situação de inquestionável vulnerabilidade das populações neles inseridas.

13. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) igualmente afirmou, por meio de sua Resolução n. 1/2020, a necessidade de adoção de medidas alternativas ao cárcere para mitigar os riscos elevados de propagação da Covid-19 no ambiente carcerário, considerando as pessoas privadas de liberdade como mais vulneráveis à infecção pelo novo coronavírus se comparadas àquelas usufruindo de plena liberdade ou sujeitas a medidas restritivas de liberdades alternativas à prisão.

14. Por essas razões, somadas ao reconhecimento, pela Corte, na ADPF

n. 347 MC/DF, de que nosso sistema prisional se encontra em um estado de coisas inconstitucional, é que se faz necessário dar imediato cumprimento às recomendações apresentadas no âmbito nacional e internacional, que preconizam a máxima excepcionalidade das



novas ordens de prisão preventiva, inclusive com a fixação de medidas alternativas à prisão, como medida de contenção da pandemia mundialmente causada pelo coronavírus (Covid-19).

15. Nos casos apresentados pela Defensoria Pública do Espírito Santo, a necessidade da prisão preventiva já foi afastada pelo Juiz singular, haja vista não estarem presentes os requisitos imprescindíveis para sua decretação. Diante de tais casos, o Juiz deliberou pela substituição do aprisionamento cautelar por medidas alternativas diversas, optando, contudo, por condicionar a liberdade ao pagamento de fiança.

16. Nos termos em que preconiza o Conselho Nacional de Justiça em sua Resolução, não se mostra proporcional a manutenção dos investigados na prisão, tão somente em razão do não pagamento da fiança, visto que os casos - notoriamente de menor gravidade - não revelam a excepcionalidade imprescindível para o decreto preventivo.

17. Ademais, o Judiciário não pode se portar como um Poder alheio aos anseios da sociedade, sabe-se do grande impacto financeiro que a pandemia já tem gerado no cenário econômico brasileiro, aumentando a taxa de desemprego e diminuindo ou, até mesmo, extirpando a renda do cidadão brasileiro, o que torna a decisão de condicionar a liberdade provisória ao pagamento de fiança ainda mais irrazoável.

18. Por fim, entendo que o quadro fático apresentado pelo estado do Espírito Santo é idêntico aos dos demais estados brasileiros: o risco de contágio pela pandemia do coronavírus (Covid-19) é semelhante em todo o país, assim como o é o quadro de superlotação e de insalubridade dos presídios brasileiros, razão pela qual os efeitos desta decisão devem ser estendidos a todo o território nacional.

19. Ordem concedida para determinar a soltura, independentemente do pagamento da fiança, em favor de todos aqueles a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança no estado do Espírito Santo e ainda se encontram submetidos à privação cautelar de liberdade em razão do não pagamento do valor, com determinação de extensão dos efeitos desta decisão aos presos a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança, em todo o território nacional. Nos casos em que impostas outras medidas cautelares diversas e a fiança, fica afastada apenas a fiança, mantendo as demais medidas. Por sua vez, nos processos em que não foram determinadas outras medidas cautelares, sendo a fiança a única cautela imposta, é necessário que os Tribunais de Justiça estaduais e os Tribunais Regionais Federais determinem aos juízes de primeira instância que verifiquem, com urgência, a conveniência de se impor outras cautelares em substituição à fiança ora afastada. Oficiem-se os Presidentes dos Tribunais de todos os estados da Federação e os Presidentes de todos os Tribunais Regionais Federais para imediato cumprimento.

A única conclusão possível para o presente trabalho é o desejo de vida longa ao homenageado, ser humano e magistrado que realmente agiganta o Superior Tribunal de Justiça e o Judiciário brasileiro, rogando aos céus por mais e mais juízes com idênticos ou assemelhados predicados.

# O estado democrático de direito, a advocacia pública e o direito constitucional à saúde

*"Eu quero desaprender para aprender de novo. Raspar as tintas com que me pintaram. Desencaixotar emoções, recuperar sentidos". Rubem Alves*

## AUTORAS



ARIELA DE ALMEIDA SERRA

Ex-juíza do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora do Estado da Bahia. Pós-graduada em Direito do Estado pelo PODIVM em janeiro 2011. Pós-graduada em Direito Administrativo pelo PODIVM em janeiro 2016. Endereço para correspondência: Rua Florentino Silva, 588, Ed. Aracuã, ap. 602, Itaigara. CEP: 41815-400. Contato: (71) 99198-3883. E-mail: arielaserra9@gmail.com.



VERÔNICA DE ALMEIDA CARVALHO

Procuradora do Estado da Bahia. Pós-graduada em Processo Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – 2011. Endereço para correspondência: Rua Jardim Alto do Itaigara, nº 94, Torre B, apt.1802, Itaigara, Salvador/Ba. CEP: 41.815-190 Contato: (71) 98197-8347. E-mail: almeidacarvalho.veronica@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/3729930348778899>

## RESUMO

Este artigo traça um panorama do papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito, para a efetivação do direito constitucional à saúde. Dentre as lições dos tempos atuais, a violação de direitos fundamentais resulta em movimentos sociais contrários à própria democracia. Por essa razão, a defesa da legalidade por parte da atuação dos advogados públicos não se resume às partes envolvidas nos processos judiciais, por contemplar toda a sociedade brasileira.

**Palavras-Chave:** Saúde. Direito Fundamental. Advocacia. Estado Democrático de Direito.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) apresenta o Estado como sendo de Direito, tendo como fundamentos a cidadania, o pluralismo político e a dignidade humana. O art. 1º da Constituição Federal afirma que a República Federativa do Brasil se

constitui em Estado Democrático de Direito.

O papel do advogado público em um Estado de Direito é essencial para a realização dos deveres estatais previstos constitucionalmente. Isso não se resume a uma defesa do patrimônio

público, por contemplar a garantia dos direitos fundamentais por meio da atuação judicial, consultiva e do planejamento de políticas públicas.

O Estado Democrático de Direito pode ser conceituado por Bedin (2002) como:



*[...] um Estado subordinado ao direito, que defende os direitos fundamentais e a segurança de seus cidadãos e que tem por base o princípio da razoabilidade, da responsabilidade por seus atos e do respeito da via judicial. Além disso, estrutura-se a partir da divisão dos poderes e da descentralização de suas atividades, sendo a sua administração orientada pelo princípio da legalidade e voltada à supremacia dos princípios da liberdade e da igualdade, sem nunca afastar o fundamento popular do poder e a defesa do bem público (BEDIN, 2002, p. 178-179).*

Uma questão tormentosa e que deve ser analisada pela comunidade jurídica é como compatibilizar a efetivação do direito fundamental constitucional à saúde com o Estado Democrático de Direito. Isso porque, se o Estado é amparado no Direito, os direitos fundamentais – como o direito à saúde – devem ser acessíveis para os cidadãos. Considera-se inegável que a saúde pública no Brasil não alcança

a realidade de todos os brasileiros de forma igualitária.

É neste ponto que a advocacia pública desponta com protagonismo no Estado Democrático de Direito. Acredita-se que os entes políticos ocupam o maior número de ações no Poder Judiciário, como Requeridos ou Réus, nas demandas que buscam a efetivação de direitos

fundamentais como o direito à saúde. Conforme já foi mencionado, o papel do advogado público ultrapassa a mera defesa do patrimônio estatal.

Neste artigo, analisa-se a relação da advocacia pública com o Estado Democrático de Direito e a efetivação do Direito à Saúde. Por se tratar de um tema extenso e essencial na atualidade, não se

pretende esgotar o assunto e sim trazer conceitos e reflexões para a comunidade jurídica.

## A advocacia pública

Sabe-se que a Fazenda Pública compreende as pessoas jurídicas de direito público interno, de acordo com o art. 41 do Código Civil (BRASIL, 2002), quando demandadas em juízo, afinal, é o seu erário que suporta os encargos patrimoniais do litígio, de acordo com o Decreto-Lei nº 4.597/42 (BRASIL, 1942).

A esse respeito, ressalta-se que o Estado é uma das partes mais frequentes nas demandas. Logo, por estar em jogo o interesse coletivo e para facilitar a defesa do erário, a Fazenda dispõe de prerrogativas processuais. Relativamente à representatividade em juízo, no âmbito

estadual cabe à Procuradoria Geral do Estado a sua representação, de modo que todas as citações deverão ser realizadas de forma pessoal. Conforme o art. 183 do CPC: “[...] § 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico” (BRASIL, 2015, p. 30).

De acordo com posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a Procuradoria do Estado é órgão vinculado ao Poder Executivo, desprovida de independência funcional e administrativa, sendo inconstitucional norma estadual que estabeleça o contrário, conforme ADI nº 1246, Rel. Min. Roberto Barroso (BRASIL,

1995). Os procuradores prescindem de procuração para atuarem, por manterem um vínculo legal com a Administração Pública, de acordo com os arts. 182 a 184 da CPC/2015 (BRASIL, 2015).

A missão institucional dos advogados do Estado, por sua vez, é harmonizar as políticas públicas propostas pelos representantes eleitos por meio do povo, considerando as disposições do ordenamento jurídico.

O professor José Afonso da Silva (2003) sintetiza o papel do advogado público, destacando que:



*a advocacia assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente, e veementemente, a defesa da moralidade pública, que se tornou um valor autônomo constitucionalmente garantido. (...) Seu compromisso institucional e funcional é com a defesa do princípio da legalidade e, especialmente, do princípio da constitucionalidade, que significa que no Estado Democrático de Direito é a Constituição que dirige a marcha da sociedade e vincula, positiva e negativamente, os atos do poder público (SILVA, 2003, p. 491).*

As atividades contenciosas e consultivas exercidas pelos advogados públicos se entrelaçam, tendo como eixo o princípio da legalidade e por consequência, a efetivação do Estado de Direito.

## O direito constitucional à saúde e o estado democrático de direito

Segundo nos ensina Molinaro e Sarlet (2010/2011):



*a noção de direito à saúde deve-se originariamente a dois desenvolvimentos históricos, o movimento da saúde pública do século XIX e o reconhecimento dos direitos sociais no século XX. Atualmente, encontra-se positivado em mais de sessenta Constituições, além de documentos internacionais que garantem direitos relacionados à saúde. Dessa forma verifica-se que atingiu alcance internacional (MOLINARO; SARLET, 2010/2011, p. 28).*

Nessa toada, a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas, de 1948), em seus artigos 22 e 25, prevê o direito à saúde. Por conseguinte, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, a Convenção dos Direitos da Criança e a Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1989, todos ratificados pelo Brasil (SARLET, 2007, p. 29).

A Organização Mundial da Saúde define saúde como “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência

de afeções e enfermidades” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020, p. 1).

O direito à saúde faz parte do campo de direitos da segunda dimensão e representa: 1 - um direito de defesa, considerando que não deve haver intervenção inadequada; e 2 - um direito a prestações, tendo relação com a atribuição do Estado de efetivar políticas públicas que o protejam. Ele está previsto na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB) (BRASIL, 1988) como um direito social, de aplicabilidade

imediate, na qual deve ser assegurado pelo Estado por meio de políticas econômicas e sociais.

Em verdade, desde o Preâmbulo da referida Carta Magna, o Poder Constituinte Originário cuidou do assunto, indicando a saúde pública como um dos objetivos do Estado, por meio do termo “bem-estar”.

O artigo 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) destaca que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Logo após, a

referida base legal prevê que o seu acesso é universal e igualitário.

A Constituição brasileira (BRASIL, 1988) prevê ainda o Sistema Único de Saúde (SUS) como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde, elencando as competências de cada ente, sendo regulamentado pelas Leis nº 8.080/90 (BRASIL, 1990a) e nº 8.142/90 (BRASIL, 1990b).

No SUS, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios abraçam diferentes responsabilidades de financiamento e de execução das políticas públicas, tendo como base a Lei Orgânica do SUS – Lei nº 8.080/90 (BRASIL, 1990a), além de demais atos normativos que o regulam, a distribuição de atribuições administrativas e, em especial, a regulamentação quanto à aquisição, à programação, ao armazenamento, à distribuição e à dispensação de medicamentos e produtos para tratamentos de enfermidades.

O Sistema Único é um dos maiores sistemas de saúde pública existente e tem como

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, com o presente artigo, pondera-se que no plano teórico-jurídico o Direito à Saúde é um direito fundamental, individual e coletivo, sendo garantido pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como em Tratados de Direitos Humanos. A saúde como direito fundamental é uma expressão da dignidade humana.

Atrelado a essas considerações, aponta-se um crescimento no campo de direitos e uma transformação do conteúdo no Estado Democrático de Direito, de modo a sair do formalismo jurídico para um direito

princípios: a universalidade, a equidade e a integralidade. A universalidade estabelece que todos os brasileiros devem ter acesso igualitário aos serviços de saúde. De outra banda, a equidade de acesso deve ser entendida como materialização da justiça, envolvendo a disponibilidade de serviços para uma categoria que necessite de especial intervenção. Finalmente, a integralidade reverbera na ocorrência de uma nova condução da administração de políticas públicas.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) proporcionou uma nova etapa para a saúde pública do país, alçando o direito à máxima constitucional, destacando o seu acesso como um direito inerente à própria cidadania.

Os direitos e as garantias fundamentais – previstos no título II da CRFB/88 (BRASIL, 1988) são normas que visam proteger o desenvolvimento da pessoa humana, ao oferecer condições mínimas para a convivência em sociedade. Destaca-se que suas características são: imprescritibilidade,

substancial. Dessa forma, cabe ao Judiciário decidir em relação às demandas individuais e coletivas, visando a garantia da efetividade dos direitos constitucionalmente previstos, além da própria democracia e dos seus fundamentos, como tem ocorrido no Brasil, do ponto de vista do direito à saúde.

O Poder Judiciário tem enfrentado um aumento expressivo dos números de ações cujo cerne é o direito à saúde, reforçando a necessidade do diálogo interinstitucional para a busca de solução que garanta a prestação do serviço de saúde, bem como esteja alinhado às políticas do Sistema Único de Saúde e à capacidade

irrenunciabilidade, universalidade e inalienabilidade. Esses direitos e garantias estão fundamentados na teoria da máxima efetividade das normas constitucionais.

O Poder Judiciário é inundado de processos contra a Fazenda Pública como consequência do aumento da judicialização da saúde pública, nos quais a advocacia pública é chamada a atuar em defesa do Estado. Sobrecarregados com inúmeros processos e suas peculiaridades, o advogado público se vê em uma difícil missão: dar conta da demanda exacerbada que quase sempre tem resultado desfavorável para a Administração Pública.

Uma das alternativas que acreditamos viáveis para atenuar o problema, desafogando o Poder Judiciário é a utilização de meios alternativos de solução de conflitos no âmbito dos processos de saúde. A mediação representa a busca pelo consenso de forma extrajudicial. Na autocomposição, as próprias partes, no exercício de suas autonomias, resolvem consensualmente o conflito.

orçamentária dos entes federativos.

Os meios alternativos de solução de conflito, despontam como mecanismo de atuação de forma coordenada dos setores da sociedade. Não se trata da única solução, mas de uma forma de atuar de maneira na busca da garantia da dignidade humana.

Estabelecidas tais premissas, os advogados públicos atuam como agentes de promoção de direitos, tanto no âmbito das ações individuais e coletivas, quanto no aspecto consultivo, provendo o princípio da legalidade e os direitos individuais e coletivos.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. IN: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BEDIN, Gilmar Antonio. Estado, Direito e Justiça: em busca de um conceito de Estado de direito. **Revista Direito em Debate**. Ijuí: Unijuí, nº 16/17, 2002.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942. Dispõe sobre a prescrição das ações contra a Fazenda Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del4597.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del4597.htm). Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, 1990a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm). Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências, 1990b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18142.htm). Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1246 PR/DF, 1995. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18142.htm). Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm). Acesso em 08 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em 08 nov. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 61, 1991.

FREITAS, D. C. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GOV.BR. MINISTÉRIO DA SAÚDE. O que significa ter saúde? **Ministério da Saúde**, 07 ago. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-brasil/eu-queiro-me-exercitar/noticias/2021/o-que-significa-ter-saude>. Acesso em 08 nov. 2022.

MEDEIROS, F. J. M. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. **Democracia - Separação de poderes - Eficácia e Efetividade do Direito à saúde no Judiciário brasileiro - Observatório do Direito à Saúde**. Belo Horizonte, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 11, set./out./nov., Salvador, Bahia, Brasil, 2007.

SCHULZE, C. J.; NETO, J. P. G. **Direito à saúde**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à Saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília: IPEA, 2020.

# O exercício da advocacia no Estado Democrático de Direito diante das normas municipais brasileiras proibitivas da discussão das diversidades humanas de gênero e sexual nas escolas públicas – breve estudo de caso sobre a ADI estadual nº 0011990-05.2016.827.0000/16-TJTO, gênese da ADPF nº 465/2017



## AUTORA

GISELA MARIA  
BESTER

Mestra (UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina, 1996), Doutora (UFSC e Universidad Complutense de Madrid, 2002) e Pós-Doutora em Direito Público – Constitucional e Administrativo do Ambiente (FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015). Foi Coordenadora do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA, Diretora-Geral da Escola Superior de Advocacia do Tocantins (ESATO), Membro Consultora da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais, da OAB/TO, Integrante da Comissão da Mulher Advogada, e da Comissão de Ensino Jurídico, ambas da OAB/TO. Ex-docente dos Programas de Mestrados Acadêmicos em Direito, Democracia e Sustentabilidade (da Faculdade Meridional-IMED), em Direitos Fundamentais (da Universidade do Oeste de Santa Catarina-UNOESC) e em Direito Empresarial e Cidadania (do Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA). Integrou o Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Foi Professora concursada do Curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins. Ex-Conselheira Titular do Ministério da Justiça (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária). Vencedora do Prêmio Ethos-Valor Econômico de Sustentabilidade, edição de 2008, na categoria Professores. Autora de obras jurídicas e da Coluna Levando a Constituição a Sério, no Portal jurídico Empório do Direito. Advogada (OABTO 6295). Link de acesso ao Currículo completo, na Plataforma Lattes: <https://lattes.cnpq.br/3718611665180124>

## RESUMO

Este artigo objetiva identificar e analisar, sob os enfoques democrático, ético, humanístico e inclusivo, as violações às diversidades humanas de gênero e sexual, no contexto das previsões contempladas na Constituição da República Federativa do Brasil e no sistema internacional de direitos humanos, por alguns municípios brasileiros. Essas diversidades foram violadas em dados cenários normativos municipais, como no de Palmas (Tocantins), pela proibição das suas abordagens no cosmos das escolas públicas, considerado o recorte específico das questões de gênero. Como tentativa de superação dessa ameaça à ordem

constitucional maior, perpetrada inicialmente por uma medida provisória e depois por sua lei de conversão, o enfrentamento jurídico inicial da questão deu-se no âmbito da instituição Ordem dos Advogados do Brasil/TO, pelo ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, no Tribunal de Justiça/TO, antecedida da realização de uma Audiência Pública para debater a temática com a coletividade afetada. Ao estudo de tais categorias e dos argumentos e contra-argumentos condensados nessa ação do processo constitucional, dedica-se este texto, na modalidade metodológica estudo de caso, ressaltando sua importância de estar na gênese da ADPF 465/17, que tramitou no Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-Chave:** ADI 0011990-05.2016.827.0000/16-TJTO. ADPF 465/17. Controle de constitucionalidade. Diversidade de gênero. Princípio Democrático. Instituição OAB. Exercício da Advocacia. Medidas provisórias municipais.

## INTRODUÇÃO

Os caminhos adequados para impulsionar a construção de uma sociedade mais livre, mais justa, e mais solidária, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme os ditames do texto constitucional de 1988 requerem, com destaque, a também almejada concretização do princípio da igualdade material, com ênfase em suas dimensões ética, humanística e inclusiva, as quais contemplam, em equilibradas posições teleológicas e axiológicas, o integral respeito às diversidades humanas, entre elas as de gênero e sexual.

Tais dimensões são tratadas sob o prisma de valores a serem reforçados, ou até

mesmo antes resgatados, e experimentados na vivência prática, eis que genuinamente são também impulsionadoras de ativismos participativos, de modo a possibilitar, assim, o enfrentamento da ampla temática da diversidade, que foi cerceada quanto à sua abordagem mais afunilada nos aspectos de gênero e de sexualidade, no sistema público escolar do Município de Palmas, capital do Estado brasileiro Tocantins.

Um primeiro enfrentamento a tal cerceamento deu-se no âmbito do sistema estadual de controle de constitucionalidade, que foi acionado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Tocantins (OAB/TO), pelo ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), em 21 de julho de 2016, referente a uma medida provisória

e à sua lei de conversão, ambas municipais, promulgadas nos primeiros meses daquele mesmo ano.

Diante desse contexto, idealizou-se este artigo com o objetivo de resgatar e analisar o caminho da construção das ações de ativismo em prol da defesa da efetividade dos vários direitos humanos e fundamentais implicados, com o envolvimento direto de seis Comissões Temáticas da OAB/TO. Isto se deu desde a tomada de conhecimento das referidas normas, que inovaram o Plano Municipal de Educação para pior e de forma restritiva, passando pela realização de uma Audiência Pública, até o estágio de ADI, visando a enaltecimento a luta pelo asseguração amplo da preservação da dignidade humana e da democracia

<sup>17</sup> Serviu de base inicial a este texto o artigo intitulado "A fraternidade e a solidariedade como propulsoras de ativismo participativo no processo constitucional: afirmação da igualdade material contra a proibição da discussão da diversidade humana de gênero no sistema público escolar de Palmas/TO – Estudo de caso sobre a ADI nº 0011990-05.2016.827.0000/16-TJTO", escrito por mim, em colaboração com Nayara Galletta Borges, tendo sido publicado na seguinte obra: BRITO, Alessandra Mizuta de; COSTA, Sebastião Patricio Mendes da (Orgs.). A pesquisa jurídica empírica e

os direitos fundamentais: a primazia do caso concreto. Porto Alegre: Fi, 2017. p. 243-289. O presente artigo, com pequenas atualizações, possui a mesma redação do publicado na obra: COELHO, Marcus Vinicius Furtado (Org.). A Constituição entre o Direito e a Política: o futuro das instituições. Homenagem a José Afonso da Silva. Rio de Janeiro: LJM Mundo Jurídico, 2017. p. 981-1028. A ADI objeto deste artigo teve seu texto redigido e assinado por esta autora, Nayara Galletta Borges, Karoline Soares Chaves, Veronica Chaves Salustiano, Emilleny Lázaro da S. Souza e Laudineia Nazareno Mota.

em todas as suas esferas e dimensões. Portanto, metodologicamente este artigo

se enquadra na modalidade estudo de caso, cuja argumentação, em termos de

fundamentos teóricos, dá-se em bases crítico-humanistas.

## Os valores supremos da sociedade brasileira: da fraternidade e da solidariedade à cidadania ativa em defesa do ordenamento constitucional democrático e igualitário

Da fraternidade diz-se, entre outras acepções quanto à sua gênese teórica, que, em lições aristotélicas, condensava a ideia mais aprimorada da amizade na qualidade de categoria política, direcionada ao agir humano em comunidade. Sobre a solidariedade, diz-se que foi inspirada pela fraternidade, cursando longo caminho até alcançar autonomia principiológica ao entrar para textos jurídicos, como é o caso da Constituição da República brasileira, de 1988. O entrelaçamento entre essas categorias, cuja simbiose fortalece o humanismo jurídico e as ações humanas dirigidas a bem gerir os interesses coletivos, é o tema desta seção.

### Fraternidade e solidariedade na Constituição Federal brasileira: princípios instrumentais dirigidos à ação humana em prol da efetivação de direitos

O conceito de fraternidade encontra os seus primeiros contornos na *philia* aristotélica (ARISTÓTELES, 1999, p. 153 e passim; TOSI, 2009, p. 49). Ao ir um pouco mais além da amizade – rara, dirigida a um número menor de pessoas –, a fraternidade deve ser entendida como algo mais amplo, direcionado a um número maior de pessoas, pois o conceito aristotélico de amizade engloba a utilidade, o prazer, o bem e até a própria amizade entre os desiguais, sendo que em todos os tipos de amizade por ele descritos fica clara a exigência da reciprocidade, como componente indissociável. Para fins deste artigo, dentre tantas idealizações, importa a amizade como qualidade política, justamente o seu aspecto que mais se aproxima da fraternidade, partindo-se do entendimento de que o ser humano seja um ser político e que o viver em comunidade exatamente assim o torna e a cada vez mais o aprimora. Daí que a amizade enquanto qualidade política deve ser vista como uma forma que possibilita a assunção de novos sujeitos sociais, assim como novos modos de existir, de conviver e de lutar pela conquista de novos e pela efetivação de direitos já positivados, entre tantas outras possibilidades que enseja.

Compreendida como qualidade política, a amizade traz a ideia de que as pessoas precisam criar laços com seus ambientes de vida, praticar convívio mútuo com os seus pares, discutir suas necessidades comunitárias, assim compondo um espaço solidário, visando à consecução do bem comum. O filósofo antigo alertou que nas formas de governo onde as partes nada têm em comum, não há espaço para essa amizade. (ARISTÓTELES, 1999, par. 1161b). Já conforme Hannah Arendt (1993, p. 99), o elemento político da amizade é o diálogo entre os amigos e a troca de opiniões, o que possibilita a verdadeira compreensão do mundo comum, que é sempre desigual e diferente, favorecendo também o exercício da alteridade (capacidade de ver o mundo a partir do olhar do outro). Segundo ainda ensinamentos clássicos de Aristóteles a respeito, na convivência humana é necessário o cultivo de sentimentos amistosos, como a concórdia, que se verifica, por exemplo, quando **uma comunidade, que não tem a mesma opinião sobre um determinado assunto, consegue criar vínculos políticos de amizade e, a partir disso, agir visando ao bem coletivo**. Neste sentido, a concórdia é a amizade política, e, sendo um tipo de amizade, ocorre entre pessoas que desejam o que é bom e justo para todos (1999, par. 1167b).

A fraternidade como valor foi introduzida na cultura europeia pelo cristianismo (BAGGIO, 2008, p. 40), talvez justamente por ter a antiga ideia de *philia* sido nele incorporada com grande força, o que se deu “em nome da fraternidade universal, sem distinção entre bárbaros ou gregos, judeus ou romanos, escravos ou livres” (TOSI, 2009, p. 50). Um salto histórico permite lembrar que, na Revolução Francesa, a tríade “liberdade-igualdade-fraternidade” colocou o valor fraternidade no mesmo plano da igualdade e da liberdade, porém, diferentemente dos outros dois termos, isso não foi suficiente para que ocupasse papel importante na cultura política do Ocidente (SAVAGNANO, 2009, p. 195), pois o aspecto ideológico

da Revolução Francesa, de secularização, eliminou sua “alma” religiosa, dificultando justamente a concretização da fraternidade, entre os três princípios por ela proclamados. Assim, enquanto a igualdade e a liberdade foram amplamente discutidas e aceitas como categorias políticas, a fraternidade foi silenciada e deslocada para fora do agir político, restando exercida em seus aspectos de caridade e de benemerência. Porém, não se pode atribuir à secularização/perda dos traços religiosos a responsabilidade exclusiva pelo “esquecimento” da fraternidade, pois, ao longo dos séculos, mesmo onde houvesse raízes teológicas fortes isso não impediu a criação de sociedades altamente individualistas em suas hierarquias (compostas por pessoas com mais deveres do que direitos), permeadas por guerras, escravidões, perseguições e opressões aos diferentes.

Deste modo, apesar de ter origens antigas, a fraternidade deve ser reestruturada no mundo contemporâneo, para ser entendida como um princípio/valor norteador da liberdade e da igualdade, implicando assim um primeiro passo à cidadania, conforme ensina Domingo Ighina (2009, p. 35-36), para quem “a fraternidade leva em seu seio a consciência da liberdade e o direito da igualdade”, e o contrário traduz a exclusão e a opressão. Para o autor, o princípio da fraternidade tem o condão de articular o princípio da liberdade (como liberdade política) e o da igualdade (como justiça social).

Os esforços normativos contemporâneos conseguiram fixá-la, em 1948, no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), referindo a obrigação que todas as pessoas têm de “agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” (BUONOMO, 2009, p. 169). Muitas Constituições da atualidade também o fazem, como é o caso da brasileira em vigor, que a invoca já no seu Preâmbulo, entrelaçada com tantos outros valores, princípios e postulados de primeira grandeza: No entanto, as



*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição [...] (BRASIL, 2016a, online, grifos nossos).*

hodiernas sede e corrida humanas pelo progresso econômico a qualquer custo, o consumismo desenfreado de bens materiais e as visões de mundo fechadas em guetos hermenêuticos muito particulares e restritivos, sobretudo de fundo religioso-fundamentalista, acabam acentuando aspectos individualistas e egoístas da humanidade, solapando a solidariedade, a fraternidade, a harmonia convivial, o pluralismo, a diversidade, com o que o tipo de sociedade desenhado já preambularmente pelo constituinte originário brasileiro vai sendo relegado ao esquecimento, quando não chega a ser vivamente combatido nos dias atuais desta segunda década do Século XXI.

Por mais paradoxal que possa parecer, é preciso lembrar que a fraternidade praticada no interior de muitas religiões acaba reforçando desigualizações entre as pessoas, vindo a negá-la em relação àquelas que não pertençam à mesma crença. Esse perigo é tratado por Savagnone (2009), para quem, a partir de sua compreensão como princípio ético, a fraternidade dita “ético-religiosa” traz uma carga de perversidade, uma vez que se fecha dentro de si mesma, contribuindo, assim, a um aumento de conflituosidades em relação às demais irmandades ou grupos. Em tal contexto, uma das piores crises da humanidade é justamente não se conseguir alcançar o que há de unificador

em cada ser humano: precisamente a sua humanidade (MORIN, 2011, p. 22 e passim). E a fraternidade, segundo Patto, “sabe promover a humanidade do outro, gerar círculos virtuosos e novos encontros [...], promover a mais autêntica reciprocidade, numa relação que é, ao mesmo tempo, dar e receber” (2008, p. 52). Um dos caminhos apontados para tal logro, segundo o próprio Morin, é o da conscientização, a conquista de uma consciência comum de humanidade, consagrada, aliás, desde 1948 na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXIX, onde predominaram os interesses gerais da convivência em comunidade sobre os particulares. Veja-se:



- §1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.*
- §2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas por lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.*
- §3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas. (ONU, 2016a, online, grifos nossos).*

A construção de uma **sociedade democrática**, referida nesse art. XXIX da DUDH requer, por óbvio, os elementos da representação e da participação. Baggio, em seu entendimento sobre a fraternidade, explora justamente aquilo que se quer evidenciar neste artigo, qual seja, a sua **ligação com a participação democrática, a “conexão da ideia de fraternidade com a de cidadania”** (2009, p. 85, grifos nossos). Para ele, foi a fraternidade

a responsável pela efetiva construção histórica de identidades de novos povos, ressaltando assim a sua dimensão política. Por outro lado, frisa que a fraternidade é condição humana, sendo que somente ela é capaz de fomentar a ideia de uma comunidade universal, onde as pessoas, indiferentemente de onde vivam e a que povos pertençam, consigam viver em paz, em harmonia. A igualdade e a liberdade tornam-se vazias sem a fraternidade, pois,

se vivenciada fraternalmente, a liberdade não se torna vontade do mais forte, assim como a igualdade não corre o risco de degenerar em igualitarismo impiedoso (BAGGIO, 2008, p. 53-54). Também Aquini enfatiza o aspecto de ação humana em prol da efetivação dos direitos fundamentais que é suscitado pela fraternidade, na qualidade de um dos valores jurídicos fundamentais, a participação democrática:



*A fraternidade compromete o homem a agir de forma que não haja cisão entre os seus direitos e os seus deveres, capacitando-o a promover soluções de efetivação de Direitos Fundamentais de forma que, não necessariamente, dependam, todas, da ação da autoridade pública, seja ela local, nacional ou internacional. (2008, p. 138-139, grifos nossos).*

Há quem diga, inclusive, que se a fraternidade e o Direito não fossem complementares, a adequada implementação da primeira poderia até fazê-la subsistir sem o segundo, e vice-versa. É o que demonstra Gorla, pois “muitos acham que a fraternidade só pode ser espontânea”, enquanto que

seria típica do Direito a coerção, caso em que se acaba afirmando “que o Direito é tanto mais necessário quanto menos a fraternidade age”, assim como “que uma sociedade impregnada de fraternidade poderia dispensar o Direito” (2008, p. 25). Certo é que a **fraternidade, como princípio**

**jurídico e condição humana dada, possui um valioso fim instrumental, ao propiciar um olhar horizontalizado aos intérpretes, que impeça a visão egoística e promova a alteridade e a não-discriminação**, em permanente ação proativa compromissada de todos e de todas.

Neste sentido, retoma-se Morin (2011, p. 43) para reforçar sua concepção de que cabe à arte da política a missão de alcançar esse ideal humano de humanidade e de civilização, construído pela triangulação liberdade-igualdade-fraternidade. O vínculo antropológico comum, que une todos os seres humanos, é sempre ressaltado pela essência da categoria fraternidade, no âmbito religioso e em sua dimensão laico-política, afinal, todos são iguais e livres por serem irmãos, e são irmãos por serem livres e iguais. Portanto, essa retroalimentação e essa fundamentação recíproca são inseparáveis e inescapáveis.

Por isso mesmo, a resposta às desarmonias humanas, às diferenças que desfavorecem uns seres humanos em relação a outros, centra-

se no agir político integrado e inclusivo, pelo qual as pessoas participam, com consciência e responsabilidade, das decisões locais e globais. Na busca construtiva de sociedades sustentáveis, em todos os seus aspectos (político, ético, social, econômico, territorial, cultural, ecológico-ambiental etc.), a cidadania ativa é componente indispensável, pois o princípio da democracia participativa somente pode ser exercido assim, com a participação cidadã nos mais variados espaços do mundo da vida, por aquelas pessoas que compartilham do mesmo momento histórico. Foi exatamente isso que a OAB/TO procurou realizar, ao chamar uma **Audiência Pública, instrumento de democracia participativa, direta**, aberta a toda a coletividade, para debater um tema afeto a todos e a todas –

objeto central deste artigo –, conforme mais e melhor se informará adiante.

Maria Celina Bodin de Moraes ajudou a pensar-se que, embora não seja possível obrigar alguém a ser solidário para com outrem, na verdade o Direito espera que as pessoas ajam como se sentissem algo de bom pelas outras e, por isso, o ordenamento constitucional brasileiro vigente acolhe o objetivo de construção de uma grande sociedade que seja justa, livre e solidária. Esta é uma das manifestações do aspecto de norma jurídica (enquanto princípio) que a solidariedade encerra. Ensina a autora, no entanto, que a solidariedade apresenta diversas outras facetas, que não podem ser ignoradas quando se a estuda:



*[...] como um **fato social** do qual não podemos nos desprender, pois é parte intrínseca do nosso ser no mundo; como **virtude ética** de um reconhecer-se no outro (que “faz do outro um outro eu próprio”) ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria (dar ao outro o que é seu); como **resultado de uma consciência moral e de boa-fé** ou, ao contrário, de uma **associação para delinquir**; como **comportamento pragmático** para evitar perdas pessoais e/ou institucionais. Fato social, virtude, vício, pragmatismo e **norma jurídica** são os diferentes significados do termo. (MORAES, 2016, online, grifos nossos).*

Entre todos esses diversos significados do termo, a **solidariedade na qualidade de princípio jurídico-constitucional** veio para **resgatar uma humanidade perdida em seus egoísmos, no sentido de enaltecer o próprio humanismo jurídico**, eis que ressurgiu na qualidade de norma jurídica para direcionar a atuação do Estado, via políticas públicas inclusivas, sobremaneira, mas também para suscitar e balizar a ação de toda a coletividade, dos particulares, em suas relações interpessoais (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Historicamente, associa-se o valor fraternidade como o principal elemento inspirador da própria **solidariedade**, havendo essa intrínseca ligação inicial, quando aquele também ainda era muito ligado às ideias de caridade, de assistencialismo e de filantropia, cujo distanciamento deu-se em fins do século XIX (FARIAS, 1998, p. 190). Bodin de Moraes demonstra ainda como, em movimento paulatino, a modernidade foi revelando às pessoas que o conceito liberal-individualista onde o indivíduo era considerado uma pequena “totalidade” em si mesmo, autônomo e autossuficiente, estava fadado ao fracasso, pois todo ser humano, apesar de possuir um destino singular, faz parte de um cosmos maior, a comunidade humana, na qual a sua relação com os semelhantes é

parte constitutiva de sua própria existência. E é por isso que a **solidariedade em si passou a ser considerada exatamente como um constructo social**, pois só se concebe o indivíduo inserido em sua comunidade (MORAES, 2016, online). Os seres humanos são gregários, não vivem isolados, não estão sozinhos em suas vidas, pois a todo instante compartilham suas vivências e suas experiências com os demais, pares da espécie, que integram a mesma família, a mesma escola, o mesmo clube, a mesma igreja, enfim, os mesmos ambientes primários, sem esquecer que tudo isso integra o mesmo ambiente maior, a casa comum de toda a humanidade, que é o planeta Terra, onde todos e todas vivenciam, inescapavelmente, um futuro também comum, que é a subsistência, a permanência e a sobrevivência da humanidade. Esse destino comum, em uma grande casa comum, impele a que todos sejam solidários e fraternos entre si.

As compreensões que estiveram na raiz dos estudos kantianos sobre a dignidade humana incluem a noção de que, apesar de todas as pessoas serem diferentes (plurais), possuem características comuns, sobressaindo-se entre elas a sua humanidade, daí a conclusão de que, justamente pelo fato unificador de serem humanas é que possuem dignidade (KANT, 1997).

O estudo histórico da fraternidade e da solidariedade é importante para compreender-se a situação do binômio no presente, como categorias jurídicas que, por meio dos processos de constitucionalizações, foram sendo internalizadas nos mais diversos ordenamentos jurídicos, mas, acima de tudo, para ressaltar que ainda permanecem como desafios, no presente e para o futuro, no ainda não concluso processo de resgate do vínculo antropológico comum dos seres humanos, o que contribuirá essencialmente para a superação das crises existentes nas sociedades do presente Século. Tais crises, geralmente, instalam-se quando não se respeita o aspecto social-coletivo que negou o individualismo jurídico lá no final do século XIX e no início do século XX. Foi nesse período histórico que se reconheceu a superioridade do trabalho sobre o capital, que as questões individuais cederam passagem às sociais, que a concepção individualista dos direitos evoluiu de modo a ampliar a proteção aos direitos humanos de cunho social. As esferas individualistas passaram a ser limitadas, na vida e no Direito, pelas da coletividade. Em tal contexto, segundo lições clássicas de Ruy Barbosa, retrabalhadas por Farias (1998, p. 192), o indivíduo foi cedendo à associação, e o egoísmo à solidariedade humana. Tanto em suas raízes históricas revolucionárias, do século XVIII, na Europa e na América, quanto

nos dias atuais – “da era dos direitos” –, a fraternidade e a solidariedade são molas propulsoras das lutas pela conquista, pela proteção e pelo respeito aos direitos, finalmente considerados universais, atinentes a toda a humanidade (BOBBIO, 1992), e do combate aos abusos contra eles cometidos, especialmente pelo poder público (Estado em sentido amplo).

Contra as desigualdades práticas que ainda existem entre os seres humanos, a solidariedade – pressupondo a fraternidade – é apontada como único meio capaz de realizar a dignidade da pessoa humana como gênero e em toda sua plenitude (CARDOSO, 2010, p. 26-27), merecendo mesmo ser entendida como um princípio norteador da liberdade e da igualdade, que implica um passo primordial para a conquista e o adequado exercício da cidadania (IGHINA, 2009, p. 35). Além de impulsionar a participação das pessoas nas lutas emancipatórias em prol do verdadeiro reconhecimento das diversidades e pela superação das desigualdades materiais, o chamado Direito Fraterno prima pela análise transdisciplinar dos fenômenos sociais e preocupa-se com um novo cosmopolitismo, pautado pelo respeito a todos os direitos humanos (RESTA, 2011), eis que fraternidade

e solidariedade apresentam um caráter de complementaridade com o Direito como um todo. Esta concepção, segundo Aquini (2008), veio atravessando os séculos e, possivelmente, se perpetuará no tempo, como forma de realização da vida em comunidade e da harmonização social. Apesar de restarem sempre como desafios a serem concretizados, eis que a vida comunitária e seus conflitos não param de existir, tanto o princípio da solidariedade<sup>18</sup> quanto o da fraternidade<sup>19</sup> já há muito tempo foram reconhecidos pela jurisprudência brasileira, notadamente a do Supremo Tribunal Federal (STF). Para Moraes, a solidariedade constitucional, após a promulgação da Constituição de 1988, foi cedo entendida como o “dever jurídico de respeito, de âmbito coletivo, cujo objetivo visa beneficiar a sociedade como um todo” (2016, online).

Por fim, é muito importante ressaltar que o princípio da fraternidade age como uma força motriz capaz de muito somar para a cooperação, sobretudo quando se relaciona com o princípio da diversidade, eis que tem o condão de não cancelar “[...] as identidades específicas [...]”, mas as valorizar (BUONUOMO, 2008, p. 35), evidenciando assim a consciência de que não se deve

**confundir a universalidade “[...] com uma igualdade que cancela as diferenças”** (SAVAGNONE, 2009, p. 204, grifos nossos).

Nessa perspectiva, caminhos fraternos e solidários de construção do Direito, mas, sobretudo, de sua execução correta e adequada, são os únicos desejáveis e necessários de serem trilhados, no processo de atendimento dos objetivos republicanos postos na Constituição federal brasileira vigente.

A partir de tais pressupostos, passa-se a, na próxima seção, apresentar um caso concreto de violação de diversos direitos humanos e fundamentais, bem como de princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro atual, podendo o seu enfrentamento ser caracterizado, no âmbito da OAB do Estado do Tocantins, como uma ação jurídica impulsionada pelas qualidades políticas da fraternidade e da solidariedade, no sentido de ação em prol da defesa da cidadania ampliada, pautada pelo pluralismo e pela diversidade humana, o que necessariamente implica a renúncia e o combate aos modos exclusivistas, individualistas e restritivos de interpretações dos direitos fundamentais.

## Reconhecimento e respeito aos diversos entre os seres humanos – da ação política à ação jurídica pela constitucionalidade das diversidades de gênero e sexual como conteúdos escolares úteis

Ações fraternas e solidárias tomaram corpo em Palmas quando, no caso ora estudado, tornou-se de conhecimento público o teor de normas jurídicas atentatórias contra os princípios e os direitos humanos e fundamentais

protetores da diversidade humana, impulsionando uma luta pela defesa do quanto as Constituições federal e estadual estabelecem a respeito. Nesta seção apresenta-se o quadro normativo protetivo, na sequência as afrontas a ele perpetradas

por normas municipais, e algumas peculiaridades de seu questionamento quanto às inconstitucionalidades formais e materiais, no âmbito estadual do pleno e legítimo exercício do controle direto de constitucionalidade pela instituição OAB.

## Normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais sobre os princípios da igualdade e da liberdade e os direitos humanos e fundamentais à igualdade material, à diversidade, e à educação inclusiva, plural e cidadã direcionados à autodeterminação e ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas

A busca pelo direito à igualdade é uma perseguição histórica e encontra suas raízes na filosofia clássica, principalmente na greco-romana e no pensamento cristão. Aristóteles desenvolveu um conceito de igualdade associada à ideia de justiça, condensada em sua famosa epígrafe

“deve-se tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual” (2006, p. 109).

As primeiras Declarações de Direitos, a exemplo da Declaração de Virgínia, e da Declaração de Independência dos Estados

Unidos, ambas de 1776, e a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, também buscaram a igualdade, mas, à época, como mera instituição formal da orientação para que todos tivessem tratamento igualitário perante o ordenamento jurídico, o que foi

<sup>18</sup>Eis alguns exemplos da já consagrada aplicação do princípio da solidariedade pelo STF: MS nº 22.164-0/SP Rel. Min. Celso de Mello, j. 20/10/95; ADI nº 240/RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 26/9/96; ADIMC nº 1003/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1/8/94; ADI nº 1856/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/05/11.

<sup>19</sup>O princípio da fraternidade também vem sendo aplicado plenamente pelo STF, como, por exemplo, nos seguintes casos: ADFP 101; ADI s 3105, 3128 e 3510; Pet. 3368.

um primeiro e importante passo rumo ao rompimento com as tradições absolutistas estamentais, logo, desiguais por essência.

Já na Idade Contemporânea, os Tratados Internacionais surgidos próximo da segunda metade do Século XX trouxeram o ideal de que os direitos humanos não se restrinjam à competência estrita de cada Estado, mas instituem a proteção das pessoas de formas mais ampliadas, por vias de monitoramento e de responsabilização internacional compartilhada e conjunta, visando ao universalismo. Neste momento histórico avançou-se para além da igualdade formal, em busca também da igualdade material, pela erradicação de qualquer fator de impedimento à plena realização das potencialidades de qualquer pessoa, levando-a à felicidade e pressupondo, sempre, a dignidade humana.

Em tal contexto é que se destacaram e seguem imperando, no que tange ao princípio da igualdade material, à diversidade, ao pluralismo, e a tantos outros princípios e direitos humanos complementares e interdependentes, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 1948, assinada pelo Brasil na mesma data), no âmbito internacional, e, no continente americano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (de 1969, com ratificação promulgada no Brasil em 1992).

Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo, dispõe que todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades nela estabelecidos, “[...] sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição” (art. II). Também em seu artigo VII dispõe que “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”. (ONU, 2016a, online).

Assim, a Declaração repele qualquer ação que possa caracterizar a redução da dignidade de uma pessoa diante de outra, principalmente o argumento de que discutir

em escolas públicas formas de eliminar tipos de discriminação (racial ou de gênero, por exemplo) invade a intimidade e o poder de escolha das pessoas e das famílias sobre quais assuntos afetem ou não suas vidas privadas e os queiram ou não debater. Ao contrário, é pela concretização de seus preceitos que a DUDH autoriza tão importante missão à educação, em todos os níveis, devendo ser voltada ao aprendizado amplo em direitos humanos, para que o referido progresso histórico tido em tal temática não se faça apenas teoricamente, mas redunde efetivamente em formação de cidadãos e cidadãs conscientes de seus direitos e deveres, bem como protagonistas na construção democrática de uma sociedade alicerçada na fraternidade, na solidariedade e no compromisso com todos os povos, em prol do respeito a todas as diferenças e da luta pela erradicação de todas as desigualdades que prejudiquem pessoas.

Pela Constituição Federal brasileira, a educação é dever do Estado e da família, em colaboração com a sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, com base em diversos princípios, entre os quais o de igualdade de condições, de liberdade de aprender e do pluralismo de ideias (artigos 205 e 206). Esta educação, seja ministrada em iniciativa pública ou privada, deve ser efetivada sempre levando em consideração os teores dos Tratados e das Convenções Internacionais que tratam de Direitos Humanos, já acima citados.

Em complementaridade, o artigo 11, itens 1 a 3, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>20</sup> e, no mesmo sentido, o artigo XII da DUDH, dispõem sobre a inviolabilidade da honra, da dignidade e da vida privada<sup>21</sup>, enquanto que o artigo XXVI desta diz que “os pais têm prioridade de direito na **escolha do gênero de instrução que será ministrada aos seus filhos**” (ONU, 2016a, online, grifos nossos). Em tal quadro normativo, a proibição da discussão de qualquer assunto em sala de aula contrária a Declaração, pois é incompatível com o pluralismo de ideias, um dos princípios reitores da educação no Brasil. A escolha pelos pais é um direito quanto ao gênero de instrução, obviamente quando houver mais de uma opção, e o oferecimento de mais de uma opção é pressuposto de um Estado Democrático como o Brasil, onde

de fato há tal oferta (instrução em escola privada, instrução em escola pública, instrução ministrada em escola mantida por dada ordem religiosa, ou em escola militar e.g.). Já a proibição pelo ente público da veiculação de qualquer tipo de instrução a ser ministrada nas escolas, sobretudo as da rede pública de ensino, é autoritarismo reducionista, incompatível com valores, princípios, objetivos, diretrizes e direitos postos na Constituição Federal e pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo País.

Por outro lado, os defensores do entendimento de que temas relativos a gênero e à diversidade sexual devam ser reservados ao ambiente doméstico das famílias, podem ser lembrados que o âmbito privado, na maioria das vezes, reforça e reproduz desigualdades, sobretudo na estrutura de gênero da família, pois “o público e o privado são vistos como partes interligadas de um ciclo de desigualdades entre os sexos” (BIROLI, 2012, p. 218). Percebe-se isto nas relações de poder que lá são negligenciadas e na subordinação das mulheres no próprio lar, na divisão dos papéis domésticos que as vulnerabilizam e lhes retiram inúmeras oportunidades de se desenvolverem como sujeitos autônomos, livres e autodeterminados. “O lugar social a partir do qual se constituem visões legitimamente tomadas como ‘imparciais’ pode determinar quem será objeto de empatia, quem será estigmatizado e quem será silenciado” (BIROLI, 2012, p. 239). Aliás, se há um consenso em toda a polissemia própria do conceito de gênero, é a de que seja um constructo social das diferenças não biológicas entre homens e mulheres, naturalizadas como se fossem um padrão fixo, imutável, quando na verdade são apenas e exatamente isso: diferenças socialmente construídas, e que, portanto, também socialmente podem ser destruídas ou ressignificadas (BESTER, 2016, online).

Assim, **não há fundamento para a argumentação de que tratar sobre gênero e diversidade em locais públicos educativos seja contrário à preservação da intimidade da vida privada**<sup>22</sup>, muito ao contrário, pois tais diálogos visam justamente a conscientizar e eliminar quaisquer formas de discriminação, violência e desigualdade no âmbito

<sup>20</sup>Proteção da honra e dignidade. 1) Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade; 2) Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, sua família seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação; 3) Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”. (OAS, 2016, online).

<sup>21</sup>Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem

a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. (ONU, 2016a, online).

<sup>22</sup>O artigo XI da DUDH dispõe: “Proteção da honra e dignidade: [...] 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de

privado ou público da vida das pessoas, notadamente aquelas que nascem e se naturalizam por construções sociais de gênero oriundas de bases patriarcais machistas (misóginas, homofóbicas etc.). A vida privada é inviolável, contudo, quando ocorrem situações de violência doméstica no âmbito privado-familiar, que exponham e evidenciem desigualdades de gêneros, é inevitável e mesmo necessário que o ordenamento adote medidas para assegurar às vítimas proteção e reparação, como o faz a Lei nº 11.343/06 (Maria da Penha) já há quase 17 anos. No entanto, não somente o punitivismo estatal (sistema de justiça criminal) é necessário, mas também outros tipos de ações direcionadas a alcançar

que as mulheres, principalmente, por serem as vítimas preferenciais, consigam escapar dos ciclos de violências nos quais estejam enredadas. Para tanto, redes de ações e programas de proteção e de prevenção, com perfis multidisciplinares e multisetoriais (sistema de saúde etc.), são fundamentais. É o que apontava o Atlas da Violência 2017, publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ressaltando que somente com essa abordagem se poderá **“construir políticas públicas capazes de enfrentar a violência contra a mulher e promover uma ampla educação de gênero** para que possamos, de fato, comemorar de forma permanente

a redução do feminicídio.” (SIQUEIRA et al., 2017, p. 38, grifos nossos).

Neste contexto, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (de 1979, ratificada pelo Brasil em 1984) estimula os Estados a adotarem medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos das mulheres com os homens, na esfera da educação (art. 10), e medidas especiais temporárias para acelerar o caminho à igualdade geral entre ambos os gêneros. Vejam-se objetivos específicos fixados por essa Convenção no campo da educação igualitária, inclusiva e não discriminatória das mulheres:



**Artigo 10 – Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher, a fim de assegurar-lhe a igualdade de direitos com o homem na esfera da educação e em particular para assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres:**

**Artigo 10.3: A eliminação de todo conceito estereotipado dos papéis masculino e feminino em todos os níveis e em todas as formas de ensino, mediante o estímulo à educação mista e a outros tipos de educação que contribuam para alcançar este objetivo e, em particular, mediante a modificação dos livros e programas escolares e adaptação dos métodos de ensino.** (BRASIL, 2008, p. 78, grifos nossos).

Essa Convenção foi o primeiro tratado internacional a dispor amplamente sobre os direitos humanos

das mulheres. No relatório bienal dos anos em que Sílvia Pimentel participou do seu Comitê de

Monitoramento (CEDAW/ONU), pode-se observar a seguinte importante observação:



**Os Estados signatários da Convenção são responsáveis, por garantir a igualdade de homens e mulheres, através da totalidade de suas instituições e poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – bem como de todas outras autoridades e servidores públicos, nos níveis federal, estadual e municipal. A igualdade de gênero deve ser realizada independentemente do contexto cultural ou religioso. Alguns Estados apresentam interpretações muito particulares de igualdade, buscando assim, muitas vezes, justificar posicionamentos discriminatórios prejudiciais às mulheres, que ferem seus direitos humanos.** (PIMENTEL, 2016, p. 26, online, grifos nossos).

Há que se considerar também, mesmo que possa causar estranheza, que a análise da violência de gênero feita pelos olhos de outras Ciências, como sob o olhar da Filosofia, por exemplo, ainda pode revelar que, apesar de ser perpetrada contra as mulheres, justamente por ser resultado de uma ideologia de forte dominação masculina, acaba sendo produzida e reproduzida não apenas por homens, mas também por mulheres. É o que a filósofa Marilena Chauí explicou, em importante texto do início da década de 1980, quando se iniciavam no Brasil os debates entre as principais correntes referenciadoras<sup>23</sup> do uso instrumental da categoria gênero nesse âmbito analítico sobre violência contra as mulheres (o sexo, na qualidade de realidade biológica dos seres humanos, não alcança explicar de modo suficiente esses

comportamentos de homens e de mulheres em sociedade). A autora então definiu essa violência como uma ação que transforma diferenças em desigualdades hierárquicas com o fim de dominar, explorar e oprimir. Ao tratar o ser dominado como “objeto”, e não como “sujeito”, a ação violenta o silencia, tornando-o dependente e passivo. Nesse sentido, o ser dominado perde sua autonomia, sua liberdade, entendida como “capacidade de autodeterminação para pensar, querer, sentir e agir” (CHAUÍ, 1985, p. 36). Em tal enredo de dominação, patriarcado e violência contra as mulheres, é sempre triste e desolador perceber que também as mulheres cometem violências. Chauí trabalhou com a hipótese de que “as mulheres, tendo sido convertidas heteronomamente em sujeitos, farão de sua ‘subjetividade’ um instrumento de violência

sobre outras mulheres”, argumentando a autora que as mulheres são “cúmplices” da violência que recebem e que praticam, no entanto, essa cumplicidade não se baseia em uma escolha ou em uma vontade, já que, pelo minimamente exposto acima se pode notar, a subjetividade feminina é, em regra, destituída de autonomia. Neste sentido, as mulheres são “cúmplices” da violência e contribuem para a reprodução de sua “dependência” porque são “instrumentos” da dominação masculina (CHAUÍ, 1985, p. 47-48). Por isso mesmo, questões como estas devem ser tratadas no processo de ensino-aprendizagem escolar.

É importante, útil e necessário, por exemplo, explicar ao alunado, que a violência contra as mulheres – da psicológica ao feminicídio –, brota do ódio baseado no simples fato

<sup>23</sup>Mais correntes teóricas dos estudos sobre violência contra as mulheres podem ser vistas no aprofundado texto das coautoras SANTOS e IZUMINO (2005, online).

de que tais seres humanos sejam mulheres, remete a atitudes e atos misóginos e revela fortes aspectos de machismo em um contexto de estrutura socioeconômica e política desigual, ainda determinada pelo patriarcalismo, pois **nas sociedades contemporâneas os traços patriarcais geralmente aparecem mesmo vestidos de misoginia e de heteronormatividade**. Assim, é preciso desvelar o quanto os valores que constroem o pensamento misóginos e heteronormativos estão assentes em pressupostos do patriarcado, “sobretudo no que diz respeito à subjugação do outro a uma condição não apenas manifesta, mas também latente de inferioridade, desprezo e humilhação”. Por isso a misoginia, enquanto aspecto central da violência contra as mulheres e igualmente da violência homofóbica, manifesta-se “em várias formas diferentes de piadas, pornografia e violência. Até os padrões excessivos e inalcançáveis de beleza podem ser enquadrados como um aspecto da misoginia da nossa cultura ocidental moderna. Em resumo, a misoginia está relacionada à desvalorização do feminino e, em sua versão mais radical, ao ódio ou desprezo ao feminino”. (BORGES et al., 2013, p. 66).

Em interpretação sistemática, constitucional e de convencionalidade, é ainda fundamental coadunar a leitura do Tratado-Convênio

sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher com outros que, da mesma forma, buscam a igualdade, o respeito à diversidade e a educação inclusiva, como é o caso do documento intitulado Princípios de Yogyakarta, de 2007 (ratificado pelo Brasil no mesmo ano). Seu princípio 1 estipula que os Estados signatários devam “implementar programas de educação e conscientização para promover e aprimorar o gozo pleno de todos os direitos humanos por todas as pessoas, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero” (PRINCÍPIOS. 2016, online).

É nesta orientação que também se posiciona a Constituição Federal brasileira quando, por exemplo, o Estado republicano federativo por ela constituído como Democrático de Direito (art. 1º, caput) assume o dever de concretizar a justiça social, o que só é possível pela igualdade material (art. 3º) entre as pessoas e o comprometimento com a vida digna para todos e todas. Esta orientação principiológica, na perspectiva adotada pela Constituição, requer a análise do princípio e direito à igualdade à luz dos demais valores por ela pregados e que se irradiam para todos os demais dispositivos, como compromissos de união fraterna e solidária entre os diferentes membros da sociedade brasileira.

A busca da igualdade (formal e material)

também está no dever de o Estado promover o bem de todos, sem preconceitos de quaisquer naturezas, que possam ensejar discriminações (art. 3º, IV, CF). Como direito fundamental básico, a igualdade (art. 5º, caput) é fixada no texto constitucional pelo reconhecimento dos mesmos direitos e obrigações para homens e mulheres (inciso I), assim como pela posição repressiva a todo tipo de discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI), assegurando, deste modo e de um lado o amplo direito à diferença (que leva ao reconhecimento de identidades variadas), como corolário do direito à igualdade material, e, de outro, vedando todo o tipo de discriminação negativa (BESTER, 1996)<sup>23</sup>.

A educação, sendo dever do Estado, precisa ser proporcionada a todas as pessoas, para o livre e pleno desenvolvimento de todas as suas habilidades e potencialidades, para sua formação cidadã, levando-as à autodeterminação. Para a consecução de tais objetivos, é indissociável que seja voltada à defesa, à construção e ao exercício da igualdade, para o respeito à diferença e ao pluralismo de ideias, de forma que os participantes do processo educativo sejam os primeiros afastados da condição de vulnerabilidade que potencialmente os cerca, seja ela em função de raça, de gênero, de condição social, de idade, de orientação sexual, entre outras.

## Afronta do Município de Palmas/TO ao quadro normativo posto enquanto políticas públicas antidiscriminatórias hierarquicamente superiores

O Programa Nacional de Direitos Humanos, em alusão a políticas compensatórias (discriminações positivas, como acima já se viu), previu como meta o desenvolvimento de ações afirmativas em prol de grupos socialmente vulneráveis, o que foi reafirmado pelo Programa Nacional de Ações Afirmativas, Decreto nº 4.228/2002, o qual também constituiu o Comitê de Avaliação e Acompanhamento do Programa Nacional de Ações Afirmativas, entre cujas finalidades (art. 3º) consta: “IX - promover, no âmbito interno, os instrumentos internacionais de que o Brasil seja parte sobre o combate à discriminação e a promoção da igualdade”. (BRASIL, 2016b, online).

Em tal contexto normativo e de políticas públicas, pela Lei nº 9.394/96, à União coube o papel de elaborar o Plano Nacional de Educação (PNE), o que foi feito, primeiramente, em 2001, pela Lei nº 10.172, que vigorou de 2001 a 2010. O segundo Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/14) foi feito para vigorar a partir de 2014, com metas para os dez anos seguintes. Trata-se, por força normativa, de um plano plurianual, de longa duração e execução. Os Estados, o Distrito Federal e os municípios, observado o art. 211 da CF/88, deveriam também elaborar seus Planos respectivos, com metas para os sistemas de ensino que são de sua responsabilidade<sup>24</sup>, sempre com base em alguns princípios, tais como o da gestão democrática da educação (CF/88, art. 206, VI), o da autonomia e o

da colaboração de toda a sociedade na formulação de propostas e diretrizes de políticas públicas para a educação, por meio de conferências temáticas (BRASIL, 2005, p. 19), e, sobretudo, nas próprias diretrizes nacionais, cogentes e hierarquicamente superiores.

Especialmente em relação ao princípio da gestão democrática do ensino, deve ele ser interpretado em sentido amplo, como direito à participação na definição de todas as diretrizes do ensino público, sejam administrativas ou pedagógicas, que interfiram no processo educacional. Essa participação popular não é um mero capricho ou uma liberalidade, mas condição fundamental e inarredável de legitimidade para esses Planos todos, como fora fixado no PNE de 2014:

<sup>23</sup>As discriminações negativas, ao contrário das positivas (ações afirmativas, por exemplo), não têm objetivos de solidariedade ou de reforço à dignificação humana, pois são realizadas com o intuito de prejudicar pessoas, individualmente consideradas ou em grupos (ditos vulneráveis), por meio da criação e/ou da manutenção de situações injustas. Configuram, assim, os típicos preconceitos com consequências sociais graves para uma sociedade que busca a fraternidade e a igualdade, por deveres constitucionais. Em vez de potencializarem os efeitos positivos das diferenças, buscando superação de desigualdades fáticas e empoderamento de segmentos populacionais em desvantagens históricas, as

discriminações ditas negativas têm como resultados não o combate ou a prevenção, mas sim a geração e o recrudescimento dos sofrimentos humanos (BESTER, 1996).

<sup>24</sup>Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. [...] § 2º: os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. § 3º: os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio” (BRASIL, 2016a, online).



**Art. 8º. [...] § 2º: Os processos de elaboração e adequação dos planos de educação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de que trata o caput deste artigo, serão realizados com ampla participação de representantes da comunidade educacional e da sociedade civil (BRASIL, 2016e, online, grifos nossos).**

Oportunizar e efetivar essa participação é também potencializar o princípio da eficiência na Administração Pública. Trata-se não só de descentralizar as decisões, mas também de suscitar a inovação, e possibilitar que

inúmeras pessoas afastadas historicamente do processo político decisório possam, enfim, nele participar, consolidando a democracia, já que esta forma de governo é um princípio constitucional a ser perseguido

a todo o momento na gestão pública. Este processo é reconhecido pelo Ministério da Educação brasileiro, que assim se manifestou no documento preparatório ao atual PNE:



**Na atual conjuntura brasileira, os processos de construção de políticas públicas educacionais ganham sentido e importância quando têm por objetivo principal a busca de um padrão de qualidade que seja compreendido como direito de cada cidadão. Por esta razão, são processos que se vinculam aos mecanismos de autoconstrução da sociedade, que sintetizam embates, negociações e acordos entre as forças sociais presentes. (BRASIL, 2016f, online, grifos nossos).**

Foi o que o município de Palmas fez, com a realização de oito prévias reuniões públicas para a elaboração do seu Plano Municipal de Educação (PALMAS, 2016c, online), em processo participativo democrático e dialógico no qual se ouviu a coletividade e com ela se debateu, culminando com a aprovação, pela Câmara Municipal de Vereadores, e a subsequente promulgação, da Lei nº 2.238, em 19 de janeiro de 2016. É de ressaltar-se a importância dessas reuniões públicas, pois elas concretizaram o princípio da publicidade, viabilizaram a participação

dos indivíduos ou grupos determinados na exposição das suas ideias, preferências e sugestões, em consequência conduzindo a Administração Pública a decidir com maior probabilidade de acerto, em projetos que seriam executados por muitos anos. Contudo, algumas semanas depois foi editada, pelo Chefe do Poder Executivo municipal, a Medida Provisória (MP) nº 06/2016, que alterou o referido Plano de Educação nas metas 5.24 e 5.26, determinando que fossem proibidas as discussões de diversidade de gênero e ligadas à sexualidade nas escolas da rede

pública municipal de ensino. Tal MP foi convertida na Lei nº 2.243, de 23 de março de 2016, instituindo então o novo Plano Municipal de Educação, que repetiu o texto original de sua primeira versão, tendo alterado apenas as já referidas metas. É importante mencionar que a discussão da diversidade, enquanto conteúdo, ficou preservada em seu aspecto cultural, mas proibida em seus aspectos de gênero e de sexualidade, o que feriu o princípio constitucional da igualdade material. Assim ficou a redação final da norma:



**Art. 1º São alteradas no Anexo Único à Lei nº 2.238, [...] de 2016, na Meta 5, as estratégias 5.24 e 5.26, que passam a vigorar com as redações a seguir: Meta 5 [...] 5.24) garantir, na construção dos referenciais curriculares da educação básica, conteúdos sobre a história e as culturas afro-brasileira e indígenas, a educação ambiental e direitos humanos, conforme as diretrizes nacionais e a legislação vigente, assegurando-se a implementação por meio de ações colaborativas com fóruns de educação, conselhos escolares, equipes pedagógicas e outros setores da sociedade civil, vedada a discussão e a utilização de material didático e paradidático sobre a ideologia ou teoria de gênero, inclusive promoção e condutas, permissão de atos e comportamentos que induzam à referida temática, bem como os assuntos ligados à sexualidade e erotização; (NR). 5.26) assegurar a oferta de formação continuada específica e a inclusão transversal, para que as formações considerem temáticas relativas à educação ambiental, à diversidade cultural, às relações étnico-raciais, além de direitos humanos e cidadania, vedada a discussão e a utilização de material didático e paradidático sobre a ideologia ou teoria de gênero, inclusive promoção e condutas, permissão de atos e comportamentos que induzam à referida temática, bem como os assuntos ligados à sexualidade e erotização; (NR). (PALMAS, 2016b, online, grifos nossos).**

Na verdade, a Prefeitura de Palmas e algumas outras (poucas) no País, resolveram, irônica e curiosamente, utilizar-se de uma expressão inadequada (ideologia de gênero) para travestir os preconceitos e discriminações que elas próprias provaram destinar aos seus alunados que escapassem dos padrões heterossexuais. Esse disfarce foi um mal escolhido recurso a ser usado pelos legisladores municipais, uma vez que “ideologia de gênero” é expressão que tem pouco ou nenhum reconhecimento ou respeitabilidade científica no orbe dos sérios estudos de gênero ou das teorias feministas.

Portanto, os debates a respeito precisam sempre, primeiro, afastar essa inadequada expressão, para depois sim desconstruir categorias que recebem estudos sérios e densos.

Para além disso, em respeito ao princípio do pacto federativo, cláusula pétrea do texto constitucional de 1988 (art. 60, § 4º), os Planos municipais e estaduais de educação devem observar as diretrizes postas no Plano Nacional de Educação (PNE), já que a União detém competência privativa para organizar a educação nacional (art. 22, XXIV,

CF). Deste modo, há diretrizes gerais que devem ser seguidas por cada um dos Planos Municipais de Educação (PME’s). Note-se que os Planos Municipais não podem inovar em conteúdos, podendo apenas especificar pontos gerais já previstos pelo PNE. É o que a lei que estabelece o Plano Nacional de Educação, dispõe em seu art. 8º, caput, quando fixou que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deveriam “elaborar seus correspondentes planos de educação, ou adequar os planos já aprovados em lei, em consonância com as diretrizes, metas e estratégias previstas neste PNE, no prazo de

1 (um) ano contado da publicação desta Lei”. (BRASIL, 2016e, online, grifos nossos).

E, com efeito, o PNE estabeleceu diretrizes nacionais a serem seguidas pelos demais Planos com respeito às diversidades, entre outras, incluídas aí as de gênero, objetivando superá-las. Não citou o termo “gênero”, mas estabeleceu objetivos de respeito à diversidade e estabeleceu como metas a busca pela igualdade e a eliminação de

todas as formas de desigualdades, o que se relaciona diretamente às hierárquicas relações de poder de gênero, contempladas, portanto, quanto à necessidade de seu enfrentamento, na busca da igualização material das pessoas. A ampla literatura especializada deixa bem claro que questões de gênero, problemas advindos das relações de poder de gênero, estudos de Gênero e Direito, centram-se sempre no combate a desigualdades, a estigmas e a

discriminações, e na promoção da igualdade material, via, inclusive e preferencialmente, pela aceitação das diferenças, em homenagem constitucional ao princípio da diversidade.

Veja-se, a propósito, o que ficou estabelecido sobre a diversidade no documento de referência da Conferência Nacional de Educação, que serviu de base à construção do PNE/2014:

**A diversidade, como dimensão humana, deve ser entendida como a construção histórica, social, cultural e política das diferenças que se expressa nas complexas relações sociais e de poder.**

**Uma política educacional pautada na diversidade traz para o exercício da prática democrática a problematização sobre a construção da igualdade social e as desigualdades existentes. Esta construção pressupõe o reconhecimento da diversidade no desenvolvimento socio-histórico, cultural, econômico e político da sociedade. [...] Assim, as políticas educacionais voltadas ao direito e ao reconhecimento à diversidade estão interligadas à garantia dos direitos sociais e humanos e à construção de uma educação inclusiva. Faz-se necessária a realização de políticas, programas e ações concretas e colaborativas entre os entes federados, garantindo que os currículos, os projetos político-pedagógicos, os planos de desenvolvimento institucional, dentre outros, considerem e contemplem a relação entre diversidade, identidade étnico racial, igualdade social, inclusão e direitos humanos (BRASIL, 2014, p. 29-30, grifos nossos).**

A partir de tais pressupostos, teóricos e normativos, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Tocantins, partiu para a ação, como se verá nos itens a seguir.

## A reação jurídica a partir da OAB/TO e o processo democrático-participativo da sociedade palmense na redação do PME e na Audiência Pública

A análise realizada pelas seis Comissões Temáticas da OAB/TO mais diretamente ligadas aos vários conteúdos tratados pelas normas sob apreciação, concluiu que a Lei nº 2.238/2016 (instituidora do Plano Municipal de Educação original, construído em processo democrático participativo direto) guardava conformidade com os ditames constitucionais, de Tratados e Convenções Internacionais e com as políticas públicas positivadas em normas infraconstitucionais (diretrizes do Plano Nacional de Educação).

Diante disso, em 12 de abril de 2016 a OAB/TO realizou uma Audiência Pública para consultar a sociedade civil organizada e a população em geral sobre o conteúdo da MP nº 06/2016, que alterou aquele PME inicialmente construído com a ativa colaboração da própria sociedade. Para tanto, convidou os poderes públicos diretamente implicados, de modo a fundamentar suas subsequentes ações na temática a partir de um espaço democrático de discussões, com ampla participação e representação da coletividade.

Em 24 de abril de 2016 as mesmas seis Comissões Temáticas entregaram ao

Conselho Seccional parecer fundamentado, em que analisaram o conteúdo da Medida Provisória e entenderam ser o ato normativo inconstitucional, solicitando-lhe que aprovasse o ingresso, pela OAB/TO, de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça Estadual e ainda o acionamento do Conselho Federal da OAB para que ingressasse com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em face da referida Medida, àquela data já convertida na Lei nº 2.243/2016, o que foi aprovado por unanimidade pelo Conselho Seccional. Em 1º de junho de 2016 ofício da OAB/TO, assinado novamente pelas representações das seis Comissões e pelo Presidente da Seccional, foi enviado ao Conselho Federal da OAB, onde o expediente recebeu o número de processo interno 49.0000.2016.005499-0, e ficou aguardando parecer da sua Procuradoria Constitucional, que assessora a Comissão Nacional de Estudos Constitucionais. Ali, preferiu-se não ingressar com uma ADPF junto ao STF, decisão justificada no fato de já estar tramitando uma ADI estadual no TJTO. Contudo, no Parecer da Procuradoria Constitucional a respeito, assinado pelo Presidente da Comissão

Nacional de Estudos Constitucionais (CNECO), Dr. Marcus Vinicius Furtado Coêlho, mesmo não tendo recomendado o ingresso de uma ADPF, reconheceu e concordou com todas as inconstitucionalidades apontadas no parecer da OAB/TO. Ademais, somou ainda a preocupação com a grave problemática da gravidez na adolescência, problema social agravado sempre que nas escolas não se puder esclarecer a juventude sobre os seus riscos e as suas conseqüências (não apenas aos indivíduos envolvidos, mas para toda a sociedade e até mesmo para o Estado), o que se dá, naturalmente, no âmbito das discussões e dos ensinamentos sobre sexualidade humana.

O fato é que, tempos depois, quando o Ministério Público Federal ingressou com ADPF nesse sentido (ADPF nº 465/17), pediu primazia para questionar as inconstitucionalidades já apontadas pela OAB Seccional do Tocantins na ADI que ajuizou no TJTO, com solicitação expressa de que fosse suspenso o seu andamento em âmbito estadual. Embora como presidente de uma das seis Comissões da OAB/TO que primeiramente fomentaram os

<sup>24</sup> Comissão de Estudos Constitucionais, Comissão de Direitos Humanos, Comissão OAB Vai à Escola, Comissão da Mulher Advogada, Comissão da Criança e Adolescente, Comissão de Diversidade Sexual, cujas representações redigiram, a várias mãos, o texto-base da ADI estadual em comento.

debates públicos e suscitaram o pedido de reconhecimento das inconstitucionalidades esta autora sempre entendeu que uma ação não excluía a outra dentro do sistema da OAB, podendo, assim, ter havido o ingresso tanto da ADI no TJTO quanto da ADPF no STF, o que importa aqui registrar é que o questionamento da inconstitucionalidade foi adiante. E depois comprovou-se positiva, em âmbito federal, a resposta do STF em caso semelhante (ADPF 461/17).

## Inconstitucionalidades evidenciadas na ADI estadual nº 0011990-05.2016.827.0000-2016

No plano da inconstitucionalidade formal, verificou-se que Lei municipal nº 2.243/16 ofende, entre outros, os artigos 1º, § 1º (regra da participação popular direta, típica e exigida para a elaboração de planos que tratem de políticas públicas, como é o caso de um PME) e 127 (obrigatoriedade de contemplar o conteúdo mínimo para o ensino fundamental, que já foi fixado pela União: na LDB, no PNE, na Constituição federal), da Constituição do Estado do Tocantins. Ademais, entendeu-se que a referida Lei violou princípios da CF/88 também repetidos na Constituição estadual, como os da participação social, da gestão democrática da educação (art. 206, VI, CF), da autonomia e da colaboração de toda a sociedade, da soberania popular e da cidadania ativa, uma vez que desconsiderou o que a sociedade assim já havia construído como planejamento de políticas públicas para os próximos dez anos da educação municipal de Palmas, tudo positivado na Lei nº 2.238/16. Portanto, uma Medida Provisória não é ato normativo legítimo para se sobrepor e anular o ciclo de elaboração de políticas públicas, basicamente consistente na montagem da agenda, na formulação em si da política, na tomada de decisão, na sua implementação e consequente avaliação, atos sucessivos, que demandam tempo e ampla participação democrática, como estudos específicos a respeito indicam (HOWLETT; RAMESH, 1995), tudo isso pressupondo uma trajetória de crítica e de maturação dos problemas desde a sua

Assim, a OAB Seccional do Tocantins, sendo agente legitimada ativa no controle de constitucionalidade abstrato e devendo agir tecnicamente, sob argumentos jurídicos, em 21/7/2016 pioneiramente levou ao Poder Judiciário tocantinense os anseios da comunidade palmense contrária à edição da referida MP e da sua lei de conversão, considerando, além dos importantíssimos preceitos constitucionais federais e estaduais e de Tratados e Convenções Internacionais,

formação, o que não se verifica na edição de uma Medida Provisória, instrumento centralizado, de caráter unipessoal e de rapidez extraordinária.

A Medida Provisória nº 06/16 não era dotada de seus pressupostos mínimos, pois, na qualidade de justificativa, o Poder Executivo argumentou que a “relevância” se encontrava em “não trazer ao cenário da educação básica a inclusão da temática relações de gêneros, a fim de resguardar os anseios sociais de manter o tratamento isonômico entre todos os participantes do sistema municipal de ensino” e de “aplicar o conceito constitucional de família como cédula da sociedade” (PALMAS, 2016d, online). Ora, mesmo que fosse plausível a justificativa da relevância pelo valor que defendeu, o da família como “cédula da sociedade”, igualmente a referida norma estaria cometendo inconstitucionalidade, haja vista que a família que a Constituição Federal de 1988 consagra é plural, amparada por – e amparadora de – todas as formas de diversidades humanas.

Portanto, a “relevância” alegada não é aquela extraordinária necessária para a edição de uma Medida Provisória, até porque o que o interesse público considerou relevante ficou manifestado antes, na Lei nº 2.238/16, como expressão legítima das propostas da sociedade, condensadas no PME, e lá não havia essa vedação. Já quanto à “urgência”, o Prefeito Municipal justificou-a alegando o início do ano letivo

o disposto pela população de Palmas, na ocasião em que participou da primeira redação do Plano Municipal de Educação (Lei nº 2.238/16).

A ADI (TOCANTINS, 2016a, online), em sua Petição Inicial, demonstrou importantes aspectos que viciavam a Lei nº 2.243/16 tanto pela forma quanto pelo conteúdo, razões pelas quais, ao final, pedia a declaração de sua inconstitucionalidade.

nas escolas do Município, contudo, a minuta da MP nº 06/16 foi encaminhada à apreciação da Câmara de Vereadores em 9 de março de 2016, quando o ano letivo do sistema municipal de ensino já havia iniciado (PALMAS, 2016d, online), com a lei que veiculava o PME em plena vigência, surtindo todos os seus efeitos.

Estudos específicos e profundos demonstram que a medida provisória é instrumento atípico de legislar, pelo qual um Poder (Executivo) que não possui essa função como típica exerce uma possibilidade autorizada pela Constituição, porém, por isso mesmo, sendo excepcionalidade, de modo algum é ampla ou discricionária, recebendo fortes controles e limitações (BESTER, 2002). Ainda assim, os exemplos de usos abusivos dessa espécie normativa abundam no ordenamento jurídico brasileiro. Em tese de doutoramento que mapeou minúcias desse uso abusivo, em doze anos de utilização das medidas provisórias no Brasil, conseguiu-se demonstrar inconstitucionalidades de toda a ordem, com violações de todos os princípios constitucionais reitores do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição federal de 1988, bem como de um número imenso de direitos fundamentais. Quanto à forma, geralmente não se observam os requisitos intrínsecos de sua possibilidade de edição, a relevância e a urgência, que devem ser cabalmente demonstradas, com motivos e justificativas densas e realmente convincentes de sua

<sup>25</sup>República Federativa do Brasil, abre-se a possibilidade de controle de constitucionalidade da Lei Municipal por meio de jurisdição constitucional estadual, a ser exercida pelo Tribunal de Justiça do Estado-Membro. Vê-se, pois, que a defesa da Constituição Estadual visa, em última análise, à defesa da própria Constituição Federal, por garantir a melhor interpretação das normas constitucionais em todos os níveis da federação. Ganham, com isso, a unidade e a força normativa da lei maior. Portanto, é previsto o conhecimento de ADI pela Corte Estadual, mesmo que a norma constitucional estadual violada seja repetição de disposição da Constituição Federal, com fulcro no artigo 102, inciso III, da CF/88. A esse propósito, assim dispõe o art. 48, § 1º, I, da Constituição do Estado do Tocantins: “§ 1º. Compete ao Tribunal de Justiça, além de outras atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar, originariamente: I - a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em face da Constituição do Estado, legitimados para sua propositura as partes indicadas no artigo 103 da Constituição Federal e seus equivalentes nos municípios, e ações cautelares de qualquer natureza contra atos das autoridades que originariamente são jurisdicionadas ao Tribunal de Justiça; [...]”. (TOCANTINS, 2016b, online).

Protocolada no dia 21 de julho de 2016, a Petição Inicial dessa ADI tem 46 páginas e foi acompanhada de 26 anexos, em ordem: 1) Ata de Posse do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Tocantins; 2) Procuração ad judicia; 3) Ata da Audiência Pública promovida pela OAB Tocantins; 4) Lista de presença da Audiência Pública; 5) Ata da Sessão do Conselho da OAB Tocantins que discutiu e aprovou o ingresso da ADI; 6) Lei Orgânica do Município de

Palmas; 7) Constituição do Estado do Tocantins; 8) Lei nº 2.238/2016 – Plano Municipal Inicial de Educação; 9) Lei nº 2.243/2016 – Plano Municipal de Educação após as reformas trazidas pela MP nº 06/2016; 10) Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014); 11) Resposta da Procuradoria do Município aos questionamentos da OAB Tocantins sobre a MP nº 06/2016; 12) Imagens do material didático vetado nas escolas municipais de Palmas; 13) Documento-referência da Conferência Nacional de Educação para elaboração dos Planos de Educação; 14) Documento-referência para elaboração do Plano Municipal de Educação de Palmas; 15) Relatório final da I Conferência Municipal da Educação de Palmas; 16) Documento “Plano Nacional de Educação – Planejando a próxima Década – alinhando os planos de educação”, redigido pelo MEC; 17-26) Sequência de nove notícias sobre o processo de atuação da OAB no assunto da lei ora enfrentada quanto às suas inconstitucionalidades. Agradece-se à advogada Nayara Gallieta, que também assinou essa Petição na qualidade de Presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB/TO, por ter organizado toda esta documentação anexa de forma sistematizada.

Art. 1º: O Estado do Tocantins, formado pela união indissolúvel de seus Municípios, integra, com autonomia político-administrativa, a República Federativa do Brasil. § 1º: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta e da Constituição Federal. [...] Artigo 127: Respeitado o conteúdo mínimo do ensino fundamental, estabelecido pela União, o Estado fixar-lhe-á conteúdo complementar, com o objetivo de assegurar a formação cultural e regional”. (TOCANTINS, 2016b, online, grifos nossos).

necessidade e da sua constitucionalidade (BESTER, 2002). Quando não existentes, ou não bem demonstradas a urgência e a relevância, a Medida Provisória que assim tenha sido editada, e, por consequência, a lei que a suceda pelo processo de conversão, possuem vícios que não podem ser convalidados, conforme já decidiu reiteradas vezes o ST26 Foram os casos da MP nº 06/16 e da Lei nº 2.243/16, ambas formalmente inconstitucionais, por não terem atendido aos pressupostos constitucionais exigidos.

Pior, há uma vedação específica na Constituição Federal brasileira, em relação à medida provisória, que é a impossibilidade de tal espécie normativa ser editada para versar sobre planos plurianuais (CF/88, art. 62, parágrafo 1º, I, d). Ora, o que são os Planos Nacional e Municipais de Educação se não exatamente planos feitos para vigorarem por longos anos? Portanto, estão plenamente classificados na categoria plurianuais. Assim, jamais um PME poderia ter sido objeto de uma medida provisória.

Por outro lado, as duas normas referidas são também materialmente inconstitucionais, pois, sendo a educação um direito humano e fundamental, deve ser exercido e ministrado com a estrita observância dos preceitos previstos nos textos constitucionais (do Brasil e do Estado do Tocantins) e dos Tratados e Convenções Internacionais que diretamente ao tema se referiram<sup>27</sup>, os quais foram desrespeitados pelas proibições inseridas tanto na MP, quanto em sua lei de conversão.

Basicamente, no âmbito da Constituição Federal, prevê-se que o ensino deve ser ministrado com igualdade de condições para acesso e permanência, liberdade de aprender e ensinar; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e gestão democrática (art. 206, CF); o ensino também deve ser voltado para o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205, CF). Ainda, uma interpretação conjugada destes

dispositivos com o art. 5º, XIII, da Constituição indica que a liberdade profissional é atinente a todas as profissões, principalmente àquelas da educação, que formam quadros de todas as demais profissões, e, justamente por isso aos professores e professoras é permitido lecionar o conteúdo sob sua responsabilidade mediante múltiplos pontos de vista, quando houver vários reconhecidos pela Ciência. Qualquer limitação ao exercício da profissão de professor(a), à sua liberdade de cátedra, é manifestamente inconstitucional, como o fazia a Lei em análise, que afrontava o labor do corpo docente pelo cerceamento de tratar determinados conteúdos<sup>28</sup>.

A partir da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, e do princípio da igualdade, impõe-se o respeito amplo à diversidade na escola, devendo, por isso, considerarem-se as mais diversas formas de famílias que se utilizam daquele serviço público educacional, bem como as individualidades dos(as) alunos(as) que convivem em tal locus. Aliás, a escola é, por todas as normas que já foram demonstradas aqui, espaço privilegiado para tratar da superação das inúmeras formas de desigualdades existentes no seio da população brasileira (art. 5º, caput, CF), dentre elas a de gênero.

As diretrizes que a Constituição Federal fixou, e que as Constituições Estaduais repetiram, também foram reafirmadas no Plano Nacional de Educação, que estabelece orientações para todos os demais Planos. Nesta perspectiva, debater gênero e diversidade nas escolas é uma política de direitos humanos voltada à superação das desigualdades não só no âmbito escolar, mas também em todos os demais aspectos e locais da vida, compatível com o princípio da vedação ao retrocesso, a cidadania e a democracia. Destaca-se que o Ministério da Educação e Cultura integrou a orientação sexual nos Parâmetros Curriculares Nacionais, por meio da transversalidade, adotando tal conteúdo em diversos temas da educação e do ensino, não só no âmbito da Biologia (BRASIL, 1997, p. 41).

Ademais, no Estado Democrático de Direito brasileiro é objetivo fundamental da República promover o bem de todos, independente de quaisquer características que impeçam o livre exercício das personalidades, por isso mesmo é que o direito à igualdade e o respeito ao ser humano em sua integralidade preponderam em uma ordem constitucional que busque a justiça substancial. Este é mais um feixe de argumentos que demonstram o quanto a Lei 2.243/16 era manifestamente inconstitucional também sob a ótica material.

No quadro normativo universal de direitos humanos, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), no Brasil, diante dos recentes fatos<sup>28</sup> ligados à violência sexual no País reafirmou, em 7/6/2016, seu compromisso com a garantia dos direitos das mulheres e da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT), posicionando-se de forma contrária a toda forma de discriminação e violação dos direitos humanos “em qualquer circunstância e, em especial, em espaços educativos”. Para a Organização, aprofundar o debate “sobre sexualidade e gênero contribui para uma educação mais inclusiva, equitativa e de qualidade, não restando dúvida sobre a necessidade de a legislação brasileira e os planos de educação incorporarem perspectivas de educação em sexualidade e gênero.” Em comunicado oficial, afirmou que “a eliminação das desigualdades de gênero é determinante para a construção de uma sociedade inclusiva e equitativa”, assim como que “todos os estudantes têm o direito de viver e aprender em um ambiente livre de discriminação e violência. Com educação e diálogo é possível prevenir a violência de gênero”. (UNESCO DEFENDE..., 2016, online).

Neste sentido também seguiu a manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso em decisão sobre norma de conteúdo similar, no caso do Município de Guarapuava, Estado do Paraná:



*Por óbvio, tratar de tais temas não implica pretender influenciar os alunos, praticar doutrinação sobre o assunto ou introduzir práticas sexuais. Significa ajudá-los a compreender a sexualidade e protegê-los contra a discriminação e a violência [...]. Impedir a alusão aos termos gênero e orientação sexual na escola significa conferir invisibilidade a tais questões. [...] Significa valer-se do aparato estatal para impedir a superação da exclusão social e, portanto, para perpetuar a discriminação. (apud MARIZ; BRÍGIDO, 2017, online).*

<sup>26</sup> Como já foi adiantado em outra seção deste artigo, são referenciais normativos internacionais desta análise, principalmente: a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e os Princípios de Yogyakarta.

<sup>27</sup> Deve-se observar também o que diz a Lei de Diretrizes Básicas da Educação (LDB), nº 9.394/96, que estabelece no art. 2º ser dever da família e do Estado a educação para o exercício da cidadania, e no art.

<sup>30</sup> que o ensino será ministrado com base, entre outros princípios: “I- igualdade de condições para acesso e permanência na escola; II- liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; III- pluralismo de ideias e concepções pedagógicas; IV- respeito à liberdade e apreço à tolerância”. (BRASIL, 2016c, online).

<sup>28</sup> Alguns destes casos foram comentados em outro texto desta autora (BESTER, online, 2016).

Após o relatado processo democrático participativo na Audiência Pública ocorrida em abril de 2016, a elaboração do Parecer Técnico Conjunto pelas seis Comissões Temáticas e a aprovação pelo Conselho Seccional, a OAB/TO ingressou com a ADI nº 0011990-05.2016.827.0000/16 (TOCANTINS, 2016a, online), em julho, cuja tramitação seguiu no Tribunal de Justiça do Estado.

O ajuizamento da ADI amparou-se, ainda, no entendimento de que o controle jurisdicional de políticas públicas possa e deva ser exercido pelo Poder Judiciário,

não afetando com isso o princípio da separação dos poderes, eis que se o faz objetivando compatibilizar tais políticas com os deveres de concretização dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF), e de diversos princípios e direitos fundamentais, como os já elencados acima. O princípio da separação dos poderes implica vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado, o que não se verificou no presente caso, pois, conforme Grinover, os limites a esse tipo de controle devem ser eventuais restrições à garantia do mínimo existencial, no sentido orçamentário-

financeiro (com relação ao tempo para planejamento da política pública), a razoabilidade da pretensão individual ou social deduzida, e, o que se vê neste caso, quanto ao aspecto formal da norma, a irrazoabilidade da escolha “da lei” ou do agente público. (2013, p. 149).

Por fim, não como fundamento direto, mas como substrato do fato em si de agir, na proposição da ADI em comento, para além do solidarismo instrumental, pairou uma concepção de fraternidade que permite ligar todos os pontos tratados neste artigo, sendo válido ressaltá-la:



*Por fraternidade entende-se o princípio no qual o ser humano, de forma individual, consciente e livre, é capaz de superar o medo do outro, da convivência e da diferença, e passar a cooperar com o outro, visando de forma espontânea estabelecer relações socioculturais e individuais mais justas, equilibradas e harmônicas. A fraternidade é um princípio que tem, por diversos motivos [...], sido esquecida e negligenciada pelas reflexões e análises produzidas em vários setores das ciências humanas. No entanto, num contexto de crescente violência e de desconfiança entre os cidadãos, num ambiente social onde é implantada uma cultura de medo, a fraternidade é um princípio básico e gratuito, que pode ser convocado para de alguma forma, restabelecer os laços de convivência social e, assim, evitar a violência e a barbárie. (SANTOS, 2015, p. 22, grifos nossos).*

O medo e a ojeriza ao outro e à outra que sejam diferentes, e de com eles e elas conviver, com respeito mútuo, não

podem ser maiores do que os objetivos e fundamentos que, em contrato social, fundaram o Estado de Direito Social e

Democrático que rege toda a coletividade brasileira. Por isso mesmo, precisam ser vencidos e superados.

## ADI nº 0011990-05.2016.827.0000-2016/TJTO como gênese da ADPF nº 465-2017/STF

Vários dos argumentos e das teses constantes da ADI nº 0011990-05.2016.827.0000/16-TJTO, pioneiramente ajuizada pelo Conselho Seccional da OAB do Tocantins no Tribunal de Justiça do seu Estado, foram, quase um ano depois, trabalhados ou retrabalhados, juntamente com algumas novas abordagens argumentativas, pelo Ministério Público Federal, na peça inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 465, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, no Supremo Tribunal Federal, em 22 de junho de 2017. Assim sendo, não é exagero dizer que a ADI da OAB/TO esteve na gênese dessa ADPF 465.

Quanto a esta temática, de meados de 2017 em diante a Procuradoria-Geral da República ajuizou no Supremo Tribunal Federal muitas ações contra leis municipais que proibiram diretrizes, políticas educacionais ou conteúdos de

ensino sobre diversidade de gênero e de orientação sexual, estando, entre elas, as Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPFs) números 457, 460, 461, 462, 465, 466 e 467. Em 19/6/2017, por exemplo, decisão liminar do Ministro Luís Roberto Barroso, proferida na ADPF 461 (cuja petição inicial deu entrada no STF em 6/6/17) suspendeu os efeitos da lei municipal de Guarapuava/PR, similar à norma municipal de Palmas/TO, que deu origem à ADI estadual aqui estudada, e à ADPF nº 465. Em sua decisão o Ministro Barroso frisou que a norma da cidade paranaense era “**inconstitucional** porque somente a União teria competência para legislar sobre diretrizes educacionais e normas gerais de ensino. Mas também pelo fato de, **ao impedir o acesso a conteúdos sobre uma dimensão fundamental da experiência humana e para a vida em sociedade, viola o princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente.** Não tratar de gênero e de

**orientação sexual no âmbito do ensino não suprime o gênero e a orientação sexual da experiência humana, apenas contribui para a desinformação das crianças e dos jovens a respeito de tais temas, para a perpetuação de estigmas e do sofrimento que deles decorre**” (apud MARIZ; BRÍGIDO, 2017, online, grifos nossos).

Nas petições dessas ADPF’s, Rodrigo Janot afirmou que as normas questionadas, “ao proibirem qualquer abordagem de temas ligados à sexualidade pelas políticas de ensino, reafirmam uma inexistente equivalência entre sexo e gênero e ignoram quaisquer realidades distintas da orientação sexual heteroafetiva” (STF..., 2017, online), contrariando, pois, dispositivos da Constituição Federal de 1988 e, assim, devendo ser declaradas inconstitucionais.

Era grande, portanto, a expectativa sobre o julgamento de mérito dessas ADPF’s,

no sentido do reconhecimento das inconstitucionalidades demonstradas. Com efeito, seria bastante paradoxal, diante de todos os argumentos levantados, se o STF proibisse a problematização, em escolas públicas e com fins educativos, das questões de gênero. E, com efeito, foram proferidas decisões pelas inconstitucionalidades de tais normas (no todo ou em parte), na sessão virtual encerrada em 21 de agosto de 2020, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cada impedimento da palavra, a cada cerceamento do exercício das liberdades constitucionais responsáveis, a cada proibição de vivência das próprias identidades – diversas e ricas em suas pluralidades –, a cada exclusão social e do sistema formal de ensino, as sociedades contemporâneas vão enfraquecendo os laços de fraternidade e de solidariedade que deveriam, ao contrário, reforçar o humanismo, inclusive o jurídico, pautado primeiramente pelo princípio da dignidade humana, de consolidada riqueza polissêmica.

Sempre que visões de mundo, enquanto ideologias, imperarem com a força de um pensamento único, fundamentalista e arrebatador das demais visões, cresce o individualismo em detrimento do coletivismo e do pluralismo, sendo então também sempre necessário o resgate justamente dos ideais democráticos de fraternidade e de solidariedade, na busca de formas mais humanas, inclusivas, coletivas e justas de enfrentamento das desigualdades, sejam elas sociais, regionais, ambientais ou pessoais. A exclusão e a opressão, catapultadas pelos preconceitos, pelas discriminações, pelos estigmas, pelos ódios aos seres humanos diferentes (de que são exemplos misoginias e homofobias), encontram uma possibilidade de serem superadas quando verdadeiramente se experimentarem vínculos fraternos e solidários – lembrando que a amizade enquanto qualidade política é identificada com a fraternidade, aliás, vindo a traduzi-la de forma singular,

5537, 5580 e 6038, e das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 461, 465 e 600, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou inconstitucionais a lei de Alagoas (7.800/2016) que instituiu no Estado o programa “Escola Livre” e três normas municipais que proibiam o ensino sobre questões de gênero e sexualidade na rede pública. Especificamente no julgamento das ADPF’s referidas, **o Plenário declarou, por unanimidade, inconstitucionais trechos das Leis**

segundo as lições aristotélicas –, pois as trocas de conhecimentos e as aprendizagens que ali são geradas possuem poder de reumanização das relações interpessoais, ressignificando habilidades, olhares, posturas, visões do outro, de vida e de mundo. As escolas são um espaço privilegiado para que esses círculos transformadores evolutivos aconteçam. Por isso, devem seguir sendo lugares plurais, democráticos, inclusivos, de formação ampliada para a cidadania ativa, para a vivência ética, sustentável, respeitosa, onde a concórdia em prol de uma sociedade mais justa, mais livre e mais solidária possa prevalecer, apesar de, e, sobretudo pelo fato de, existirem diversidades. Sociedades inclusivas, primeiramente, precisam de pessoas conscientes, éticas e imbuídas de valores solidários e fraternos, reconhecedores de si mesmas e das demais como sujeitos dignos, conhecedores de seus direitos e de seus deveres fundamentais, que lutem contra as injustiças e não compactuem com qualquer violação aos direitos humanos, que sejam respeitadoras e valorizadoras das diferenças, tanto de gênero, de raça, de cor, de classe social, de identidade, de culturas, e outras mais, interpretando tudo isso como fonte de enriquecimento humano, e não de seu empobrecimento.

Com estas compreensões entrelaçadas, aplicando interpretação sistemática (constitucional e de convencionalidade), neste artigo fez-se um breve estudo de caso tendo como substrato de análise a

**municipais** 3.468/2015, de Paranaguá (PR), e **2.243/2016, de Palmas (TO)**, e da Lei Orgânica de Londrina (PR), alterada pela Emenda 55/2018, que proibiam o ensino sobre gênero e orientação sexual. Conforme o ministro Barroso, relator dessas ações, que já havia suspenso liminarmente os dispositivos, “as normas comprometem o acesso de crianças, adolescentes e jovens a conteúdos relevantes, pertinentes à sua vida íntima e social, em desrespeito à doutrina da proteção integral” (BRASIL, 2022, online).

espécie normativa editada pelo Prefeito do Município de Palmas, em março de 2016 (MP nº 6/16), proibindo a discussão de qualquer temática de gênero, e o uso de material didático correspondente, no sistema público de ensino, alterando, para tanto, por norma de tipo unipessoal e excepcional, o Plano Municipal de Educação, de construção demorada, participativa e dialogada. Com uma Câmara de Vereadores de perfil totalmente masculino (não havia, naquela legislatura, uma só mulher edil), conservador e religioso, tal Medida Provisória foi rapidamente convertida em Lei (nº 2.243, de 23/3/16), tornando-se, aos olhos vigilantes dos hermeneutas jurídicos mais atentos, objeto de questionamentos quanto a várias inconstitucionalidades.

A Prefeitura Municipal de Palmas (TO), assim como as dos Municípios de Novo Gama (GO), de Paranaguá (PR), de Cascavel (PR), de Blumenau (SC), de Tubarão (SC), de Ipatinga (MG), além de algumas outras, incursionaram em um perigoso caminho de ataques à Constituição, via legislações criadas para vetar determinados conteúdos escolares, cujo resultado, facilmente previsível, viria a ser a reprodução de discriminações e, em seu rescaldo, de mais violências contra crianças e jovens homossexuais e transgêneros. Além disso, a mais típica violência de gênero, aquela secularmente direcionada contra o universo humano feminino, também foi robustecida por tais normativas. Neste artigo pretendeu-se mostrar que, para além da gravidade

disso ser feito no âmbito do sistema educacional, grave também foi usar-se o aparato público para isso.

Finalmente, tanto a ADI estudada neste texto, como o ato em si da escrita deste artigo, fazem parte de uma postura ativa fraterna e solidária, na perspectiva de qualidades políticas dirigidas à ação, de dentro do Direito em direção à Educação, e desta para um universo de pessoas formado por professores e professoras,

alunos e alunas, e pelos pais e mães destes e destas, no intuito de, sobretudo, guarnecer e defender a efetividade de direitos humanos e fundamentais arduamente conquistados historicamente, mas cujas existências seguem sendo ameaçadas aqui e acolá, de tempos em tempos. Como se demonstrou neste texto, há abundantes argumentos jurídicos e filosóficos, teórico-doutrinários e normativos, assim como jurisprudenciais, a justificar que a afirmação da igualdade

material, da identidade e da liberdade das pessoas deve prevalecer sobre a proibição da discussão da diversidade humana de gênero e da identidade sexual nos sistemas públicos escolares dos municípios brasileiros. E, em tal contexto, o exercício da advocacia, via o próprio sistema OAB, exerce protagonismo na defesa e na manutenção dos princípios fundamentais do Estado Constitucional e Democrático de Direito, conforme também se conseguiu exemplificar neste artigo.

## REFERÊNCIAS

- AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In: CASO, Giovanni et al. (Orgs.). **Direito e fraternidade**. São Paulo: LTR, 2008. p. 39-45.
- ARENOT, Hannah. **A dignidade da política**: ensaios e conferências. Organizado por Antônio Abranches. Trad. de Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. de Mário da Gama Cury. 3. ed. Brasília: UNB, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Ética a Nicômacos**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- BAGGIO, Antônio Maria. A ideia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **O princípio esquecido/1**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008. p. 7-55.
- \_\_\_\_\_. A inteligência fraterna. Democracia e participação na era dos fragmentos. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **O princípio esquecido/2**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009. p. 85-130.
- BAGGIO, Gisela Maria. **Gênero, Criminologia Crítica e Vitimologia**: uma tríade privilegiada para olhar a misoginia e patriarcal violência contra as mulheres no Brasil a partir do Direito e da Educação. Disponível em: <http://emporiadireito.com.br/genero-criminologia-critica-e-vitimologia-uma-triade-privilegiada-para-olhar-a-misoginia-e-patriarcal-violencia-contra-as-mulheres-no-brasil-a-partir-do-direito-e-da-educacao-por-gisela-maria/>. Acesso em: 8 set. 2016.
- BESTER, Gisela Maria. Cultura da paz, justiça restaurativa e humanismo com vistas ao resgate psíquico da vítima e ao não encarceramento: ainda uma ode à busca da paz social com dignidade – cuidando do antes para evitar o durante e o depois tradicionais. **RIDB, Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, a. 2, n. 7, p. 6375-6403, 2013. Disponível em: <http://www.idb-ftdul.com/uploaded/files/2013\_07\_06375\_06403.pdf>. Acesso em: 8 out. 2013.
- BESTER, Gisela Maria. **Direitos políticos das mulheres brasileiras**: aspectos históricos da luta sufrágica e algumas conquistas políticas posteriores. Dissertação. 183f. (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996.
- BESTER, Gisela Maria. **O uso das medidas provisórias no Estado Democrático de Direito brasileiro**: análise crítica à luz do Direito Constitucional contemporâneo. Tese. 513f. (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.
- BESTER, Gisela Maria. Podem os municípios proibir a discussão das diversidades humana de gênero e sexual nas escolas públicas? Breve estudo de caso da ADI Estadual nº 0011990-05.2016.827.0000/16-TJTO, gênese da ADPF 465/2017. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado (Org.). **A Constituição entre o Direito e a Política**: o futuro das instituições. Homenagem a José Afonso da Silva. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017. p. 981-1028.
- BIROLI, Flávia. Gênero e família em uma sociedade justa. In: \_\_\_\_\_. MIGUEL, Luis Felipe (Orgs.). **Teoria política e feminismo**: abordagens brasileiras. Vinhedo, SP: Horizonte, 2012. p. 211-242.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BORGES, Zulmira; PERURENA, Fátima; PASSAMANI, Guilherme et al. Patriarcal, heteronormatividade e misoginia em debate: pontos e contrapontos para o combate à homofobia nas escolas. **Latidade**, Alagoas, v. 7, n. 1, p. 61-76, 2013.
- BRASIL. **Constituição Republicana Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 91. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constitucao/constitucaocompilado.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016a.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002**. Institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto/2002/D4228.htm>. Acesso em: 2 ago. 2016b.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016c.
- \_\_\_\_\_. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 20 ago. 2016d.
- \_\_\_\_\_. **Lei 13.005/2014, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016e.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **Planejando a próxima década**: alinhando os Planos de Educação. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\_docman&view=download&alias=13308-alin-plan-educ-lima&Itemid=30192>. Acesso em: 8 ago. 2016f.
- \_\_\_\_\_. **Documento norteador para elaboração de Plano Municipal de Educação – PME**. Brasília: Secretaria de Educação Básica, 2005.
- \_\_\_\_\_. **O PNE na articulação do Sistema Nacional de Educação**: participação popular, cooperação federativa e regime de colaboração. Brasília: CONAE, 2014.
- \_\_\_\_\_. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros curriculares nacionais**: introdução aos parâmetros curriculares nacionais. Brasília: MEC/SEF, 1997.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo – Legislação anotada**. Brasília: STF, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constitucao/artigoBd.asp?item=809>. Acesso em: 4 abr. 2015.
- \_\_\_\_\_. **STF recebe mais ações contra leis que proíbem ensino sobre gênero e orientação sexual**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=347407>. Acesso em: 23 jun. 2017.
- \_\_\_\_\_. **Julgadas inconstitucionais leis sobre Escola Livre e proibição de ensino de sexualidade**. [Matéria de 26/08/2020]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=450392&ori=#:-:text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,%20sexualidade%20na%20rede%20p%C3%BAblica.>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BUONOMO, Vincenzo. Vínculos relacionais e modelo de fraternidade no Direito da Comunidade Internacional. In: BAGGIO, A. M. (Org.). **O princípio esquecido/2**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009. p. 151-173.
- CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade**: o paradigma ético do Direito contemporâneo. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.
- CERQUEIRA, Daniel et al. **Atlas da violência 2017**. Rio de Janeiro: IPEA/Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.
- CHAUJ, Marilena. Participando do debate sobre mulher e violência. In: FRANCHETTO, Bruna; CAVALCANTI, Maria Laura V. C.; HEILBORN, Maria Luiza (Orgs.). **Perspectivas Antropológicas da Mulher 4**. São Paulo: Zahar, 1985. p. 25-62.
- FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿construimos juntos el futuro? **Novos Estudos Jurídicos**, v. 17, n. 3, dez. 2012. Disponível em: <http://siaweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>. Acesso em: 2 ago. 2016.
- GORIA, Fausto. Fraternidade e Direito. Algumas reflexões. In: CASO, Giovanni et al. (Orgs.). **Direito e fraternidade**. São Paulo: LTR, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. In: \_\_\_\_\_. WATANABE, Kazuo (Coords.). O controle jurisdicional de políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-151.
- HOWLETT, M.; RAMESH, M. **Studying public policy**. Canadá: Oxford University Press, 1995.
- IGHINA, Domingo. "Unidos ou dominados". Sobre uma leitura da fraternidade em função latino-americana. In: BAGGIO, A. M. (Org.). **O princípio esquecido/2**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009. p. 33-42.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.
- MARIZ, Renata; BRÍGIDO, Carolina. **STF suspende lei que proíbe ensino sobre gênero nas escolas do Paraná**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/stf-suspende-lei-que-proibia-ensino-sobre-genero-nas-escolas-do-parana-21491015#ixzz4mCdSX3hV>. Acesso em: 7 jul. 2017.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **O Princípio da Solidariedade**. Disponível em: <http://www.idcivil.com.br/pdf/bibliotec9.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2016.
- MORIN, Edgar. **La via para el futuro de la humanidad**. Trad. de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011.
- OAS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\_americana.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2016a.
- \_\_\_\_\_. **Discriminação contra as mulheres**: a Convenção e o Comitê. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha\_Informativa\_22.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2016b.
- PALMAS. Câmara Municipal de Palmas. **Lei nº 2.238, de 19 de janeiro de 2016**. Institui o Plano Municipal de Educação de Palmas e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial nº 1.424, de 19 de janeiro de 2016. Palmas: DOM, 2016a. p. 5-13.
- \_\_\_\_\_. Câmara Municipal de Palmas. **Lei nº 2.243, de 23 de março de 2016**. Altera o Anexo Único à Lei nº 2.238, de 19 de janeiro de 2016, na Meta 5, as redações das estratégias 5.24 e 5.26. Publicada no Diário Oficial nº 1.469, de 24 de março de 2016. Palmas: DAM, 2016b. p. 8.
- \_\_\_\_\_. Prefeitura Municipal. **Plano Municipal de Educação – PME**: documentos relativos à construção do Plano Municipal de Educação. Disponível em: <http://www.palmas.to.gov.br/servicos/plano-municipal-de-educacao-pme/125/>. Acesso em: 20 ago. 2016c.
- \_\_\_\_\_. Secretaria de Governo e Relações Institucionais. **Justificativa para a Medida Provisória nº 06/2016**. Processo nº 201.017486. Palmas: mimeo, 2016d.
- PATTO, Pero Vaz. A execução da pena no horizonte da fraternidade. In: CASO, Giovanni et al. (Coords.). **Direito e fraternidade**. São Paulo: LTR, 2008. p. 47-52.
- PEZZIMENTI, Rocco. Fraternidade: o porquê de um eclipse. In: BAGGIO, A. M. (Org.). **O princípio esquecido/1**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008. p. 57-76.
- PIMENTEL, Sílvia. **Experiências e Desafios**: Comitê sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW/ONU) – Relatório de minha participação. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/cedaw.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.
- PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA – **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Trad. Jones de Freitas. 2007. Disponível em: <http://www.ypinaction.org/files/01/37/principios\_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2016.
- RESTA, Eldio. **Il Diritto Fraternal**. Roma-Bar: Laterza, 2011.
- SANTOS, Cecilia MacDowell; IZUMINO, Vânia Pasinato. **Violência contra as mulheres e violência de gênero**: notas sobre estudos feministas no Brasil. [2005]. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down083.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2016.
- SANTOS, Ivanaldo. Ensino religioso e educação ambiental: fraternidade em ação. In: MONASSA, Clarissa C. Sanches; POZZOLI, Lafayette; LACERDA, Luana (Orgs.). **Fraternidade e sustentabilidade no Direito**. Curitiba: Instituto Memória, 2015. p. 13-27.
- SAVAGNONE, Giuseppe. Fraternidade e comunicação, com especial referência à comunicação jornalística. In: BAGGIO, A. M. (Org.). **O princípio esquecido/2**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009. p. 195-248.
- TOCANTINS. TJTO. **ADI nº 0011990-05.2016.827.0000**, OAB/TO, 21 jul. 2016. Disponível em: <https://eproc2.tjto.jus.br/eprocV2\_prod\_2grau/controlador.php?acao=processo\_selecionar&num\_processo=00119900520168270000&hash=a08983c04a0f39b9de5ef1db2e4ec1>. Acesso em: 2 ago. 2016a.
- \_\_\_\_\_. **Constituição do Estado do Tocantins, de 5 de outubro de 1989**, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de 01/98 a 29/16. Disponível em: <http://www.al.to.leg.br/arquivos/documento\_39786.PDF#dados>. Acesso em: 6 ago. 2016b.
- TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política? In: BAGGIO, A. M. (Org.). **O princípio esquecido/2**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009. p. 43-64.
- UNESCO. **DEFENDE EDUCAÇÃO SEXUAL E DE GÊNERO NAS ESCOLAS PARA PREVENIR VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/unesco-defende-educacao-sexual-e-de-genero-nas-escolas-para-prevenir-violencia-contra-mulheres/>. Acesso em: 8 jun. 2016.

# O exercício da advocacia como corolário da garantia dos direitos sociais do trabalho



THAÍS LIMA  
ANDRADE  
MENEZES

## AUTORA

Graduada em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Advogada Trabalhista. Endereço para correspondência na Rua Domingos Barbosa de Araújo, nº 199, 1º andar, centro, Feira de Santana, CEP: 44.001-216, tel.: 75 991903074, e-mail: thais@thaismenezes.com.br.

## RESUMO

O artigo versa sobre a relevância do exercício da advocacia trabalhista na defesa, emancipação e garantia dos direitos sociais do trabalho assegurados através do art. 6º e 7º da Constituição Federal, objetivando analisar de quais maneiras o exercício dessa profissão pode subsidiar o Estado Democrático de Direito inaugurado pelo Constituinte de 1988, tudo isso a partir do levantamento bibliográfico e normativo acerca do tema, a fim de permitir uma análise da importância da inclusão do advogado, pela Constituição, como agente garantidor do cumprimento das normas fundamentais, mais especificamente os direitos trabalhistas positivados após longas lutas da classe operária.

**Palavras-Chave:** Direitos Sociais do Trabalho; Lutas da Classe Operária; Advocacia Trabalhista; Estado Democrático de Direito.

## INTRODUÇÃO

A área temática em que se desenvolverá a presente pesquisa está inserida no campo do direito social e constitucional do Trabalho, mais especificamente sobre a relevância do exercício da advocacia trabalhista como defesa da emancipação e garantia dos direitos sociais do trabalho constitucionalmente assegurados através do art. 6º e 7º da Constituição Federal e legislação correlata.

Dessa forma, o exercício da advocacia permite a efetividade de tais normas constitucionais positivadas no Estado Democrático de Direito, seja através da tutela judicial de garantia efetiva de tais direitos, seja através da consequência punitiva que gera adequação às normas sociais do trabalho.

Os direitos sociais do trabalho foram

inseridos na Constituição Federal a partir da inauguração do Estado Democrático de Direito, diante da necessidade de uma tutela específica à classe operária que, historicamente, tiveram os seus direitos cerceados.

Diante desse contexto histórico, nota-se que o exercício da advocacia se traduz como corolário dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito inaugurado com a constituinte de 1988, eis que a atuação profissional permite a defesa e garantia da efetivação dos direitos trabalhistas, seja através da atuação judicial ou extrajudicial.

Conforme a própria Constituição Federal preceitua, o exercício da advocacia é indispensável à administração da justiça, na medida em que a judicialização ou a prevenção consultiva permite a eficácia da

norma constitucionalmente assegurada. Assim, a principal questão desta pesquisa é responder acerca da possibilidade de efetivação e garantia do cumprimento das normas sociais do trabalho, previstas no art. 6º e 7º da Constituição Federal, sem o exercício da advocacia trabalhista.

Neste sentido, o estudo busca analisar a importância da advocacia trabalhista na defesa dos direitos sociais do trabalho para a preservação do Estado Democrático de Direito, estudando o papel da advocacia na adequação e cumprimento dos direitos trabalhistas, bem como analisar os efeitos da judicialização da violação de direitos trabalhistas e investigar a eficácia das normas trabalhistas constitucionalmente asseguradas a partir do exercício da advocacia trabalhista, tudo isso a partir do levantamento de referencial bibliográfico e normativo acerca do tema.

## O direito social ao trabalho no estado democrático de direito

O surgimento do Estado de Direito que hoje é preâmbulo da Carta Constitucional de 1988 surgiu a partir das revoluções burguesas do século XVIII, diante da necessidade de os governantes adotarem a vontade geral do povo através das leis positivadas, em respeito às liberdades individuais até então violadas pelos regimes totalitários e absolutistas da época (DA SILVA, ENIO MORAES. 2005, p. 218).

Neste íterim, é importante ressaltar que o Estado Democrático de Direito ainda estava por surgir, tendo em vista que essas primeiras revoluções não permitiram uma participação

popular a ponto de permitir, naquele momento, o surgimento da Democracia, mas o surgimento do limite ao exercício do poder estatal através de normas jurídicas gerais onde o princípio da legalidade e a liberdade individual seriam a fonte única das obrigações do Estado. (DA SILVA, 2005, p. 219).

O surgimento do Estado Democrático de Direito precisou superar esse status de liberdade negativa, onde se observava apenas uma abstenção do Estado para as liberdades individuais do povo, sendo necessário, então, colocar em pauta as liberdades positivas através da discussão sobre os direitos sociais

do povo e a justiça social.

*“Evidente que o aparecimento deste não ocorreu de maneira tão simplista. Outros fatores concorreram para que isso ocorresse. Nesse sentido, pode-se mencionar: a luta de classes, perpetrada por ativistas revolucionários; a desestabilização das instituições públicas; a ascensão de trabalhadores a certos direitos políticos, especialmente ao voto e elegibilidade, com uma tendência à universalização do sufrágio.”* (DA SILVA, 2005, p. 223).

Esse movimento fez surgir diversas

constituições pelo mundo, todas a partir de um viés de liberdade positiva e inclusão dos direitos sociais, a exemplo da Constituição francesa de 1848, a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar em 1919. (DA SILVA, 2005, p. 223-224).

Após todos os avanços históricos, ainda não se poderia afirmar a existência de um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o seu elemento essencial ainda não se fazia presente, que é justamente a soberania popular, através da “legítima participação democrática do povo nos mecanismos de produção e controle das decisões políticas” (DA SILVA, 2005, p. 225-226).

Dessa forma, o surgimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 precisava prever mecanismos de efetiva participação popular, o que aconteceu com o Direito Social do Trabalho que foi tutelado pelo Estado Democrático de Direito, tudo isso através das lutas sociais que alçaram o Trabalho ao status fundamental da nossa República.

Na história da reação operária para a inclusão do trabalho na tutela do Estado Democrático de Direito, diversas manifestações de revolta contra os meios de produção ocorreram, chegando atingir destruição de máquinas e fábricas, fazendo surgir uma consciência de classe que denominamos de proletariado. (GOMES, 2008, p. 324-325).

*“Preocupada com as agitações constantes e com a generalização do conflito social, a classe dirigente pôs de lado o dogma liberal da não-intervenção e fez o Estado se mexer. A legislação trabalhista assinala a importantíssima mudança de postura estatal: pela primeira vez, desde o advento da era moderna, é permitido ao ente público descruzar os braços e interferir nas relações privadas.”* (GOMES, 2008, p. 325, destaque do original).

Diante desse cenário, era essencial a inclusão da classe trabalhadora na vontade política do Estado, reconhecendo o trabalho como uma das dimensões da dignidade humana e, por influência da Constituição de Weimar, em 1943 foram compiladas todas as normas no país que dispunham sobre o direito ao trabalho, surgindo a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT. (GOMES, 2008, 339).

Mas o cenário ainda era de um país marcado pelo autoritarismo e essencialmente escravocrata, razão pela qual a pujança por

um direito do trabalho fundamental e em consonância com a dignidade da pessoa humana ainda estava por surgir no Brasil, principalmente porque o país ainda precisava de instrumentos de efetivação desse direito no meio social, tendo em vista que:

*“[...] o Estado não pode se esquecer, jamais, que o seu norte de conduta é pautado pelo dever de proteção dos direitos fundamentais e que, no caso especial do direito fundamental ao trabalho, uma limitação desarrazoada acarretará, na maior parte das vezes, um irreparável prejuízo à sobrevivência digna do indivíduo.”* (GOMES, 2008, p. 184).

Após muitos avanços e retrocessos, houve então o surgimento de uma Constituição compromissada com o respeito e efetividade da dignidade da pessoa humana “desde a dispensada ao indivíduo-cidadão, através das liberdades fundamentais e dos direitos políticos, até a projetada no homem-trabalhador, por meio das normas de caráter social”, tendo o direito do trabalho sido alçado a um dos fundamentos da República. (GOMES, 2008, p. 341).

A proteção do trabalho humano pelo Estado se deve, em certa medida, ao fato de que este se tornou um valor em si, nas precisas lições de Fábio Rodrigues Gomes, na medida em que o trabalho atende a critérios privados e individuais da vida de cada um, bem como serve de cooperação para a ascensão social da população, sendo este último o aspecto público-social do trabalho. (2008, p. 63).

*“No mundo de hoje, é bastante razoável que se diga que o indivíduo constrói a sua vida não somente por meio do trabalho, mas também no trabalho.”* (GOMES, 2008, p. 65, destaque do original).

A partir do ponto de vista do art. 6º da Constituição Federal de 1988, o direito ao trabalho é um direito social, muito embora antes das revoluções burguesas ocorridas no século XIX, conforme já mencionado, o direito ao trabalho possuía apenas uma dimensão de liberdade individual. (GOMES, 2008, P. 70).

É extremamente importante trazer essa diferenciação, tendo em vista o longo percurso que o direito ao trabalho passou para chegar até essa dimensão e status de direito social, o qual urge por uma tutela do Estado com a finalidade de torná-lo efetivo, não apenas por uma questão de liberdade da pessoa humana,

mas também por uma questão que afeta toda a estrutura social, pois, como já visto em linhas anteriores, o trabalho humano ora atende a necessidades pessoais de cada indivíduo, ora atende a um interesse coletivo de ascensão social, sendo estas justamente as pautas das lutas de classes ocorridas ao longo da história.

A Constituição Federal de 1988, por si só, já traz diversos instrumentos de efetivação dos direitos e liberdades individuais, pois foi uma Carta Constitucional promulgada com o objetivo de atender as três dimensões axiológicas da norma: o plano de validade, o plano da existência e o plano da eficácia.

Em relação aos dois primeiros planos e sintetizando o entendimento de Norberto Bobbio, segundo o qual a questão “da validade é o problema da existência da regra enquanto tal”, para ser considerada como válida (e, portanto, existente), a norma precisa atender a três critérios: ter emanado de autoridade legítima; que não tenha sido ab-rogada; e não seja incompatível com outras normas do sistema jurídico, especialmente uma norma hierarquicamente superior. (BOBBIO, 2010, p. 38-39, destaque do original).

A partir desse viés, pode-se concluir que a Constituição da República Federativa do Brasil é válida e existente no mundo jurídico, razão pela qual faz-se necessária a investigação da sua eficácia, em contraponto com o exercício da advocacia trabalhista, pois ainda segundo Bobbio:

*“O problema da eficácia de uma norma é o problema de saber se essa norma é ou não seguida pelas pessoas a quem se destina (os chamados destinatários da norma jurídica) e, caso seja violada, seja feita valer com meios coercitivos pela autoridade que a estabeleceu.”* (BOBBIO, 2010, p. 39, destaque do original).

Ainda, de acordo com José Afonso da Silva, o consenso existente é que as normas constitucionais pertencem ao grupo de normas coercitivas, impondo uma ação ou omissão independente da vontade das partes, de maneira que:

*“As relações de direito constitucional são relações de poderes entre si e entre estes e sujeitos privados (indivíduos, grupos etc.), estabelecendo direitos, obrigações e deveres de natureza pública, mediante normas que, por princípio, não deixam margem à atuação*

da vontade dos agentes constitucionais.” (SILVA, 1998, p. 70-71).

Portanto, em relação a este último plano, o da eficácia, é possível citar, por exemplo, a importância do Poder Judiciário, das entidades administrativas de fiscalização e controle e da advocacia para a efetivação de direitos fundamentais especificamente relacionados ao trabalho e positivados no texto constitucional, já que “o fato de uma norma existir enquanto norma jurídica não implica que ela também seja constantemente seguida”, muito embora o

seu conteúdo seja de observância obrigatória. (BOBBIO, 2010, p. 39).

“Ora, basta um mero passar d’olhos pela nossa Lei Maior para que se verifique a diluição do direito ao trabalho pelos diferentes capítulos do texto constitucional. E, a título exemplificativo, não custa mencionar a positivação da noção de liberdade de trabalhar (art. 5º, XIII), passando pela ideia de manutenção do posto de trabalho (art. 7º, I), sem embargo de ainda existir a consagração de políticas públicas voltadas

ao aperfeiçoamento profissional (art. 214, IV) e ao estímulo da produção de empregos (art. 170, VIII).” (GOMES, 2008, p. 90).

Toda essa exatidão do texto constitucional em tutelar o direito ao trabalho permite um bloqueio às reformas de retrocesso da proteção de tal direito fundamental no Estado Democrático de Direito, controle esse que pode ser realizado pelo Judiciário e, logicamente, através da advocacia combativa, tendo em vista, especialmente, a força normativa que emana dos direitos sociais do trabalho.

## O papel da advocacia para a garantia e efetivação dos direitos sociais do trabalho

Com o objetivo de garantir que os direitos fundamentais sejam efetivados no plano da realidade fática, o Estado precisa criar mecanismos de acompanhamento, controle e fiscalização do cumprimento dessas normas, o que não invariavelmente ocorre através do Poder Judiciário, em última instância, mas também através de outras instâncias, como o Poder Legislativo e o Executivo. (GOMES, 2008, p. 106-108).

“Sem receio de errar, afirmamos que, ao Poder Judiciário, incumbe o ônus de dar a última palavra, declarando definitivamente a adequação (aos direitos fundamentais) dos atos jurídicos emanados dos atores sociais, sejam eles particulares, servidores públicos ou agentes políticos.” (GOMES, 2008, p. 108)

Isso se deve a noção de superação ao Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que não se admite mais uma postura de inércia do Estado em relação à proteção do direito ao trabalho, conforme visto no capítulo anterior, razão pela qual, neste cenário, a advocacia começa a ganhar contornos de essencialidade no que se refere às garantias dos direitos trabalhistas, especialmente em relação ao controle realizado pelo Judiciário, uma vez que este último se rege pelo princípio da inércia – ou seja, precisa de provocação externa para atuação.

Os três poderes que compõem a república possuem importância para o dever de proteção do direito ao trabalho, sendo a esfera legislativa no que se refere a que basicamente vem sendo tratado ao longo desse texto: a evolução social e legislativa acerca do tema, a ponto de alçar o direito de trabalho como fundamental e essencial à dignidade da pessoa humana, através das normas postas.

No mesmo sentido, o Poder Executivo possui a precípua função de fiscalizar o cumprimento das normas no âmbito social e, por fim, o Poder Judiciário incumbe o controle coercitivo das possíveis violações, de modo que “é possível extrair da jurisprudência brasileira uma enorme quantidade de decisões que apontam de maneira inequívoca para a proteção do valor trabalho humano”. (GOMES, 2008, p. 125).

Ainda que não esgotadas todas as explicitações acerca da enorme evolução legislativa sobre a proteção do direito ao trabalho através das linhas anteriores, faz-se necessário avançar no tema para demonstrar as constantes mudanças e evoluções sociais que ainda vem ocorrendo para a efetivação dos direitos trabalhistas, principalmente através da advocacia.

A título de exemplificação, vale mencionar as estratégias do compliance trabalhista que objetivam, em linhas gerais, a conformidade das entidades públicas e particulares com a norma, principalmente as normas trabalhistas. Assim, o compliance:

“Caracteriza-se como um conjunto de procedimentos e boas práticas, realizados de forma independente, no âmbito das organizações, para identificar e classificar os riscos operacionais e legais, estabelecendo mecanismos internos de prevenção, gestão, controle e reação frente aos mesmos.” (PINHEIRO, 2020, p. 42-43).

A necessidade pujante da implementação das políticas de compliance nas organizações se deve ao fato principal de que não se admite mais, em pleno Estado Democrático de Direito, a obtenção do lucro em detrimento

da violação dos direitos da pessoa humana, razão pela qual a conformidade com a lei passa a ser uma preocupação das grandes, médias e pequenas corporações.

Neste sentido, temos que o objetivo da implementação do programa de controle e conformidade com a lei, o compliance, é a rápida identificação de violação à lei e adoção de todas as medidas cabíveis para a adequação legal, evitando lesões aos direitos dos trabalhadores, sendo este um importante instrumento de proteção do direito ao trabalho.

Ainda a título de exemplificação e considerando os grandes avanços da sociedade em matéria de direito ao trabalho, pode-se mencionar a recente décima primeira revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-11) feita pela Organização Mundial de Saúde (OMS) para melhor caracterização da Síndrome de Burnout como doença relacionada ao trabalho, diante do constante aumento do número de casos de pessoas com esgotamento profissional (MENDANHA, 2022, p. 21-22).

Na CID-11, diversas situações são classificadas como sendo relacionadas ao trabalho, as quais estão acompanhadas dos seus respectivos códigos, como problemas relacionados ao desemprego, à mudança de emprego, à ameaça de perda de emprego, às condições de trabalho, ao trabalho incompatível, ao horário de trabalho estressante, à exposição ocupacional a fatores de risco, o próprio Burnout (esgotamento), dentre outras situações classificadas (MENDANHA, 2022, P. 127).

Portanto, de acordo com Mendanha, a Síndrome de Burnout proposta pela CID-11

pode ser considerada uma doença ocupacional por força do art. 20 da Lei nº 8.213/1991, combinado com o Anexo II da Lista B do Decreto 3.048.1999. (2022, p. 211).

Nesse diapasão, mostra-se indiscutível o papel da Advocacia, em consonância ou não com o Poder Judiciário, para a efetivação dos direitos sociais do trabalho no Estado Democrático de Direito, principalmente diante desse contexto de novos direitos e novas formas de controle e efetivação, e também porque o próprio texto constitucional de 1988 dispõe que o advogado é essencial à administração da Justiça, através do artigo 133.

Saliente-se, ainda, que o papel da advocacia na defesa dos direitos assegurados constitucionalmente perpassa tanto pelo exercício da advocacia pública, quanto pelo exercício da advocacia privada.

À vista disso e especificamente em relação ao exercício da advocacia pública, é importante ressaltar que, antes da Constituição de 1988, essa tarefa de representar a União judicialmente era atribuída ao Ministério Público, mas diante de muitos conflitos entre o interesse da União e os interesses difusos e coletivos, quando então a Constituição Federal de 1988 criou a Advocacia Geral da União, com as suas respectivas extensões para os estados e os municípios, a fim de melhor tutelar os direitos que, não raras vezes, conflitavam com o interesse do próprio Estado. (MENDONÇA, 2021, p. 76-77).

*“Seja na atividade consultiva, com amparo nas quais as políticas públicas são concebidas, seja na atividade contenciosa, mediante um responsável e combativo trabalho nos*

*milhares de processos judiciais em que atua, a advocacia pública apresenta-se verdadeiramente como uma função essencial à Justiça.”* (MENDONÇA, 2021, p. 79).

Conforme expõe Felipe da Santa Cruz Oliveira Scaletsky, ao longo da história muitas vidas foram perdidas na tentativa de garantir os direitos mais fundamentais, razão pela qual nenhum direito está livre de sofrer diversas violações, razão pela qual “a atuação dos advogados e da OAB será sempre um atributo básico e fundamental em qualquer democracia” e, justamente por este motivo é que os advogados possuem uma série de garantias para o exercício da profissão, as quais também servem de garantia ao cidadão brasileiro e ao próprio Estado Democrático de Direito. (SCALETSKY, 2021, p. 84-86).

*“O exercício desimpedido da advocacia é um instrumento primordial para preservar o Estado Democrático de Direito, evitando o abandono deste e, conseqüentemente, o autoritarismo estatal. A valorização da advocacia implica, necessariamente, o fortalecimento da cidadania de acordo com a Constituição. Por meio do trabalho dos advogados, os cidadãos podem obter auxílio especializado para pleitear seus direitos e contrapor-se a quaisquer ameaças ou violações ao ordenamento jurídico.”* (SCALETSKY, 2021, p. 88).

Ainda no âmbito judicial, o advogado é indispensável ao acesso real do trabalhador à Justiça, principalmente diante da complexidade dos direitos, conforme exemplos expostos em linhas anteriores, quando muitas vezes o trabalhador sequer consegue identificar

uma violação. Portanto, o advogado se apresentada como o primeiro juiz da causa, sendo essencial à análise do direito e adoção da tutela jurídica mais adequada. (SCHIAVI, 2020, p. 55).

*“Na maior parte dos casos, a parte sem assistência de advogado na Justiça do Trabalho tem uma falsa ilusão de acesso à Justiça, quando, em verdade, está ingressando num mundo de regras e prazos rígidos, em que o desconhecimento do processo pode comprometer seriamente o direito de quem postula.”* (SCHIAVI, 2020, p. 55).

O entendimento consolidado pela jurisprudência trabalhista é justamente de que o advogado é dispensável na Justiça do Trabalho, conforme art. 791 da CLT, embora o Tribunal Superior do Trabalho (TST) tenha editado a Súmula nº 425, estabelecendo os limites do jus postulandi para as Varas do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho. (SCHIAVI, 2020, p. 55-56).

O fato é que a própria organização do Poder Judiciário com a criação de uma Justiça especializada em conflitos individuais relacionadas ao trabalho indica uma preocupação do legislador em relação a esse tema que é tão caro na sociedade. (GOMES, 2008, p. 125).

Por esta razão, não se pode dispensar a atuação do advogado nestas demandas, sob pena de colocar em risco o próprio direito fundamental tutelado de forma exponencial pelo Constituinte de 1988 e pelas legislações correlatas, especialmente porque, por exemplo:

*[...] as audiências trabalhistas são muito dinâmicas. A parte, salvo se tiver conhecimento jurídico, se não estiver assistida por advogado, não consegue compreender o procedimento, não tem segurança para aceitar propostas de conciliação e não consegue formular perguntas efetivas às testemunhas.* (SCHIAVI, 2020, p. 57).

Mas, é importante ressaltar que o papel do advogado não se restringe apenas à esfera judicial, tendo em vista a possibilidade de atuação, fiscalização e adequação das normas de forma extrajudicial, como é o caso da implementação do compliance trabalhista nas corporações.

Outro grande exemplo da função essencial do advogado na sociedade foi justamente no período da pandemia mundial do

coronavírus, em que o bem da vida estava sob ameaça constante, seja em razão do próprio vírus SARS-COV-2, seja em razão das próprias ingerências do poder público sobre o gerenciamento sanitário da crise.

*“Nesse cenário caótico, a advocacia brasileira recebe o chamado da sociedade civil para cumprir sua missão pública de pacificação social e de defesa dos mais oprimidos. Daqueles que não têm*

*condições de obedecer às medidas de isolamento social, que não têm seus rendimentos assegurados, pois não teriam outra forma de pagar o aluguel, comprar comida ou, até mesmo, garantir o mínimo de higiene exigido para o controle do contágio.”* (SCALETSKY, 2021, p. 92).

Tudo isso se deve porque a atividade do advogado não é apenas vinculada ao processo judicial, mas pode estar

relacionada ao atendimento de uma necessidade própria de um cliente ou atender a uma coletividade determinada ou indeterminada de pessoas, como é o caso da

implementação do sistema de compliance trabalhista, cuja atuação é massivamente extrajudicial, com serviço direcionado a um cliente, mas com repercussões para uma

coletividade determinada e indeterminada de pessoas, podendo causar até mesmo a diminuição da judicialização de questões trabalhistas.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício da advocacia trabalhista se mostra essencial como defesa da emancipação e garantia dos direitos sociais do trabalho que foram erigidos ao status de fundamental e constitucional após diversas lutas sociais e grande lapso de tempo na história.

Conforme já visto, são diversos as formas em que a advocacia pode intervir na sociedade em defesa desses direitos fundamentais, por meio da esfera judicial ou extrajudicial, razão pela qual é possível vislumbrar maior efetividade das normas constitucionais positivadas no Estado Democrático de Direito.

A constante evolução da sociedade exige a existência de uma advocacia combativa, seja para guerrear contra os regimes

totalitários, seja para defesa dos direitos das pessoas mais vulneráveis, situação que permite o avanço na proteção dos direitos existentes e a inclusão de novos direitos no seio social, como é o caso da visualização em contraste da importância da advocacia diante do cenário da crise pandêmica mundial, por exemplo.

Mas não é apenas diante de grandes crises que surge a relevância da advocacia, tendo em vista a sua essencialidade para assegurar o efetivo acesso à justiça pelos trabalhadores, para a implementação de programas de conformidade que evitam lesões aos direitos da classe operária, para promover o debate acerca de novas doenças relacionadas ao trabalho, como é o caso da Síndrome de Burnout tratada pela CID-11, dentre diversas outras maneiras de garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Dessa forma, pode-se dizer que, diante da enorme evolução social acerca da inclusão dos direitos trabalhistas como fundamentais na Constituição Federal de 1988, não seria possível efetivar e garantir o cumprimento das normas sociais do trabalho sem o exercício da advocacia trabalhista.

Nesse ínterim, foi possível observar a essencialidade da advocacia trabalhista na defesa dos direitos sociais do trabalho para a preservação do Estado Democrático de Direito e dignidade da pessoa humana, bem como a importância de uma justiça especializada em combater as violações desses direitos, possibilitando diversos mecanismos para a adequação e cumprimento desses direitos sociais do trabalho com status constitucional e fundamental.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.  
BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 15 de novembro de 2022.  
\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm)> Acesso em: 17 de novembro de 2022.  
DA SILVA, ENIO MORAES. *O Estado Democrático de Direito*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005, disponível em: <[chrome-extension://efaidnbmnnnibpcapjpcgclefindmkaj/https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/42/167/ri\\_v42\\_n167\\_p213.pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcapjpcgclefindmkaj/https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/42/167/ri_v42_n167_p213.pdf)> Acesso em: 15 de novembro de 2022.  
DIAS, Aline. *Evolução do conceito de acesso à justiça: o papel do advogado para além da representação em juízo*. In: *O Fim dos Advogados? Estudos em Homenagem ao Professor Richard Susskind*. Coord.: Bruno Feigelson, Daniel Becker, Giovani Ravagnani. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.  
DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.  
GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *A justiça especializada e a experiência da Justiça do Trabalho*. In: *O judiciário do nosso tempo; grandes nomes escrevem sobre o desafio de fazer justiça no Brasil*. Org.: Maria Tereza Sadek... [et al.] Rio de Janeiro: Globo Livros, 2021.  
MENDANHA, Marcos. *O que ninguém te contou sobre Burnout*. Leme-SP: Mizuno, 2022  
MENDONÇA, Grace. *Advocacia Pública no Brasil*. In: *O judiciário do nosso tempo; grandes nomes escrevem sobre o desafio de fazer justiça no Brasil*. Org.: Maria Tereza Sadek... [et al.] Rio de Janeiro: Globo Livros, 2021.  
PINHEIRO, Iuri. Silva, Fabrício Lima. *Manual do compliance trabalhista: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020.  
SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.  
SCALETSKY, Felipe de Santa Cruz Oliveira. *Advocacia e Justiça no Brasil*. In: *O judiciário do nosso tempo; grandes nomes escrevem sobre o desafio de fazer justiça no Brasil*. Org.: Maria Tereza Sadek... [et al.] Rio de Janeiro: Globo Livros, 2021.  
SCHIAVI, Mauro. *Manual didático de audiência trabalhista*. Salvador: JusPodivm, 2020.  
SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

# O impacto da internet e da lei geral de proteção de dados – LGPD para a advocacia



TIANA MAIA  
FERRAZ

## AUTORA

Advogada, graduada em Direito pela FAINOR – Faculdade Independente do Nordeste-2012; especialista em gerenciamento de projetos pela FGV/Rio-2017; pós graduada em Direito Digital pela EBRAD I-Escola Brasileira de Direito-2021; atual vice-presidente da Comissão de Ética da OAB subseção Vitória da Conquista/BA; membro da Comissão de Direito Digital e Tecnologia da OAB subseção Vitória da Conquista/BA) contato@tianaferaz.com.br

## RESUMO

Assim como todas as esferas sociais, econômicas e políticas tiveram impactos decorrentes do exponencial avanço da tecnologia, o Direito também sofreu influência desses avanços. Disso decorreu a necessidade de criar regramentos para que os dados pessoais que trafegam num volume exponencial através dos mecanismos tecnológicos e que são o ativo mais importante da chamada “Sociedade da Informação”, não fossem utilizados de modo aleatório e desrespeitoso. Vale destacar que os dados pessoais são uma extensão da personalidade humana e requerem meios que os assegurem. Por isso, acompanhando a tendência global, o Brasil tem desenvolvido leis que versam sobre a proteção de dados, em especial no exercício da advocacia, uma vez que tais leis, e as mudanças sociais a elas relacionadas, impactam na advocacia e estão relacionados não só com a relação advogado-cliente, mas, também, com a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

**Palavras-Chave:** LGPD; Advocacia; Sociedade de Informação; Proteção de Dados.

## INTRODUÇÃO

Que vivemos um novo momento econômico global não é novidade. Mas, nem todos sabem que esse momento é denominado de a “Quarta Revolução Industrial”, que, para Klaus Schwab (2019), produz mudanças de paradigma tanto nas relações de trabalho e comunicação, como nas múltiplas formas de expressões, informações ou diversões. Essas mudanças, inevitavelmente,

requerem medidas legais que garantam a integridade social e privada das sociedades (SCHWAB, 2019).

Um dos pontos que deve ser destacado nessa “Quarta Revolução Industrial” é o uso massivo de dados pessoais, razão pela qual as questões relacionadas a sua proteção estão cada vez mais presentes.

Os regramentos jurídicos que foram criados para tentar organizar o tratamento de dados pessoais alcançam também as condições de trabalho de advogados (as), afinal, a todo o tempo eles precisam lidar com dados pessoais para executar o seu labor. Vale salientar que esses provimentos legais não limitam a função do(a) advogado(a) na sociedade, mas levou a preocupações antes inexistentes ou consideradas pouco relevantes.

## O papel do advogado na sociedade democrática: defesa dos direitos e garantias fundamentais

Sempre que se fala do papel do(a) advogado(a) na sociedade costuma-se destacar o que está previsto no artigo 133 da Constituição Federal: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”. Somente na Carta Magna de 1988 é que o(a) advogado(a) teve a sua indispensabilidade reconhecida. Porém, muito além da sua importância à administração da justiça, o(a) advogado(a) possui a função e missão de contribuir para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e igual, e, acima de tudo, garantir o respeito

a direitos e garantias fundamentais, sobretudo à cidadania.

No ato solene de recebimento da Carteira da OAB durante o juramento previsto no Regimento Interno da OAB, o(a) advogado(a) promete “exercer a advocacia com dignidade e independência, observar a ética, os deveres e prerrogativas profissionais e defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático, os direitos humanos, a justiça social, a boa aplicação das leis, a rápida administração da justiça e o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas” (Art. 118, §1º).

A cultura jurídica no Brasil remonta ao século XIX, quando o país se tornou conhecido como o “país dos bacharéis”, considerando que os bacharéis em direito se destacavam no cenário social como intelectuais distintos pelo amplo conhecimento de saberes que detinham, não se limitando apenas ao jurídico. Um bacharel em Direito possuía também amplo conhecimento das esferas política, social e cultural, o que o tornava um profissional diferenciado e capaz de opinar e participar ativamente de importantes discussões e mudanças do país.

Isso contribuiu, no decorrer do tempo,

para participação do(a) advogado(a) individualmente ou institucionalmente através da OAB na promoção da justiça social, do Estado Democrático de Direito, da inovação e do aperfeiçoamento da cultura das instituições jurídicas e do país. A defesa de direitos e garantias fundamentais, e da democracia é encabeçada e defendida incansavelmente por advogados(as), especialmente nos autoritários e sombrios tempos de ditadura militar. Isto é, o(a) advogado(a) é um agente de transformação social.

A defesa pela sociedade mais justa e igualitária é corroborada no Código de Ética e Disciplina da OAB quando diz que “Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes” (Resolução 205-2015).

Logo, é inquestionável que o exercício da advocacia vai muito além de viabilizar os trâmites de um processo judicial e o acompanhamento das partes perante órgãos do judiciário, considerando a amplitude de contribuições que um advogado pode dar à sociedade ao

acompanhar, inclusive, as mudanças sociais, tecnológicas e culturais.

Com o advento da internet, especialmente a partir dos anos 2000, uma avalanche de inovações surgiu e colocou à prova direitos individuais e coletivos. Com isso, questões jurídicas relacionadas ao mundo digital e do uso da internet surgem e levam os(as) advogados(as) a buscarem novas medidas ou mesclar as existentes para verem garantidos os direitos e liberdades fundamentais.

Diante desse cenário a sociedade se vê invadida diariamente com novidades e o ordenamento jurídico não consegue acompanhá-las na mesma velocidade. Especialmente os direitos à privacidade e à proteção de dados passaram a ficar mais vulneráveis, afinal os ativos mais importantes desse momento social são os dados pessoais.

Todavia, com a criação do Marco Civil da Internet (Lei 12.965-2014), da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709-2018) e da transformação em cláusula pétrea do Direito à proteção de dados em direito constitucionalmente garantido explicitamente no art. 5º, LXXIX, a sociedade passou a ter esses direitos mais bem protegidos.

Ante essas atualizações, corroboramos

o questionamento feito por Hélio Gomes Coelho Júnior, Carlos Eduardo Behrman Rátis Martins e Gilberto Lopes Teixeira “Há uma nova Advocacia? Ou um simples movimento de adaptação pelo ingresso no seu cotidiano de novas tecnologias?” (JÚNIOR, 2019/2020 – pg 14)

As ditas “novas tecnologias” têm sido adotadas para facilitar e atualizar o atendimento dos clientes, mas também melhorar o desenvolvimento dos trabalhos e, até mesmo, prosperar. Para Bernardo de Azevedo, ao analisar o relatório The Wolters Kluwer Future Ready Lawyer 2022, “ano após ano, a tecnologia continuará sendo um diferencial crítico para atuação no setor jurídico. A importância da tecnologia está aumentando em escritórios de advocacia e em departamentos jurídicos, sendo um fator crítico na realização das atividades” (AZEVEDO, 2022). Com isso, é inegável a preocupação da advocacia e das sociedades de advogados(as) em adotar tecnologias que se coadunem com preceitos de sigilo, confidencialidade e a proteção dos dados que circularem por elas.

É nesse sentido que a partir da LGPD os questionamentos de o que se faz com os dados pessoais, quem tem acesso, como são armazenados e com quem são compartilhados passam a fazer parte da rotina e relações dos escritórios de advocacia.

## Como a lei geral de proteção de dados afeta o exercício da advocacia: obrigações e responsabilidades

Quem ainda pensa que advogado(a) autônomo(a) e sociedade de advogados(as) não precisa implementar a LGPD aos seus processos, está enganado! No artigo inaugural da Lei, dispõe que “Esta Lei dispõe sobre o

tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e

o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.” (Art. 1º - grifo nosso)

Isto é, como afirma Viviane Maldonado:



*[...] o legislador alocou como agentes de tratamento as pessoas naturais, bem como as pessoas jurídicas de direito privado e público. Todos, portanto, devem observar o conjunto normativo previsto na LGPD, à exceção das hipóteses expressamente elencadas no art. 4º da Lei, dispositivo que afasta a aplicação à pessoa natural quando o tratamento for realizado para fins exclusivamente particulares e não econômicos [...] (MALDONADO, 2021, pg 17)*

Dado pessoal é toda a informação que identifica ou possa identificar um indivíduo, seja ele agrupado na categoria de dado “comum” ou dado sensível, sendo este último o que possa provocar algum tipo

de discriminação a seu verdadeiro dono: o titular de dados pessoais-toda pessoa nacional ou estrangeira que tenha suas informações tratadas por algum dos agentes descritos no artigo 1º da Lei.

Ademais, no artigo 3º, II da LGPD, encontramos a definição de a qual tipo de tratamento de dados incide os regramentos da lei, quando define que:



*Art. 3º Esta Lei se aplica a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que: (...)*

*II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional*

Logo, é inegável que a LGPD recai sobre todo e qualquer tratamento de dados pessoais, inclusive aqueles praticados pela advocacia ou quem o faça em seu nome quando do exercício da sua prestação de serviços.

A proteção alcança tanto os dados tratados tanto nos contextos digitais quanto no físico. A grande questão que passa a surgir é de que forma esses dados são tratados e quais os cuidados empregados a eles durante todo o ciclo de vida útil. Isto é, o que e por quem é feito o tratamento dos dados dos clientes, funcionários e, até mesmo, outros advogados que tenham algum tipo de relação com o

escritório.

O fato de a LGPD, uma Lei essencialmente conceitual, determinar a adoção de medidas de proteção de dados, não quer dizer que exista uma receita ou metodologia específica para seguir e daí poder dizer estar adequado. Cada realidade requer uma estratégia e rotinas diferentes para se conquistar uma proteção de dados eficiente. A análise é feita a partir do caso concreto.

Muito mais do que elaborar documentos que criam evidências formais de adequação do escritório, é preciso que na prática as atividades

sejam compatíveis com a proteção de dados. Para tanto, rodadas de conscientização e treinamento devem acontecer no escritório, com todos os envolvidos na operação, para que a proteção não seja apenas um discurso, mas, permeie efetivamente o cotidiano do exercício da advocacia.

Algumas medidas documentais e técnicas de modo exemplificativo podem ser adotados pela advocacia, tal como sugerido pelas Comissões de Direito Digital e a Especial de Privacidade e Proteção de Dados da subseção de Campinas-SP (OAB Campinas/SP, 2021):



*Criação de política de privacidade, de segurança da informação e de retenção e descarte de dados;*

*Revisão de cláusulas contratuais com funcionários, advogados parceiros e clientes; Adoção de backup dos dados digitais; se o escritório tiver um site, divulgar a política de privacidade, de cookies e os termos de uso da aplicação; e, implementar medidas de segurança da informação através de ferramentas de segurança e computacionais reconhecidamente seguras.*

A preocupação com os dados pessoais deve sempre se pautar em utilizá-los de boa-fé, para as finalidades e com a qualidade a que se destinam, sem que haja qualquer tipo de discriminação, de forma adequada e necessária, garantidos ao titular de dados a transparência e livre acesso. Não se pode olvidar do emprego da prevenção, segurança e de que todo tratamento dos dados será de responsabilidade daquele a quem o titular permitiu o uso, o qual, se preciso for, responderá pelo uso dos dados.

Cabe ao escritório adotar as medidas técnicas e administrativas que estiverem ao seu alcance para inibir ou mitigar ao máximo possível o acontecimento de um incidente de dados, isto é, como preconizado no art. 6º,

VII da LGPD “acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão”

Em havendo algum tipo de incidente de dados, assim como aplicável a empresas e outros profissionais, o advogado(a) estará sujeito à imputação de sanções administrativas que variam desde a imputação de uma advertência, passando pela publicização da infração apurada e confirmada até a imputação de multa de 2% do faturamento no seu último exercício (excluído os tributos) até R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração, considerando a gravidade, a magnitude do ocorrido e os esforços empregados e demonstrados para conter e mitigar o problema.

Cabe ressaltar que, ainda que seja atribuída uma sanção administrativa, nada impede que o titular de dados pessoal que tenha sofrido algum tipo de incidente busque reparação judicial e o escritório seja responsabilizado pelo ocorrido.

Talvez, muito mais do que se preocupar com o aspecto financeiro da sanção, um fator relevante a ser considerado é o reflexo reputacional. Isto é, ao dar publicidade sobre a ocorrência de um incidente de dados, um escritório pode ter a sua reputação abalada e provocar um estremecimento com a carteira de clientes atual ou mesmo espantar novos clientes, afinal pode gerar uma desconfiança no tocante à segurança no trato com o referido escritório.

## **Desafios para a proteção de dados no contexto da advocacia: confidencialidade, privacidade e sigilo profissional**

Muito se confunde a privacidade com a proteção de dados. Mas, Viviane Maldonado explica, de forma brilhante, que “(...) a proteção dos dados pessoais é uma das facetas do conceito maior de privacidade que brotou e floresceu por decorrência do desenvolvimento

tecnológico ocorrido nas últimas décadas”. (MALDONADO, 2021 – pg 13)

Com o passar do tempo, surgiram diversos instrumentos legais que timidamente previam a proteção da privacidade. Porém, com avanço

da tecnologia, especialmente em decorrência do uso massivo da internet, nas últimas duas décadas a previsão legal, especialmente na Europa, aumentou para tentar estabelecer algumas regras ao novo “sistema”.



*Essa trajetória ensejou que a proteção de dados pessoais tenha se estabelecido como direito autônomo e desvinculado de seu antecedente, tal seja o da própria privacidade, que subsiste preservado para todas aquelas hipóteses em que não ocorra o tratamento de dados, em sentido técnico. (MALDONADO, 2021 – pg 14)*

Ao passo que as discussões acerca da privacidade estejam em evidência nos últimos tempos, de trato altamente digital é inegável que seja imprescindível a observância do sigilo e da

confidencialidade nas relações entre cliente e advogado. Por isso, o dever dos escritórios de adotar mecanismos de segurança para garantir esses dois deveres do advogado.

O sigilo e a confidencialidade são inerentes da advocacia, tal como preconizado no Código de Ética e Disciplina da OAB:



*Art. 35. O advogado tem o dever de guardar sigilo dos fatos de que tome conhecimento no exercício da profissão. Parágrafo único. O sigilo profissional abrange os fatos de que o advogado tenha tido conhecimento em virtude de funções desempenhadas na Ordem dos Advogados do Brasil.*

*Art. 36. O sigilo profissional é de ordem pública, independentemente de solicitação de reserva que lhe seja feita pelo cliente*

Ou seja, as coisas que acontecem e são informadas no cerne de uma relação cliente e advogado(a) devem manter-se sob sigilo e a mais ninguém deve ser informado, devendo permanecer confidenciais e invioláveis, afinal se trata de uma relação de extrema confiança e cabe somente às partes conhecer.

Sigilo, confidencialidade e privacidade são inerentes da advocacia e intimamente

relacionados à profissão. O escritório de advocacia acaba se tornando um guardião das informações pessoais levadas a ele para a prestação do seu serviço, seja em relação a um cliente, seja em relação a seus funcionários, prestadores de serviços e estagiários. Por isso, a ideia é que as informações não sejam vazadas e nem mesmo que terceiros não autorizados tenham acesso a elas. A ocorrência de

qualquer incidente de segurança de dados pessoais em um escritório de advocacia, seja em ambiente físico ou digital, viola de uma só vez o sigilo, a confidencialidade e a privacidade.

E, para resguardar essa tríade (sigilo, confidencialidade e privacidade) no ambiente virtual, algumas medidas podem ser adotadas, tais como:



*orientar a equipe a trocar informações e documentos somente através de plataformas consideradas verdadeiramente seguras; ativar e configurar bem serviços de antivírus em computadores; adotar firewall, como guardião das portas de entrada da rede externa aos computadores, configurar bem e monitorá-lo constantemente; adotar senhas de acesso a sistemas e arquivos que sejam fortes e seguras, isto é, que possuam pelo menos 8 letras, caracteres e números; não compartilhar senhas de acesso, afinal elas devem ser de uso pessoal e não compartilháveis; armazenar informações em papel em locais seguros, de acesso dificultado e somente para pessoas restritamente autorizadas e somente a quem precise acessá-las; e descartar os dados físicos e digitais tornando-os inacessíveis e irre recuperáveis.*

É certo que não existe segurança 100% e risco zero quando falamos de segurança de dados pessoais. Todavia, certamente, se essas medidas descritas acima forem observadas, a possibilidade de ocorrência de algum incidente

de dados é bastante reduzida e os direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas cujos dados estejam sendo tratados serão resguardados. Afinal, a proteção de dados, e de certo modo o sigilo e a confidencialidade das

relações advocatícias é, acima de proteger os dados e informações em si, “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.”

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com os novos paradigmas trazidos pela “Quarta revolução industrial” muita coisa na sociedade mudou. Mas, o papel da advocacia permanece basilar para a garantia do Estado Democrático de Direito e defesa de direitos e garantias constitucionais. O(a) advogado(a) mais do que nunca, exerce um papel de equilíbrio social.

O uso de ferramentas digitais, o reconhecimento

da proteção de dados pessoais como cláusula pétrea da Constituição Federal, a criação de leis que regulamentam o uso de ferramentas digitais, tratamento, divulgação e compartilhamento de dados, em especial a LGPD, provocam adaptações para que até mesmo os advogados cuidem e zelem pelos dados pessoais das pessoas naturais com que tenham relações profissionais.

A proteção de dados pessoais está intimamente ligada à privacidade, ao sigilo e à confidencialidade, inerentes ao exercício da profissão. Contudo, não basta a proteção teórica, é necessário, especialmente, a efetividade. Por essa razão, proteger os dados pessoais dos clientes deve ser uma prática rotineira, respaldada por evidências e demonstrações contundentes dessa proteção.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Bernardo de. **Os clientes estão exigindo que advogados usem tecnologia.** Bernardo de Azevedo, 2022. Disponível em: <<https://bernardodeazevedo.com/conteudos/os-clientes-estao-exigindo-que-advogados-usem-tecnologia/>>. Acesso em: 13 de mar. de 2023

BLUM, Jean Helena. A função do advogado perante a sociedade e aspecto sui generis do seu mandato. **Teoria do conhecimento, epistemologia e filosofia do direito** – Ponta Grossa - PR: Atena, 2020. Formato: PDF. Disponível em <https://www.atenaeditora.com.br/catalogo/post/a-funcao-do-advogado-perante-a-sociedade-e-aspecto-sui-generis-do-seu-mandato>. Acesso em 14.mar.2023

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709,** de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em 10. mar. 2023

BRASIL. **Lei 8.906,** de 4 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.906%2C%20DE%20A%20JULHO%20DE%201994.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20da%20Ordem%20dos%20Advogados%20do%20Brasil%20\(OAB\)](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.906%2C%20DE%20A%20JULHO%20DE%201994.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20da%20Ordem%20dos%20Advogados%20do%20Brasil%20(OAB).). Acesso em: 13. Mar. 2023

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. **Resolução n. 02,** de 19 de outubro de 2015. Diário Oficial da União: Brasília, 2015. Disponível em <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbrirPDF?LivroId=000004085>. Acesso em: 11. Mar. 2023

JÚNIOR, Hélio Gomes Coelho; MARTINS, Carlos Eduardo Behrman Rátis; TEIXEIRA, Gilberto Lopes (Orgs). **COLÉGIO DE PRESIDENTES DOS INSTITUTOS DOS ADVOGADOS DO BRASIL. A nova advocacia.** [S.l.: s.n]. 1ª edição 2019/2020. Disponível em: [https://colegiodesidentes.org.br/wp-content/uploads/2021/01/A-nova-advocacia\\_impressa%CC%83o\\_revisado.pdf](https://colegiodesidentes.org.br/wp-content/uploads/2021/01/A-nova-advocacia_impressa%CC%83o_revisado.pdf). Acessado em: 12. Mar 23

LIMA, Vinicius Albuquerque. **A Lei nº 13.709/18** (Lei Geral de Proteção aos Dados Pessoais – LGPD) e sua relação com a advocacia: O advogado e seus deveres quanto ao tratamento dos dados pessoais. Jus.com.br, 01 nov. 2021 Disponível em: [\[dados-pessoais-lgpd-e-sua-relacao-com-a-advocacia-o-advogado-e-seus-deveres-quanto-ao-tratamento-dos-dados-pessoais\]\(https://jus.com.br/artigos/94515/a-lei-n-13-709-18-lei-geral-de-protecao-aos-dados-pessoais-lgpd-e-sua-relacao-com-a-advocacia-o-advogado-e-seus-deveres-quanto-ao-tratamento-dos-dados-pessoais\). Acesso em: 14 mar. 2023

LANCASTER, Vitor. \*\*A Proteção do Sigilo Profissional do Advogado no Mundo Digital.\*\* Jusbrasil. 29 out. 2019. Disponível em: <https://vitorlancaaster.jusbrasil.com.br/artigos/774246177/a-protecao-do-sigilo-profissional-do-advogado-no-mundo-digital>. Acesso em: 14 mar. 2023.

MALDONADO, Viviane Nóbrega \(Coord.\). \*\*LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais:\*\* Manual de Implementação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO BAHIA. \*\*Regimento Interno da OAB-BA.\*\* 23 abr. 2010. Diário do Poder Judiciário: Salvador, 2010. Disponível em: <https://www.oab-ba.org.br/downloads/regimento-interno.pdf>. Acesso em: 14 mar.2023

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SUBSEÇÃO CAMPINAS, SP \*\*Guia da LGPD aplicada aos escritórios de advocacia.\*\* Disponível em: \[https://oabcampinas.org.br/wp-content/uploads/2021/12/Guia-LGPD\\\_Advocacia.pdf\]\(https://oabcampinas.org.br/wp-content/uploads/2021/12/Guia-LGPD\_Advocacia.pdf\) Acesso em 13. Mar. 23

OAB-MS Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Mato Grosso do Sul. \*\*LGPD - O QUE É OBRIGATÓRIO SABER para escritórios de Advogados,\*\* OAB-MS. - Campo Grande, MS: Life Editora, 2022. Disponível em: <https://oabms.org.br/wp-content/uploads/2022/08/LGPD-EBOOK-ESCRITORIOS.pdf>. Acesso em 13. Mar. 23

RIBEIRO, Gustavo Ferreira. Considerações sobre uma nova epistemologia jurídica na sociedade da informação. \*\*Teoria do conhecimento, epistemologia e filosofia do direito\*\* / – Ponta Grossa - PR: Atena, 2020. Formato: PDF Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/catalogo/post/consideracoes-sobre-uma-nova-epistemologia-juridica-na-sociedade-da-informacao>. Acesso em 14 mar. 2023

SARLET, I. W. \*\*Proteção de dados pessoais como direito fundamental na constituição federal brasileira de 1988:\*\* contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, \[S. l.\], v. 14, n. 42, p. 179–218, 2020. DOI: 10.30899/dtj.v14i42.875. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/875>. Acesso em: 15 mar. 2023.

SCHWAB, Klaus. \*\*A quarta revolução industrial.\*\* Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019 Ebook Disponível em: \[https://play.google.com/books/reader?id=XZSWDwAAQBAJ&pg=GBS.PT4&hl=pt\\\_BR\]\(https://play.google.com/books/reader?id=XZSWDwAAQBAJ&pg=GBS.PT4&hl=pt\_BR\). Acesso em: 15 mar. 2023](https://jus.com.br/artigos/94515/a-lei-n-13-709-18-lei-geral-de-protecao-aos-</a></p></div><div data-bbox=)

# O desagravo público como prerrogativa essencial da advocacia



EVÂNIO MOURA

## AUTOR

Doutor em Direito Penal – PUCSP. Mestre em Processo Penal - PUCSP Pós-Graduado em Direito Penal Econômico - Ibccrim/ Universidade de Coimbra, Filosofia PUC/RS e Direito Constitucional UFS. Professor de Direito Penal da graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito 8 de Julho. Advogado inscrito na OAB/SE e OAB/BA. Membro da Comissão Nacional de Defesa das Prerrogativas e Valorização da Advocacia do Conselho Federal da OAB (2022/2024). Ex-Conselheiro Federal da OAB (2013/2015) e ex-Secretário-Geral da OAB/SE (2010/2012). Procurador do Estado de Sergipe e autor das obras jurídicas *Corrupção Eleitoral e Processo Penal Eleitoral: crimes eleitorais, jurisdição e competência*, 2ª edição, publicadas pela editora Juruá. E-mail: evanio@evaniomoura.adv.br. Fone: (79) 3222-6586. Link lattes: [https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG\\_MENU.menu?f\\_cod=6E00C68859816999B1F269F74B5C4A97](https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=6E00C68859816999B1F269F74B5C4A97).

## RESUMO

O presente artigo faz uma análise do desagravo público enquanto direito essencial do advogado(a), constituindo-se em prerrogativa indispensável para o livre exercício profissional da advocacia (art. 7º, XVII e § 5º da Lei nº. 8.906/94) servindo para responsabilizar agentes públicos que desbordem de seus compromissos legais e éticos, configurando eficiente mecanismo apto a recompor a dignidade profissional quando ofendida por palavras, ações e gestos praticados por qualquer autoridade que opte por agredir advogado(a) que deve desempenhar seu mister de forma desembaraçada e independente, sendo respeitado e tratado com a dignidade que a advocacia merece.

*Palavras-Chave:* Desagravo público. Prerrogativa. Advocacia.

## O conceito de prerrogativa profissional

Liberdade plena e independência são as duas principais ferramentas do advogado(a) no exercício de sua labuta diária na defesa dos interesses da sociedade como verdadeiro agente transformador e essencial à administração da justiça.

A indispensabilidade do advogado(a) decorre de preceito constitucional agasalhado no art. 133 da Lex Mater, devendo referido profissional se insurgir sempre que se encontrar diante de agressões à ordem democrática, aos direitos humanos, aos princípios republicanos e comezinhos do estado de direito, além de dispor de mecanismos

para que desempenhe sua atividade profissional sem qualquer embaraço, peia ou restrição, independentemente do receio de desagradar quem quer que seja (art. 7º, I, do Estatuto da Advocacia e da OAB).

Em seu mister profissional não raro o advogado(a) se depara com situações de abuso, sendo obrigado para livremente desempenhar seu múnus público a arrostar os detentores do poder e ocupantes de cargos relevantes, tornando-se necessário relembrar a referidas autoridades acerca da inexistência de qualquer hierarquia ou subordinação entre advogados, membros

do ministério público, magistrados, delegados de polícia ou qualquer outro agente do estado (art. 6º, Lei nº. 8.906/94).

Não por outro motivo, todo regime autoritário ou mesmo regime democrático que conta com autoridades que teimam em desbordar de seus limites funcionais, sempre enxergam o advogado(a) como um empecilho, um estorvo, como alguém a ser neutralizado.

Debruçando-se sobre o papel da advocacia no enfrentamento do arbítrio, assim se posiciona a doutrina:



*A advocacia não é apenas uma profissão, é também um múnus e ‘uma árdua fátiga posta a serviço da justiça’, como servidor ou auxiliar da Justiça. É um dos elementos da administração democrática da Justiça. Por isso, sempre mereceu o ódio e a ameaça dos poderosos. Frederico o Grande, que chamava os advogados de ‘sanguessugas e venenosos répteis’, prometia ‘enforcar sem piedade nem contemplação de qualquer espécie’ aquele que viesse pedir graça ou indulto para um soldado, enquanto Napoleão ameaçava ‘cortar a língua a todo advogado que a utilizasse contra o governo’. Bem sabem os ditadores reais ou potenciais que os advogados, como disse Calamandrei, são ‘as supersensíveis antenas da justiça’. E esta está sempre do lado contrário de onde se situa o autoritarismo (SILVA, 2009, p. 596).*

Essa postura de combate ao autoritarismo e as arbitrariedades se afigura como inerente ao pleno e livre exercício profissional, sendo que somente poderá

ser adotada com absoluta independência se for assegurado ao advogado um plexo de prerrogativas, que nunca podem ser confundidas com privilégios.

Acerca das prerrogativas do advogado(a), que postula em juízo não em seu nome, mas no nome de seu constituinte, colhe-se da doutrina relevante ensinamento:



*As prerrogativas dos Advogados não são nossas prerrogativas, de nós advogados. Porque existem as prerrogativas dos Advogados? Elas existem porque são prerrogativas da sociedade, são prerrogativas do cidadão frente ao Estado, para que se estabeleça minimamente uma composição de forças entre o Estado acusador, o Estado investigante e o indivíduo suspeito, submetido a constrangimentos. (...)*

*Nós advogados, o que somos? Somos aqueles que pleiteamos. Há uma expressão antiga que os advogados muitas vezes usavam e às vezes hoje ainda usam: nós somos os representantes dos suplicantes. Nós somos humildes e ao mesmo tempo altivos, e é esta combinação que caracteriza o advogado. Nós temos a humildade de nos submetemos à autoridade, de chamarmos a autoridade de excelência, de fazermos ver à autoridade que ela é a autoridade, mas o fazermos para que autoridade tenha, do alto de sua posição, a condescendência de ouvir o suplicante. (...). Nós somos operários, nós somos trabalhadores da justiça, nós queremos trabalhar, não queremos ser obstaculizados, com impedimentos de acesso aos autos e à verdade (REALE JÚNIOR, 2004, p. 21-27).*

As prerrogativas da advocacia não pertencem ao advogado(a) em particular e sim à sociedade, configurando direitos difusos de toda a classe dos advogados, inerentes ao Estado Democrático de Direito e desdobramento do próprio conceito de cidadania.

advogados, as prerrogativas nada mais são do que direitos-deveres conferidos ao advogado(a) para que este preste seus serviços de maneira livre e independente, sem qualquer submissão.

disposição do advogado(a) para que o exercício de seu ofício seja, acima de tudo, digno.

Longe de serem privilégios dos

As prerrogativas apresentam-se como verdadeiras ferramentas postas à

Nesse contexto surge o desagravo como direito essencial do advogado(a) que deve ser sempre utilizado quando praticada qualquer ofensa no seu exercício profissional.

## O direito ao desagravo e sua importância para a advocacia

Pode-se definir o desagravo público como um procedimento formal que tem o objetivo de registrar o repúdio da classe dos advogados e da própria OAB, vergastando ofensa proferida por qualquer autoridade contra o advogado(a) no exercício da profissão.

fundamental do advogado(a), o de ser desagravado quando ofendido no desempenho de seu mister. Deve o desagravo ser público, com emissão de nota de desagravo e comunicação expressa a autoridade que praticou a ofensa, adotando-se, quando for o caso, as providências cabíveis para a

responsabilização cível, criminal (inclusive pela prática de eventual crime de abuso de autoridade previsto na Lei nº. 13868/19) e administrativa, do agressor.

Consiste, portanto, em um direito

Assegura o art. 7º, incisos I e XVII, § 5º do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº. 8.906/94):



*Art. 7º São direitos do advogado:*

*I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;*

*II a XVI – Omissis;*

*XVII - ser publicamente desagravado, quando ofendido no exercício da profissão ou em razão dela;*

*§ 5º No caso de ofensa a inscrito na OAB, no exercício da profissão ou de cargo ou função de órgão da OAB, o conselho competente deve promover o desagravo público do ofendido, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que incorrer o infrator.*

Portanto, todas as vezes que o advogado(a) for agredido, faz jus ao desagravo como forma de restabelecer

a verdade e espancar as ofensas e aleivosias assacadas no legítimo exercício profissional.

Acerca do desagravo público como prerrogativa essencial, afirma a melhor doutrina, verbis:



*À ofensa recebida pelo advogado, por motivo relacionado ao exercício profissional, legal e eticamente regular, além das implicações penais, civis e disciplinares cabíveis, rebate-se com o desagravo público. Esse procedimento peculiar e formal tem por fito tornar pública a solidariedade da classe ao colega ofendido, mediante ato da OAB, e o repúdio coletivo ao ofensor (LÔBO, 2020, p. 109).*

Repise-se que as prerrogativas da advocacia não pertencem ao advogado em particular, e sim, à sociedade, como expressão máxima da cidadania, servindo o desagravo para restabelecer a ordem violada.

Infelizmente existem àqueles que, com um ranço autoritário, teimam em desobedecer às prerrogativas dos advogados, tentando intimidá-los ou desacreditá-los, não raro buscando ofender o profissional com argumentos ad hominem, desbordando da

adequada e civilizada discussão jurídica que deve permear o debate no âmbito de qualquer processo judicial ou administrativo.

No dizer de ilustre comentarista da matéria, ad litteram:



*A verdade é que, devido à natureza do trabalho do advogado, à sua combatividade, com clara e inescandível tendência, na luta pelos direitos da sociedade, ele é o profissional que mais sofre as censuras e arbitrariedades de todo gênero (DINIZ, 2005, p. 155).*

O desagravo é, portanto, um processo de natureza político-institucional que busca restabelecer e restaurar a dignidade da advocacia quando

ofendida.

Debruçando-se sobre o temário, o colendo Conselho Federal da Ordem dos

Advogados do Brasil ao recomendar o desagravo público como mecanismo apto a restabelecer a dignidade da advocacia, assim se posiciona:



*RECURSO N. 49.0000.2015.007367-3/PCA. Recte: Karla Cecília Luciano Pinto OAB/ES 3442 (Adv.: Marcos Vervloet Dessaune OAB/ES 15399). Interessados: Conselho Seccional da OAB/Espírito Santo e Flávio Jabour Moulin - Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Adv.: Leandro Leão Hoche Ximenes OAB/ES 18911). Relator: Conselheiro Federal Lúcio Teixeira dos Santos (RN). Ementa n. 107/2015/PCA. Desagravo público. Concessão indeclinável à proteção e garantia do advogado e da advocacia. Magistrado que irroga ofensas ao advogado - valendo-se de “falso perfil” e sob o manto do anonimato - e magistrado que deita opinião sobre a sua vida pessoal e insinua sobre as suas relações profissionais, praticam grave ofensa. Recurso provido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em acolher o voto do relator, parte integrante deste, conhecendo e dando provimento ao recurso. Brasília, 20 de outubro de 2015. José Danilo Correia Mota, Presidente em exercício. Lúcio Teixeira dos Santos, Relator. (DOU, S.1, 15.12.2015, p. 249)*

*RECURSO N. 49.0000.2015.009037-5/PCA. Recte: Dom Paulo Sérgio Machado - Bispo Diocesano de São Carlos/SP (Adv.: Fernando Passos OAB/SP 108019). Recdo: Jacqueline Angele Didier OAB/SP 83397. Interessado: Conselho Seccional da OAB/São Paulo. Relator: Conselheiro Federal Edilson Oliveira e Silva (PA). Ementa n. 123/2015/PCA. Desagravo Público. Direito do advogado quando ofendido no exercício da profissão ou em razão dela. “De advogados de porta de cadeia o mundo anda cheio é melhor que estudassem um pouquinho mais para não manifestar tanta burrice”, lançadas pelo próprio réu em resposta a quesitos de notificação judicial, constitui ofensa ao advogado do notificante, no exercício da profissão ou em razão dela. O advogado se confunde com o cliente cujos interesses patrocina. Recurso não conhecido. Ilegitimidade da parte recorrente. Mantida a decisão recorrida. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em acolher o voto do Relator, parte integrante deste, não conhecendo do recurso. Brasília, 30 de novembro de 2015. Cláudio Pereira de Souza Neto, Presidente. Edilson Oliveira e Silva, Relator. (DOU, S.1, 15.12.2015, p. 250)*

Dessarte, tem-se o desagravo público como um instrumento essencial de defesa da profissão do advogado, reparando as ofensas sofridas pelos causídicos em razão do exercício profissional, nos termos do contido no art. 7º, XVII do EAOAB<sup>29</sup> e no art. 18 do Regulamento Geral do Estatuto da OAB<sup>30</sup>.

Pode-se afirmar que o desagravo do advogado(a) ofendido se constitui em verdadeiro “instrumento de garantia da dignidade profissional” (RAMOS, 2013, p. 118).

Não remanesce o menor laivo de dúvida de que a Ordem dos Advogados do Brasil deve ficar atenta, de atalaia, de prontidão e todas as vezes que um advogado(a) for agredido(a) no desempenho de seu múnus, quer em atuação judicial ou administrativa, quer ainda perante qualquer repartição pública integrante dos três poderes (inclusive quando ofendido no âmbito de processos com tramitação no parlamento, a exemplo de Comissões Parlamentares de Inquérito), deve-se assegurar o desagravo público.

Consigne-se que ordinariamente o desagravo é da competência do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil em que foi praticada a ofensa (art. 18 do Regulamento Geral da EAOAB), podendo em casos específicos ser deflagrado no âmbito do Conselho Federal (art. 19 do Regulamento Geral do EAOAB – Lei nº. 8.906/94).

Ao comentar o Estatuto da Advocacia e se debruçar sobre a competência da OAB para apreciar o pedido de desagravo, assim leciona a doutrina:

<sup>29</sup> Art. 7º São direitos do advogado: I a XVI – Omissis; XVII - ser publicamente desagravado, quando ofendido no exercício da profissão ou em razão dela.

<sup>30</sup> Art. 18. O inscrito na OAB, quando ofendido comprovadamente em razão do exercício profissional ou de cargo ou

função da OAB, tem direito ao desagravo público promovido pelo Conselho competente, de ofício, a seu pedido ou de qualquer pessoa.



*O desagravo é processado, e decidido, pelo Conselho Seccional em cuja jurisdição se verificou a ofensa. Em se tratando de Conselheiro Federal, ou Presidente de Seccional, a competência para promover o desagravo passa a esfera do Conselho Federal. Também deste é a competência, quando o fato importe em relevante e grave violação às prerrogativas profissionais e tenha repercussão nacional (RAMOS, 2013, p. 119).*

Tem-se no desagravo, portanto, uma poderosa ferramenta de proteção à advocacia, sendo que o seu uso adequado, refutando e repudiando as graves ofensas suportadas diariamente pelos advogados nas salas de audiência, nos fóruns e tribunais brasileiros, nas delegacias de polícia, quartéis e repartições públicas, constitui defesa da dignidade profissional e importante mecanismo para assegurar a independência e liberdade do advogado(a).

Por fim, importante registrar que autoridade que viola prerrogativa profissional não raro

adota postura indigna, devendo a sessão de desagravo, sempre que possível, observar a incidência do Provimento nº. 179/2018 do Conselho Federal da OAB e, em sendo julgado procedente o desagravo, a depender do tipo de ofensa praticada pela autoridade, deve a mesma ter seu nome incluindo no Registro Nacional de Violações das Prerrogativas (RNVP).

Acaso essa autoridade que ofende prerrogativa da advocacia se aposente ou deixe o cargo público anteriormente ocupado e venha a requerer sua inscrição na OAB, tem-se um fundamento para rejeitar o pedido de inscrição,

considerando-a inidônea para se habilitar como advogado(a), nos termos do contido no art. 8º, VI, da Lei nº. 8.906/94.

Quem não respeita à advocacia quando atua como magistrado, promotor, delegado, policial, dentre outras funções relevantes, não merece ser inscrito como advogado(a) quando deixar de ocupar referidos cargos. Essa providência deve ser massificada nas hipóteses de desagravo, apontando claramente para a defesa institucional do advogado(a), notadamente quando a ofensa praticada demonstre menosprezo a advocacia e as suas prerrogativas profissionais.

## CONCLUSÕES

Ao fim e ao cabo deste breve ensaio jurídico que busca conceituar e enaltecer o desagravo, direito fundamental do advogado(a), apresentam-se as seguintes conclusões:

01. O desagravo público realizado pela OAB em favor do advogado(a) que foi ofendido no exercício profissional consiste em uma prerrogativa essencial, atuando como mecanismo apto a restabelecer a dignidade da advocacia;

02. As prerrogativas do advogado(a) consistem em garantias fundamentais e inerentes ao livre exercício profissional, afigurando-se como mecanismos de defesa da cidadania, não podendo ser confundidas com privilégios.

03. O desagravo poderá ser instaurado de ofício pela OAB ou a pedido do advogado(a) ofendido, devendo tramitar no Conselho Seccional em que fora praticada a agressão às prerrogativas profissionais ou em casos específicos, inclusive quando a ofensa tiver repercussão nacional, perante o Conselho Federal da OAB.



04. O desagravo também pode determinar a adoção de providências em desfavor da autoridade que praticou a ofensa, inclusive na hipótese em que a agressão às prerrogativas configure o crime de abuso de autoridade (art. 43 da lei nº. 13.869/2019 – “violar direito ou prerrogativa do advogado”), deve-se adotar as providências no escopo de apurar a infração penal e responsabilizar o agressor.

05. Por fim, a sessão de desagravo a ser realizada pelo Conselho Seccional ou Federal

da OAB, a depender do caso concreto, deve ser ampla e reparadora, restabelecendo a dignidade do profissional que foi ofendido, atentando a OAB para a possibilidade de incluir a autoridade que praticou a ofensa no Registro Nacional de Violações das Prerrogativas (RNVP), surtindo futuras consequências em desfavor de referido agressor, inclusive sendo possível o veto a um futuro pedido de inscrição na OAB, apontando-se a existência de inidoneidade moral (art. 8º, VI, da Lei nº. 8.906/94) da ex-autoridade que não respeita o advogado(a) e advocacia.

## REFERÊNCIAS

DINIZ, Carlos Roberto Faleiros. *Notas sobre o desagravo público*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Vol. 29, Dez-Jan 2005.  
LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.  
RAMOS, Gisela Gondin. *Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada*. 6ª ed., Belo

Horizonte: Fórum, 2013.  
REALE JÚNIOR, Miguel. *Prerrogativas Profissionais dos Advogados*. Coord: René Ariel Dotti e Elias Mattar Assad. Curitiba: OAB/PR, 2004.  
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

# Recordações vivas da desesperança na Casa dos Mortos: costurando memórias com Pedro e Fiódor Dostoiévski



LEONELLEA PEREIRA

## AUTORA

Doutoranda em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Mestra em Estudos Interdisciplinares sobre Gênero, Mulheres e Feminismos (UFBA, 2019). Especialista em Ciências Penais (UNIDERP, 2013) e também em Gestão de Políticas Públicas de Gênero e Raça (UFBA, 2014). Graduada em Direito (UEPB, 2010). Advogada (OAB/BA 32.346) na Presidência da OAB Subseção Irecê – BA (2022-2024). Professora universitária. Técnica de Nível Superior da UNEB Campus XVI – Irecê. Endereço: Rua Jonas Pereira, nº 148, Nova Brasília. CEP: 44.915-000, São Gabriel – BA. Telefone: (74) 99942-0118. E-mail: leonellea@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7207217841688056>

## RESUMO

Resgatando um estudo de caso realizado em 2009 com um custodiado numa penitenciária de segurança máxima no estado da Paraíba, através da análise de conteúdo de entrevista semiestruturada, aliado a notas de leitura de “Memórias da Casa dos Mortos” e “Crime e Castigo”, ambos de Fiódor Dostoiévski (o segundo, também em filme), apresenta-se percepções atemporais sobre o cárcere: a situação do personagem Alexandr Petróvitch em 1861 não é muito diferente da que é vivida por Pedro na contemporaneidade. É possível alimentar esperanças estando inserido no cárcere? A pergunta é retórica, trata-se de um convite à reflexão a toda a sociedade.

*Palavras-Chave:* Ressocialização. Sistema penitenciário. Direito e Literatura.

## PRIMEIRAS NOTAS

Começo este texto advertindo que vou escrever em primeira pessoa, é preciso. Não há como externar essas reflexões tomando distância do seu contexto e sem introduzir considerações de ordem subjetiva. Apreendi com Saffioti a não descartar a emoção enquanto via do conhecimento pois ela “pode muito bem fecundar a razão” (SAFFIOTI, 1992, p. 208).

Há pouco mais de 10 anos, desenvolvi uma pesquisa a respeito das teorias da pena observando o alto índice de reincidência criminal nos processos do 1º Tribunal do Júri de Campina Grande – PB, para a elaboração da monografia de graduação em Direito na UEPB, através de um estudo de caso com um custodiado na Penitenciária de Segurança Máxima PB1 em João Pessoa – PB. Este rapaz, a quem atribuí o pseudônimo Pedro, era conduzido com altíssima frequência a audiências e julgamentos na referida unidade judicial, onde fui estagiária do Ministério Público. Acusações diversas constavam nos seus longos antecedentes criminais. Ele tinha apenas 23 anos e parecia absurdo pensar que em apenas 05 anos teria se envolvido em tantos crimes. Que vida levava aquele rapaz maltrapilho de olhar enigmático? Só sabia dele o que ouvi nos interrogatórios, mas precisava

saber que caminho o levou a esse resultado tão desastroso. E estas respostas só ele poderia dar.

Por que voltar a essas memórias? A estudante de 2009 tornou-se advogada e professora de graduação. Em 2020, havia indicado para duas turmas a leitura do clássico da literatura russa “Crime e Castigo” (1866), de Fiódor Dostoiévski, para que fizessem uma análise literária de aspectos jurídicos presentes na saga de um estudante de Direito perturbado pela pobreza, pela fome e por leituras mal digeridas, que acaba por cometer dois homicídios e é corroído pela culpa. No decorrer das aulas, surgiam comentários dos estudantes que já estavam adiantados na leitura e ao tempo em que avançavam, eu lia “Memórias da Casa dos Mortos” (1861), do mesmo autor, que traz aspectos autobiográficos da sua experiência na prisão de trabalhos forçados na Sibéria. As reflexões majoritariamente solitárias do protagonista Alexandr Petróvitch poderiam ter sido escritas na contemporaneidade, dada a precisão das suas análises sobre a experiência penitenciária, o que se identifica com percepções contidas na mencionada monografia de uma década atrás.

Tendo lido Crime e Castigo ainda na graduação, resolvi rememorá-lo com o filme homônimo lançado em 1969, dirigido pelo russo Lev Kulidzhanov e tendo o ator Georgi Taratorkin no papel do protagonista Ródion Raskolnikov. O longa-metragem se inspira no livro até na extensão (3h41min), e é dividido em duas partes. A película em preto e branco consegue imprimir o ar duro e dramático das cenas descritas por Dostoiévski, especialmente do aspecto sombrio e abafado do quarto de Raskolnikov e da forma que ele define após o crime, adoecido física e psicologicamente pela culpa, bem diferente da ousadia que demonstrara ao escrever o artigo no jornal sobre a existência de sujeitos ordinários e extraordinários, concedendo aos últimos o direito de cometer crimes, por serem supostamente pessoas elevadas que contribuem para a evolução da humanidade.

Mesclando o filme com os livros, as memórias da experiência da pesquisa sobre a história de Pedro emergiram de alguma gaveta fechada das lembranças e decidi buscar informações sobre a execução das suas penas no Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU: 02 condenações por roubo agravado (sendo uma em concurso com quadrilha), 02 por homicídio qualificado, 01 por receptação em concurso

com quadrilha, 01 por evasão mediante violência, resultando o somatório de penas em 79 anos e 8 meses. Em 11/03/2023, ele havia cumprido 15 anos, 7 meses e 1 dia (19,7%), restando 64 anos e 29 dias (80,3%).

Um documento recente tinha a descrição “transferência para outro estabelecimento penal”: Pedro tentou suicidar-se mutilando os pulsos com lâminas de barbear, foi socorrido por conta dos gritos dos custodiados com quem dividia a cela. Por recomendação médica, Pedro precisava urgentemente de tratamento psiquiátrico e deveria permanecer sob vigilância ininterrupta. Fiquei aterrada diante do documento sem saber o que fazer com a informação. Na Penitenciária de Psiquiatria Forense, foi expedido laudo

onde dois psiquiatras atestam que, no momento do exame, Pedro não aparentava quadro compatível com doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado nem perturbação da saúde mental. Diante disso, sugerem o seu retorno à penitenciária, o que ocorreu no dia seguinte.

Diante da notícia da tentativa de suicídio, só pensei no gráfico da pena, mostrando 19,7% de pena cumprida e 80,3% a cumprir. Se em 2023 ele completa 38 anos e o ano previsto para o término de sua pena é 2038, ele deixará o cárcere com 53 anos, quando completará 30 anos em reclusão. Pensaria, talvez, como Alexandr Petróvitch: “Quantos mil dias iguais a este me esperam ainda pela frente, sempre parecidos um ao outro, sempre os mesmos!”

(DOSTOIÉVSKI, 2019, p. 116). A conta já passa de 5 mil dias. Que perspectiva de vida teria uma pessoa com a ficha de qualificação processual vazia nos itens “escolaridade” e “profissão” e nem um só dia de pena remido, pois não trabalhava nem estudava? O suicídio seria uma fuga dessa realidade, ainda que isso representasse acabar com a própria “vida”.

O fato de perceber o crime, sob a perspectiva da criminologia, como um fenômeno que é resultado da soma de inúmeros fatores internos e externos, sem reduzir a qualquer determinismo, não quer dizer que este texto é uma tentativa de absolver Pedro ou mesmo um endosso à teoria de Raskolnikov, de que alguns indivíduos teriam “direito ao crime” (não tenho procuração para falar em nome deles!). Dostoiévski diz que:



*É possível, no fim das contas, julgar o criminoso sob um ângulo tal que quase se chega a absolvê-lo. Mas, apesar dessa variedade de pontos de vista, cada qual há de concordar que existem tais crimes que sempre e por toda a parte, conforme todas as leis, desde os princípios do mundo são tidos como crimes incontestáveis e continuarão assim enquanto o homem for homem (DOSTOIÉVSKI, 2019, p. 33).*

O fato é que a história desse e de outros Pedros muitas vezes coincide no seu enredo, que nada tem de criativo: ausência ou abandono precoce da escola, família desestruturada, extrema pobreza, envolvimento com drogas, contextos de violência familiar ou comunitária recorrentes, carência de políticas públicas no bairro/cidade etc. Valois destaca que “o cárcere faz parte de uma política de abandono maior e reflete a desigualdade de distribuição de recursos e de poder na sociedade” (VALOIS, 2020, p. 272). Privado da sua liberdade, alimenta o ódio pela condição em que se encontra e qualquer coisa pode parecer melhor do que continuar preso, inclusive morrer. O mesmo autor aponta que o preso fica “passível, inclusive, de perder o próprio direito à liberdade para sempre, com a morte, cada vez mais comum nos cárceres (VALOIS, 2019, p. 13).

Uma vez condenado por decisão judicial transitada em julgado, deverá ser cumprida

a pena no regime previsto e pelo período estritamente calculado com base na sua culpabilidade, sendo garantido pelo art. 3º da Lei de Execução Penal que todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei lhe deverão ser assegurados. Mas não é isso que se percebe na maioria dos presídios, superlotados, insalubres, sem o mínimo de estrutura para um alojamento digno e uma alimentação minimamente adequada. Dividindo o espaço com baratas, ratos e outros animais que denotam a imundície em que estão mergulhados, se encontram despidos da sua dignidade, que arrasta outros direitos para o ralo entupido do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) que é o sistema carcerário deste país, como já reconheceu o STF na ADPF 347 em 2015. Como destacam Grujic e Peliz, “mesmo diante de tantas formas de proteção ao preso preconizadas na legislação, eles continuam vítimas de reiterado abuso e violação de direitos fundamentais pelo próprio Estado” (GRUJIC; PELIZ, 2015, p. 01).

Com o passar do tempo, muitos se acostumam, não pacificamente, mas a barbárie reiterada se transforma em cotidiano, como o desasseio da cozinha da Casa dos Mortos: “Cozido num caldeirão comum, era levemente temperado com cereais e, sobretudo nos dias úteis, era ralo e magro. Terrificou-me a imensa quantidade de baratas que flutuavam nele. Quanto aos presos, eles não davam a isso a mínima atenção” (DOSTOIÉVSKI, 2019, p. 41). Este “acostumar-se” pode ser uma faceta de defesa para a própria sobrevivência, pois não há perspectiva de viver um cenário diferente desse caos carcerário amplamente conhecido. Embora o julgamento da referida ADPF no STF tenha sido simbolicamente importante a nível de jurisprudência, acabou soando como uma tentativa de desviar o foco da responsabilidade do Poder Judiciário na construção deste estado de coisas inconstitucional, transferindo a culpa exclusivamente para o Legislativo e o Executivo (GRUJIC; PELIZ, 2015).

## Sobrepondo memórias com Pedro e Dostoiévski

Os imaginários Ródion Raskolnikov e Alexandr Petróvitch de Dostoiévski me fizeram voltar a Pedro, um preso de

verdade que só o nome é inventado, trazendo reminiscências desta pesquisa, com uma releitura provocada pelas duas

obras do autor russo e pelo filme de 1969, que aborda a situação de vulnerabilidade social das personagens, mostrando o

desemprego, a solidão, a desigualdade, tanto do protagonista quanto das pessoas à sua volta. Diante disso, Raskolnikov, perturbado por sua condição de existência, indignava-se com Aliena Ivanóvna, que acumulava riqueza, mas não dividia, pois explorava até mesmo sua pobre irmã Lisavieta. Estaria Raskolnikov buscando fazer justiça (social) com as próprias mãos, matando a avareza e a acumulação de bens com o machado? Conhecendo a afeição de Dostoiévski ao socialismo, não está longe de ser verdade, está nas entrelinhas.

Quando o protagonista desenvolve a sua teoria do “direito ao crime”, coloca-se em destaque: Raskolnikov não quer ser um igual, não se considerava um homem ordinário, mas de inteligência superior, por

isso matar a “velha usurária” seria útil à sociedade, pois o dinheiro dela, segundo ele, seria melhor empregado em suas mãos. O estudante buscava convencer à sua própria consciência que o crime teve motivação humanitária: “é inútil a vida de um piolho!” Vale mais quem é mais útil? Ele se considerava merecedor do reconhecimento de homem extraordinário (como Napoleão Bonaparte, uma das suas referências), e do dinheiro da senhora agiota, que seria destinado à sua formação e sustento.

A sobreposição de memórias da mente perturbada de Raskolnikov, a mistura dos sonhos com as lembranças reais, as alucinações e os detalhes que o fazem reviver o momento dos crimes (como as sinetas das portas), fazem o espectador

compartilhar da angústia do protagonista, que fica cada vez mais pálido, magro e desequilibrado, e até a sensação física de que é possível sentir o sufocante cheiro de mofo do cubículo abafado de teto baixo ou o pânico do suor frio no tremor de suas mãos. É como se o jogo psicológico do enredo produzisse hologramas na mente de Raskolnikov, e se misturasse com as minhas memórias sobre Pedro, das suas palavras e expressões na entrevista de anos atrás. Raskolnikov estava preso nos pensamentos repetitivos, a monomania mencionada pelo delegado. “Não foi a velha que matei, mas a mim mesmo, para sempre”, afirma o protagonista à sua amada Sonia, no auge da sua tribulação. E isso o corrói até o final da trama, quando decide confessar à polícia a autoria dos homicídios.

## Dualidades e contradições

A complexidade da obra cinematográfica e literária está centrada no psicológico das personagens. Com Raskolnikov, é possível ver o desenho do iter criminoso (o artigo no jornal, o planejamento do horário, a escolha da arma), e o drama psicológico vivido a partir dos crimes, já que se dizia motivado pela questão econômica e a culpa não permitiu que ele se desfizesse dos objetos. O protagonista deixou o curso de Direito por não ter condições nem mesmo de se alimentar e de pagar o aluguel. Este anti-herói desnordeado por leituras mal digeridas, provoca uma pergunta: o conhecimento tiraria a humanidade da barbárie?

Raskolnikov oscilava: ora parecia orgulhoso e egoísta, ora piedoso e solidário. Ainda que estivesse fraco e aflito pela fome e pela pobreza, se condoía pelo sofrimento alheio e ajudava com o pouco que dispunha. Na trágica morte do alcoólatra Marmeladov, por exemplo, que ele encontrou algumas vezes na taberna, doou seus últimos copeques para que a viúva pudesse fazer o velório. Além disso, não cedeu à pressão de Svidrigáilov, que queria se casar com sua irmã Dúnia,

era muito mais velho que ela e praticava violência doméstica contra a sua esposa Marfa Petrovna, que morreu de forma terrível. O casamento era um caminho de salvá-los da miséria, mas ele não se dobrou. Esses detalhes buscam a piedade do espectador/leitor para a figura humana de Raskolnikov, criando uma aproximação com as suas perturbações e contradições. Ele era bom ou mau, nobre ou criminoso?

O enredo está centrado na expiação da culpa, no castigo da consciência. Raskolnikov junta-se a Sonia e ajoelha-se aos seus pés dizendo estar diante de todo o sofrimento humano, quando ela lhe oferece a Bíblia, para ajudá-lo a se arrepender e convencer-se que a confissão seria o caminho da sua libertação, pois estava preso em si mesmo e passa toda a trama tentando justificar o crime para a sua consciência, sem sucesso. O desfecho traz a ideia cristã do crime como pecado, da pena como penitência, do Evangelho como salvação. Mas não poderia acontecer de forma mais dual que pelas mãos de uma prostituta, já que Sonia promete visitá-lo durante o cumprimento da pena, e esperá-lo para a vida futura

em liberdade, juntos. Sonia passa a ser a esperança e a fé de Raskolnikov, instrumentalizada na ideia do Evangelho. E assim, o autor busca redimir o seu anti-herói aos olhos do espectador/leitor, já que a sua consciência fora implacável na condenação.

Pedro também buscava na religião o caminho da expiação da sua culpa, mas não conseguia manter acesa qualquer chama de expectativa, como Alexandr Petrovich: “E que esperanças pulsavam então no meu coração! Pensei, resolvi e jurei a mim mesmo que não haveria, em minha vida futura, aqueles erros e pecados que cometera antes” (DOSTOIÉVSKI, 2019, p. 316). A pressão psicológica, os riscos de vida e as condições insalubres a que o detento é submetido são patentes, levando-o a buscar alternativas de atenuação dessa situação, pois, geralmente os convertidos situam-se em ambientes separados dos demais, o que é um pouco menos precário. Embora a prática religiosa o mantivesse ocupado com leituras e pregações com outros apenas evangélicos, o apego à fé apenas aprofundava seu remorso:



*Eu vou falar, mas você nem vai acreditar: quando eu sair daqui, eu tenho muita vontade de morrer. É, de morrer! Eu quero pagar o que eu devo aqui e depois quero morrer, pra me encontrar com Deus pra pedir perdão por todas as besteiras que eu fiz na vida. Os sonhos do povo é mulher, dinheiro, casa, carro... Isso num vai me dar salvação! Eu quero mesmo é morrer pra me encontrar com Deus!*

Pelo sentimento expresso nesta fala, Pedro demonstrava crer que é sua “salvação” que conquistará com a morte. Valois destaca que “A prisão é o símbolo da desesperança, não só jurídica ou política, mas da sociedade como um todo que faz de um buraco o local onde joga os seus próprios dejetos, restos humanos que sobram nas cidades lotadas, já sem espaço para quase ninguém” (VALOIS, 2019, p. 159).

Pedro tinha condições físicas de trabalhar ou estudar, mas não estava inserido em nenhuma atividade na unidade penitenciária até 2020. A esse respeito, Nucci revela: “se o condenado quer trabalhar e o Estado não lhe proporciona nem um nem outro, deve ter direito à remição a cada três dias em que ficar à disposição da direção do presídio para tal finalidade” (NUCCI, 2020, p. 621), pois considera a indiferença do Poder Executivo em

relação à comunidade carcerária um comportamento miserável, já que deles não angariam votos. Foi preciso que Pedro passasse pela situação extrema da tentativa de suicídio para finalmente ser incluído em programas de trabalho e estudo, a exemplo do Projeto de extensão universitária “Entre Nós: cartas, palavras e conversas”, desenvolvido no Presídio PB-1 através de uma parceria da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária (Seap), com a Universidade Federal da Paraíba (UFPB), a Universidade Federal do Tocantins (UFT), UNESCO, e voluntários de várias instituições (PARAÍBA, 2021). Diversos atestados comprovando períodos trabalhados e participação em atividades do referido projeto foram juntados ao seu processo e já houve o reconhecimento de 184 dias remidos, havendo 09 atestados pendentes de apreciação, com mais dias a serem descontados do somatório das penas.

O trabalho do preso é uma das formas mais eficazes de levar a efeito a ressocialização, já que a pena deve ser fixada e executada respeitando o princípio constitucional da individualização (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal), conforme seja suficiente e necessária não apenas para a reprovação (art. 59 do Código Penal), mas especialmente para a prevenir novos crimes. Alexandr Petróvich tinha razão ao refletir que “O trabalho, por sua vez, salvava dos crimes: sem trabalho os detentos teriam devorado uns aos outros como as aranhas confinadas num vidro” (DOSTOIÉVSKI, 2019, p. 35). Mais do que um direito, a Lei de Execução Penal afirma que o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho interno na medida de suas aptidões e capacidades (art. 31), devendo ser remunerado em valor não inferior a três quartos do salário-mínimo (art. 29, caput, da LEP).

## (Dis) funções da pena

Além da privação de liberdade, a prisão impõe outras aflições: a falta de privacidade; a insalubridade das celas superlotadas; a alimentação precária; as doenças inimagináveis; a violência e os atentados sexuais; a humilhação imposta inclusive aos seus familiares; o uso de drogas. Embora o indivíduo em situação de prisão tenha garantido por lei todos os direitos não alcançados pela lei ou pela sentença condenatória, “o argumento segurança faz com que perca direitos diariamente, como se o mundo penitenciário fosse um mundo à parte. O preso não perdeu o direito à família, à saúde, à vida, ao esporte e ao lazer” (VALOIS, 2019, p. 16).

Outro importante aspecto diz respeito à finalidade contraditória atribuída à pena de prisão. Como punir e ao mesmo tempo reformar? Como ressocializar, privando o preso da vida em sociedade? Como reeducar e reintegrar quem jamais foi educado e integrado em liberdade? São situações que produzem “um efeito de eterno “não lugar”, de vazio de

pertencimento” (BORGES, 2019, p. 47) na vida do preso e do egresso do sistema prisional.

Valois entende que o discurso da ressocialização “tem inúmeras utilidades e sua ambiguidade serve para dar uma aparência de decisão humana para algo que visa tão somente fazer sofrer o cidadão objeto do direito penal” (VALOIS, 2020, p. 259). Explica o autor que este termo, quando utilizado nas sentenças, é mais frequentemente empregado em prejuízo do preso, fundamentando aumento de pena ou mesmo negando direitos: é um argumento para aumentar o encarceramento. Ou seja, os instrumentos jurídicos seguem extremamente marcados pelo simbolismo e pela racionalização da exclusão.

Quanto mais duradoura for a pena privativa de liberdade, maiores serão suas contradições e mais distante estará o preso de uma reintegração à vida social fora da prisão. A este sistema penal perverso e degradante,

soma-se a hipocrisia do Estado em ocultar os verdadeiros fins da pena: é necessário buscar alternativas que, possam apresentar outros caminhos, que comece por reconhecer “a verdade de morte, de abandono e de violência que é o sistema penitenciário” (VALOIS, 2019, p. 11). É preciso reconhecer que este sistema tem se constituído num verdadeiro incremento da reincidência.

Não se pode aceitar a banalização do uso da prisão com o endurecimento e a expansão desordenada do Direito Penal, como se tem verificado em muitas reformas populistas na legislação penal brasileira. Ao desprestigiar o princípio da intervenção mínima e o caráter subsidiário da lei penal, legitima-se que a dignidade do apenado seja diuturnamente ofendida pelo próprio Estado, pois o sistema penal está alicerçado basicamente na pena privativa de liberdade e a prisão é vista como o único recurso para combater à criminalidade. Como conclui Valois, “todo conteúdo humanitário que há na ideia ressocializadora pode ser

substituído pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana” (VALOIS, 2020, p. 261). É imperioso que seja reconhecida a importância do Direito Penal na prevenção da criminalidade e, conseqüentemente, na prevenção da reincidência.

É preciso pensar uma nova política criminal que busque amenizar os efeitos nefastos da pena privativa de liberdade, explore formas viáveis “de tornar o cárcere cada vez menos cárcere, no qual a sociedade tem um compromisso, um papel ativo e fundamental” (SÁ, 2010, p. 162 apud VALOIS, 2020, p. 264), pois “onde há vida, ainda que massacrada, diminuída ou degradada, há potencialidade para o diálogo, que sempre será a principal forma pacífica de o ser humano superar suas adversidades” (VALOIS, 2020, p. 273).



## Reflexões finais

A ressocialização precisa ser vista como o ponto de confluência do sistema penitenciário, para que possam ser alcançadas as finalidades das penas, não a ressocialização falaciosa utilizada nos discursos em prejuízo dos presos, que agravam o estado de coisas inconstitucional. A prisão não pode

continuar sendo vista como um local de “vácuo de direitos, onde o Estado de Direito é abandonado, sendo essa uma das características da prisão como instrumento punitivo” (VALOIS, 2019, p. 16).

Muitos custodiados passam a pena

inteira sonhando com a liberdade, muitos não a alcançarão por estarem presos a outras estruturas para além do Estado, como as “penalidades do incorporal” (FOUCAULT, 2004, p. 18). Alexandr Petróvitch, ao chegar ao final do cumprimento da sua pena, se emociona:



*Os grilhões caíram. Apanhei-os do chão... Quería segurá-los um pouco, olhar para eles pela última vez. Estava como que admirado de tê-los portado nos pés. – Deus abençoe, Deus abençoe! – diziam os presos com suas vozes brutas, entrecortadas, que pareciam contentes não sei de quê. Sim, Deus abençoe! Liberdade, vida nova, ressurreição dos mortos... Mas que momento maravilhoso! (DOSTOIEVSKI, 2019, p. 332).*

Que Pedro possa, algum dia, como Alexandr Petrovich, se libertar dos grilhões que o aprisionaram na ideia de suicidar-se, e como Raskolnikov, apesar de tudo, encontrar uma esperança. Que o Estado possa olhar para

esta população invisibilizada pela clausura, pela pobreza, pelo racismo, pela falta de perspectiva que mata todos os dias, pois “as mazelas do sistema prisional são conhecidas por todos e, às vezes, o que falta são apenas

palavras capazes de expressar a injustiça que se percebe a sangue frio” (VALOIS, 2019, p. 12). Que essas considerações finais sussurradas em tom de prece possam fazer algum sentido.

### REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848/1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em 11mar2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210/1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm) Acesso em 11mar2023.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 11mar2023.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. Coleção Feminismos Plurais. Coordenação: Djamilia Ribeiro. São Paulo: Pólen, 2019.

**CRIME e Castigo**. Direção de Lev Kulidzhanov. Roteiro: L. Kulidzhanov, F. Dostoevski et al. Moscou: Gorky Film Studio, 1969. (221 min.), P&B. Legendado. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dHvOnIXuQDQ>. Acesso em: 03 out. 2021.

DOSTOIEVSKI, Fiódor. **Crime e Castigo**. Tradução e notas: Oleg Almeida. São Paulo: Martin Claret, 2019.

\_\_\_\_\_. **Memórias da Casa dos Mortos**. Tradução e notas: Oleg Almeida. São Paulo: Martin Claret, 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. História da violência nas prisões. 29 ed. Trad.: Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2004.

GOVERNO DA PARAÍBA. **Projeto incentiva prática da escrita e leitura entre reeducandos da Capital**.

Secretaria de Administração Penitenciária. Disponível em: <https://paraiba.pb.gov.br/diretas/secretaria-de-administracao-penitenciaria/noticias/projeto-incentiva-pratica-da-escrita-e-leitura-entre-reeducandos-da-capital> Acesso em 11mar2023.

GRUJIC, Vanja; PELIZ, Melissa A. L. **Jurisprudência simbólica**: a declaração do estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro (inédito). Bibliografia da disciplina Elementos de Teoria Constitucional – Prof. Dr. Marcelo Neves. Brasília: PPGD/UNB, 2021.

PEREIRA, Leonellea. **Criminoso nato ou vítima de exclusão?** Estudo sobre teorias da pena e reincidência. Monografia de conclusão do curso de Direito na Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. Orientação: Ana Alice Ramos Tejo Salgado. Campina Grande: UEPB, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SAFFIOTI, Helelieth. **Rearticulando gênero e classe social**. In: COSTA, A. O., BRUSCHINI, C. (org.) Uma questão de gênero, Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992, p.183-215.

VALOIS, Luis Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

\_\_\_\_\_. **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal**. 1ª edição. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2020.

# Qual o papel do código de ética profissional na promoção da dignidade da pessoa humana através da advocacia?



HUGO ROSSI  
FIGUEIRÔA

## AUTOR

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). E-mail de contato: hugo-rossi@live.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0465533093334552>

## RESUMO

O presente artigo pretende delimitar qual o papel do Código de Ética e Disciplina da OAB na promoção da dignidade da pessoa humana através da advocacia, interpretando a questão pelas lentes da história e da filosofia. Nessa direção, pretendeu-se compreender o profundo diálogo entre Direito e ética através de revisão bibliográfica da literatura especializada concernente em filosofia, Direito e história. Para além, foi realçado os artigos do código que são concernentes a este diálogo interdisciplinar, usando dos instrumentos conceituais estabelecidos para comentá-los em seu contexto. A conclusão da pesquisa indicou que o regramento ético positivado para o exercício da advocacia no Brasil responde a imperiosa necessidade de se impor limites éticos para que a advocacia possa promover a dignidade aos cidadãos através do Estado de Direito.

**Palavras-Chave:** Filosofia, Direito, História, Advocacia.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o papel do código de ética profissional na promoção da dignidade da pessoa humana através da advocacia. Por meio desse estudo, busca-se contribuir para uma melhor compreensão do código de ética e amadurecer o debate acerca das raízes

dos parâmetros legais imposto para o adequado exercício profissional. Para tanto, será feito um levantamento acerca da relação entre ética e Direito, a função dessa disciplina da promoção da dignidade da pessoa humana, ponderando essa questão sob o prisma da filosofia e da história.

Para cumprir com essa proposta, o presente artigo se ancora em uma pesquisa bibliográfica de autores que previamente acessaram as relações entre as disciplinas, assim como a sondagem da legislação do ordenamento pátrio a ser interpretada sob a luz da literatura especializada.

## O estudo da ética e o direito

Os gregos antigos buscaram uma arte que fosse apta a fazê-los progredir para além das crenças e práticas comuns, o que resultou na fundação do estudo da ética. Como seu objetivo fundamental, essa disciplina pretende encontrar a lógica que pode servir de fundamento para promoção de uma vida boa e digna para os seres humanos. Assim, a razão é o instrumento pelo qual o grego buscou fundar seu modo de agir no mundo,

buscando na ética a forma de fazer com que sua conduta fosse autossuficiente e imune a fortuna (NUSSBAUM, 2001, p. 3).

Assim, quando falamos de disciplinas diretamente relacionadas com a ética, necessariamente lidamos com um problema que não ocorre nas ciências naturais, que é o do descompasso entre os fatos e as prescrições científicas.

Enquanto no estudo de medicina, biologia, química e afins busca-se predicar as leis dos fatos, nos estudos ligados a ética se admite como válidas as prescrições que vão de encontro ao que ocorre na prática (REALE, 1994, p. 249).

Dentre todas as disciplinas derivadas da ética, é apenas no Direito que existe a responsabilidade de conformar os fatos às prescrições.

## O direito como instrumento de promoção da dignidade

O princípio fundamental que diferencia os homens de o resto da natureza é sua capacidade de fazer acréscimos a ela, outorgando sentido aos atos e às coisas (Ibidem). O homem traz sentido à matéria e eleva a matéria com o sentido (PAGEAU, 2018, p. 54). Dessa forma, identifica-se a superioridade do

ser humano através da melhor reflexão que este faz do sentido na matéria, seja de forma coerente ou sob um aspecto em especial.

Toda ação e toda escolha humana tem em mira um sentido (ARISTÓTELES, 1984, p. 49). Qualquer que seja esse

sentido, durante a ação humana este é necessariamente perseguido por um sujeito ativo que o valoriza mais do que qualquer outro sentido que ele conheça quando começa a agir (HOPPE, 2004, p. 20). Neste sentido, Aristóteles explica que o homem é um animal cívico, considerando que a natureza lhe deu

um conhecimento do bem e do mal, do útil e do nocivo, do justo e do injusto, agindo sempre em conformidade com tais noções (ARISTOTLE, 2001).

Sob este prisma, é possível afirmar que, subentendido em todo o conjunto de normas que compõe o Direito, está a promoção de uma determinada forma

de agir humano dentro de sociedade que seja compatível com o ideal de “bem” por ela adotada ao qual todos devem imitar sob pena de sanção.

## O direito como acúmulo de experiência humana na solução de dilemas axiológicos

As leis e os princípios não vivem e nem se impõem por si mesmos, eles precisam de um segundo elemento, de atividade, atuação, realização (HEGEL, 2001, p. 68). Através da ação humana os enunciados éticos, abstratos e universais, superam o abismo entre o mundo mental e o mundo externo, fazendo com que a mente e a realidade finalmente entrem em contato (HOPPE, p. 18-20). Nessa direção, o Direito serve para efetivar os valores éticos na

conduta humana, mas esses valores só são obrigatórios porque representam as expectativas do homem mesmo, como autoconsciência espiritual, que se realiza na experiência das gerações<sup>31</sup>.

Os fins valiosos são plurais e não há apenas um elemento isolado do qual se possa predicar todos os outros valores. Há situações em que os conflitos entre valores tornam difícil ou até mesmo impossível buscar todos simultaneamente.

<sup>32</sup>Alguns desses valores jamais poderão ser balanceados de uma forma que afaste perpetuamente todo o tipo de conflitos a seu respeito. Contudo, isso não significa que novas soluções para esses dilemas axiológicos não possam ser encontradas.

Pelo contrário, na medida que a civilização adquire maior experiência em lidar com as tensões dialéticas dos valores fundamentais, o Direito passa a absorver essas soluções para dentro de si<sup>33</sup>.

## O advogado como promotor do sentido ético às relações humanas

A maneira pela qual o Direito contemporâneo compreende a advocacia é fruto da experiência histórica dos países ocidentais que remonta de raízes greco-romanas. Na obra de Platão (428 a.c.) é possível constatar críticas e reflexões acerca de profissionais que cobravam para proferir discursos nos tribunais. No clássico julgamento que levou a condenação de Sócrates, narra o autor que seu antigo mestre optou por advogar em causa própria, contrastando seu compromisso em fazer um discurso simples e verdadeiro com a habilidade de seus acusadores de fazerem discursos pomposos e vazios (PLATÃO, 2015, p. 139).

A condenação de Sócrates teve um efeito traumático e profundo sobre a personalidade de Platão, que dedicou uma grande parcela de seus esforços intelectuais a desenvolver uma ampla reforma judicial na Grécia. A manipulação profissional do Direito grego se transformou em instrumento de chantagem política e assassinatos,

evidenciando a desintegração completa do Estado. Percebendo isso, o filósofo analisou os estímulos sistemáticos perversos que maculavam o ofício da “advocacia” e levavam ao profissional do Direito a afastar-se da busca de promover uma sociedade boa e pautada pela ética para obter benefícios vis. Suas críticas e propostas de reforma judicial abrangente influenciaram todo o período subsequente, inclusive se esculpindo nas bases do Direito Romano (CARINS, 2016, p. 297-313).

Em um período posterior, no século XII, o Direito viveu um momento áureo de ascensão devido ao renascimento do Direito Romano. Essa reaparição se deu particularmente devido aos esforços dos juristas da escola de Bologna em seus comentários ao código de Justiniano. O período também foi marcado pela elevação dos advogados ao centro da vida pública ocidental. Por consequência, houve muitos que colocaram em questão esse

excessivo poder concedido, entendendo que a remuneração dos advogados percebida para patrocinar causas legais levava a corrupção da justiça pelo dinheiro (COSTA, 2006).

Isso exposto, é perceptível que a experiência histórica que a sociedade acumulou apontou para a existência de imperativos parâmetros éticos que regulassem o exercício da advocacia. Tendo isso em vista, pode-se tratar dos diversos códigos de ética das carreiras jurídicas nos termos da ética porquanto disciplina onde o homem reflète sobre sua busca de uma vida que valora como boa. Tomar-se-á como exemplo preferencial o Código de ética elaborado para a advocacia dentro do Brasil.

Sob este aspecto, delimita os primeiros cinco incisos do artigo 2º do Código de Ética e disciplina da OAB certas noções basilares que esculpem um advogado que vive de acordo a devida virtude cívica:



*Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce. Parágrafo único. São deveres do advogado: I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade; II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé; III – velar por sua reputação pessoal e profissional; IV – empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional; V – contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis (BRASIL, 2010).*

<sup>31</sup> REALE. Op. Cit. Página 206  
<sup>32</sup> NUSSBAUM. Op. Cit. Página XXIX

<sup>33</sup> NUSSBAUM. Op. Cit. Página XXXI

Diante do exposto, é possível vislumbrar que o dito código não somente dispõe ao advogado previsões acerca do que ele não pode fazer sob pena de sanção.

Pelo contrário, vai além em expor com clareza as virtudes que são fundamentais ao advogado, na dignidade que lhe é própria porquanto participe do esforço estatal na efetivação da justiça. Esse tipo de previsão é

uma constante dentro das diversas carreiras jurídicas, sendo visível também no Código de Ética da Magistratura (BRASIL, 2008) e no Código de Ética para os membros do Ministério Público da União e dos Estados (BRASIL, 2022). Essa dignidade é vista como algo que não deve se limitar a dimensão do indivíduo porquanto profissional de algum ramo jurídico, mas também deve se prisma em sua vida pessoal.

Assim, pode-se concluir que o exercício da advocacia, conforme consta de seus regulamentos, carrega dentro de si o imperativo dever cívico da promoção de um sentido ético para as relações humanas que se inicia na lisura da conduta pessoal e se reflete através dos mecanismos do Estado de Direito que o possibilitam influenciar as instituições, o Direito e a lei.

## A tensão dialética entre a subsistência e a ética no exercício da advocacia

O Código de Ética documenta as altas expectativas da sociedade Brasileira para os advogados e espera que este zele pela própria dignidade porque reconhece que essa é fundamental para a persecução da vida boa dentro da pólis. O advogado

é um instrumento para que os cidadãos da República Brasileira possam alcançar os benefícios que deveriam advir de sua participação dentro de um Estado Democrático de Direito. Mesmo sendo um profissional que, como qualquer outro,

busca seu sustento, este deve trazer em alta monta o ideal de civismo.

Pode-se vislumbrar essa realidade pelos artigos subsequentes, o 5º e o 6º, que dispõe da seguinte forma:



*Art. 5º O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização. Art. 6º É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou se estribando na má-fé (BRASIL, 2010).*

É nítido através da leitura destes artigos uma intenção de promover a verdade e a lei em detrimento do proveito econômico.

Afinal, é pressuposto para qualquer investigação ética que primeiro seja

estabelecido a verdade acerca da lei e dos fatos, sendo essa investigação avessa ao interesse puramente econômico. Para que se possa afirmar que uma determinada conduta é boa ou má dentro da vida da pólis, deve-se ter uma epistemologia que direcione os esforços

reflexivos no sentido da verdade acerca dos comportamentos potencialmente analisados.

O estabelecimento do que é “verdade” é o axioma sobre o qual deve ser, e foi, desenvolvido o Direito.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o período clássico, a humanidade passou a desenvolver um estudo sistemático de sua própria conduta. Compreende-se que o homem, diferente dos animais, não age por mero instinto, mas também é capaz de ser permeado pelo sentido e atribuir sentido às coisas. Em se tratando da vida em sociedade, trazer sentido é precisamente promover o bem comum e a dignidade da pessoa humana.

O Direito tem um papel fundamental dentro do complexo mecanismo pelos quais as sociedades promovem o sentido dentro das relações humanas. O esforço da resolução de lides pelos juizes, os estudos dos juriconsultos e as teses elaboradas pelos advogados, se amalgamam em um ordenamento jurídico

que tenta pacificar os conflitos sociais da melhor maneira possível. Consequentemente, o acúmulo de soluções jurídicas tem uma enorme potência civilizacional.

Historicamente, é possível constatar a acumulação de experiências acerca do exercício da advocacia. O desvio da função e a sua degeneração tem implicações terríveis para a sociedade e para o Estado, que, em vez de se beneficiar do advogado como defensor do Direito e promotor da dignidade da pessoa humana, vê nele um inimigo que corrói as instituições para tirar delas benefício próprio. Em sentido contrário, o estabelecimento de princípios éticos positivados para a advocacia tem o condão de fazê-la realizar seu enorme

potencial de promover a dignidade humana na sociedade.

Assim, pode-se responder à pergunta proposta afirmando que a regulamentação do exercício da advocacia, devidamente positivada no ordenamento jurídico brasileiro, promove a dignidade da pessoa humana para seus cidadãos na medida em que enfatiza a proteção da dignidade inerente ao Estado de Direito. O profissional do Direito tem um dever especialíssimo de promover a Justiça e deve se comportar apropriadamente tendo em vista sua função social. Nesse sentido, o código o obriga a conformar-se com um paradigma ético tido como mínimo necessário para que a advocacia realize sua tarefa, levando o poderio civilizador do Direito aos cidadãos.

#### REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Metafísica, Ética a Nicômaco e Poética*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.  
ARISTOTLE. *The Politics*. 2004. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/Aristotle\\_Politics\\_01.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/Aristotle_Politics_01.pdf). Acesso em: 23 fev. 2023.  
BRASIL. *Código de Ética e Disciplina da OAB*. VADE MECUM, Editora Rideel, 10ª edição, 2010, São Paulo. Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, VADE MECUM, Editora Rideel, 10ª edição, 2010, São Paulo.  
BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Código de Ética da Magistratura Nacional*. 2008. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF.  
BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Código de Ética para os Membros do Ministério Público da União e dos Estados*. 2005. Disponível em: <https://edsonbelo.com.br/arquivos/2.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2022.  
CARINS, Huntington. *Plato as Jurist*. In: FRIEDLÄNDER, Paul. Plato: an introduction. New York: Harper Torchbooks, 2016. p. 297-313. Traduzido do alemão por Hans Meyerhoff.  
COSTA, Ricardo da. *Duas imprecisões medievais contra os advogados*: as diatribes de são bernardo de claraval

e ramon llull nas obras da consideração (c.1149-1152) e o livro das maravilhas (1288-1289). As diatribes de São Bernardo de Claraval e Ramon Llull nas obras Da Consideração (c.1149-1152) e O Livro das Maravilhas (1288-1289). 2006. Disponível em: <https://www.ricardocosta.com/artigo/duas-impresoes-medievais-contra-os-advogados-diatribes-de-sao-bernardo-de-claraval-e-ramon>. Acesso em: 26 out. 2022.  
HOPPE, Hans Hermann. *A Ciência Econômica e o Método Austríaco*. São Paulo: Instituto Mises Brasil.  
HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *A Razão na história*: uma introdução geral à filosofia da história. 2. Ed. São Paulo: Centauro, 2001.  
HOPPE, Hans Hermann. *A Ciência Econômica e o Método Austríaco*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil.  
NUSSBAUM, Martha Craven. The fragility of goodness: luck and ethics in Greek tragedy and philosophy. 2. ed. Cambridge: 2001.  
PAGEAU, Matthieu. *The language of creation*: cosmic symbolism in Genesis, a commentary. St: Amazon, 2018.  
PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. In: PLATÃO. Diálogos socráticos: volume iii. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015. p. 139-170. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini.  
REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

