

ANO XIV  
VOLUME XXIV  
SEMESTRE 2-2021  
ISSN:2178-3519

---

---



---

# DIKÉ

Revista Eletrônica de Direito,  
Filosofia e Política  
do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

---

# Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Editoração: Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito  
Ano 14, nº XXIV, 2º semestre de 2021  
ISSN:2178-3519

## Conselho Editorial:

Prof. Doutor José Carlos Henriques (UNIPAC) Prof. Doutor Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-Milton Campos), Prof. Doutor Bruno Camiloto Arantes (UFOP), Prof. Doutor José Luiz Furtado (IFAC/UFOP), Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho (USP), Prof. Doutor Sebastião Trogo (UFMG), Prof. Doutor Ramon Mapa da Silva (UNIPAC Itabirito), Prof. Mestre Guilherme Henrique Lage Faria (UNIPAC - Newton Paiva); Prof. Doutor Antônio Sá da Silva (UFBA)

## Editores Responsáveis:

Dr. José Carlos Henriques, Dr. Ramon Mapa da Silva, Dr. Bernardo Gomes Barbosa Nogueira, Ms. Guilherme Henrique Lage Faria, Ms. Luiz Carlos Garcia e Dr. Raphael Furtado Caminate

## Corpo de Pareceristas:

Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho (USP); Prof. Doutor José Carlos Henriques (Unipac Itabirito), Prof. Doutor Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-Milton Campos); Prof. Doutor Ramon Mapa da Silva (UNIPAC), Prof. Doutor Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Prof. Rodrigo Ferreira (UNIPAC), Prof. Mestre Guilherme Henrique Lage Faria (UNIPA - Newton Paiva).

## Linha Editorial

Direito, Filosofia e Política.

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Diretor Geral: Luciano Barbosa

UNIPAC-ITABIRITO

Rua Cecília de Almeida Rocha, nº 291 - Novo Itabirito, Itabirito - MG, 35450-000

E-mails: [josehenriques@unipac.br](mailto:josehenriques@unipac.br); [ramonmapa@unipac.br](mailto:ramonmapa@unipac.br); [bernardonogueira@unipac.br](mailto:bernardonogueira@unipac.br); [luizgarcia@unipac.br](mailto:luizgarcia@unipac.br)

## Sumário

O fenômeno da aceleração social e o direito .....	1
Transtorno de identidade da integridade corporal (TIIC) ou disforia da integridade corporal (DIC), dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade sob a perspectiva da teoria libertária .....	14
EDUCAÇÃO E DIVERSIDADE: PELA REVISÃO DOS CURRÍCULOS JURÍDICOS ALICERÇADA NA PROMOÇÃO DA CIDADANIA .....	29
MULHERES E AMBIENTE DE TRABALHO: A VIOLÊNCIA DE GÊNERO NUMA PERSPECTIVA DE NATURALIZAÇÃO .....	43
Necropoder e a questão do recolhimento das mulheres transexuais e das travestis no Sistema Penitenciário .....	55
A proteção de dados pessoais das pessoas com deficiência no Brasil: análise a partir das disposições da LGPD e do Estatuto da Pessoa com Deficiência .....	72
Plataformas de <i>streaming</i> e a ampliação do conceito de livro para fins de aplicação das normas tributárias.....	90
Limites do Pacta Sunt Servanda frente aos contratos de adesão telefônicos e telemáticos ...	115

# O fenômeno da aceleração social e o direito

José Carlos Henriques<sup>1</sup>

Carla Simões Lopes Henriques<sup>2</sup>

## Resumo

O presente trabalho, partindo das ideias do sociólogo Hartmut Rosa acerca da aceleração social, suas formas e consequências, procura situar a compreensão do direito, neste contexto, pensando os desafios que uma tal aceleração poderia comportar. Ao final, chega-se a uma possível conclusão de que estaríamos diante de um paradoxo, para o qual procuramos solução: não aceitar como dogma a aceleração social sem controle mas, ao mesmo tempo, conscientes das dificuldades que os chamados avanços tecnológicos e técnicos têm representado para eventual e bem sucedida tentativa de desacelerar, ou seja, de retroagirmos a uma concepção do tempo como sucessão de momentos, não como simultaneidades.

## Resumen

El presente trabajo, basado en las ideas del sociólogo Hartmut Rosa sobre la aceleración social, sus formas y consecuencias, intenta situar la comprensión del derecho en este contexto, considerando los desafíos que dicha aceleración podría conllevar. Al final, se llega a una posible conclusión de que estamos ante una paradoja, para la cual se intenta una solución: no aceptar como dogma la aceleración social sin control, pero, al mismo tiempo, conscientes de las dificultades que el solo los llamados avances tecnológicos y técnicos han representado un eventual y exitosa desaceleración, es decir, de volver a una concepción del tiempo como una sucesión de momentos, no como momentos simultáneos.

## 1. Emergência de uma percepção: tempo acelerado e aceleração social

A forma de se perceber e valorar o tempo, no decorrer da história, levou a uma nova concepção sobre o conceito de tempo. As estruturas temporais, contadas na história, serviu como ponto determinante para que o tempo tivesse uma determinada operacionalidade, na qual os sujeitos se relacionariam com ele, de uma determinada maneira.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela UFMG, Mestre em Filosofia e em Direito. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito. Professor e coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Público a Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

<sup>2</sup> Especialista em Direito Público pela Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito, Graduada em Direito pela mesma instituição.

O processo histórico da aceleração vem ocorrendo, segundo o sociólogo alemão Hartmut Rosa, desde a época da sociedade pré-moderna e pré-industrial (século XVIII) até os dias atuais. Os avanços tecnológicos como a internet, meios de comunicação mais rápida, transportes mais rápidos, fizeram com que a questão do tempo passasse da migração de comunicação, inicialmente através da escrita, para um patamar mais condizente em relação à aceleração do tempo. Com isto, o ser humano se viu impactado vastamente por este movimento (tempo) em suas relações sociais mais amplas, até mesmo, em sua relação consigo mesmo.

A identificação verificada na relação do sujeito com o tempo, ou seja, na velocidade do tempo, pode ser bem observada na passagem do século XVIII até, aproximadamente, meados do século XX, com o advento das Revoluções industriais. O sujeito passou a compreender a velocidade como decorrência de determinados processos industriais (produtores da aceleração), ou seja, como processos um tanto externos a ele. Podemos citar, como exemplo disso, o fato de que a locomoção, que antes era feita a pé, a cavalo... para os transportes mais rápidos como o aéreo, automobilístico... cuja rapidez nos permite percorrer uma longa distância em um curto período tempo.

Quanto ao conceito social do tempo, no atual contexto histórico vivenciado pela sociedade, este traduz não apenas as questões relacionadas a velocidade, mas sim, as questões relacionadas da forma como nos integramos com o tempo. Nesta perspectiva verifica-se que a velocidade não poderá mais ser considerada como um fenômeno externo ao sujeito, isso porque, a relação vivenciada entre o sujeito e o tempo estando ou não vinculada ao conceito de velocidade, poderá se dar de forma distintas, ou seja, esta integração do sistema com o sujeito terá sempre como centralidade, o tempo.

Outro exemplo desta centralidade do tempo se demonstra em nossa relação com as tecnologias atuais, como a internet, os celulares, os quais nos permitem, ao mesmo tempo, executarmos diversas ações, podendo até mesmo, alterar os ritmos temporais, como no caso de abrirmos mais de uma aba na tela de um celular, possibilitando além de mandarmos e-mail ao mesmo tempo, lermos informações de outros sites, etc. Este distanciamento vivenciado de uma lógica temporal de observação nos remete à ideia de coparticipação com a temporalidade, da forma como agimos sobre o tempo, tudo isso tem refletido no conceito de aceleração social.

Os avanços das transformações sociais vêm, também, se refletindo nas formas de como sentimos o tempo. Esse mesmo tempo, vivenciado pela sociedade, demonstra diretamente sua ligação ao movimento das conformações sociais, o que significa dizer que, a percepção do tempo se tornou mais intensa e acelerada em relação às atividades em prática na sociedade.

Nos últimos anos, na sociedade, tem-se vivenciado uma ressignificação do tempo. É percebido um tempo mais acelerado, como também, um tempo simultaneamente comprimido acarretando, desta forma, o fenômeno cultural que tem sido chamado “aceleração social”. De acordo com este fenômeno, a sociedade estaria interagindo com o tempo de uma maneira distinta, ocupando este um lugar central, como já afirmado anteriormente.

A percepção do tempo, de forma geral, posto o constante desenvolvimento da sociedade, sofreu modificações relativamente importantes, em decorrência de uma ressignificação, tanto social quanto histórica, da forma de como percebemos o tempo, por isto, este fenômeno tem recebido a designação de “tempo social”.

Este fenômeno, embora produza seus efeitos na modernidade, em consonância ao capitalismo, se traduz de forma agudizada na hipermodernidade, apontando para o quão profundo, impactante e irremediavelmente acelerada pode ser a percepção do tempo. Do mesmo modo, os efeitos desta percepção do tempo acelerado têm refletido no setor laborativo, traduzindo-se como “aceleração social”.

## **2. As dimensões da aceleração social**

O fenômeno da aceleração do tempo e da aceleração social foi mais perceptível na virada do ano 2000, em razão de inovações tecnológicas, capazes de determinar a forma de como nos relacionamos com o tempo. De fato, à época, já se tinha uma coletividade mais acelerada, voltada para o imediatismo.

O sociólogo alemão Hartmut Rosa dedicou sua tese “A transformação das estruturas temporais na Modernidade” ao fenômeno da aceleração social.<sup>3</sup> Para este

---

<sup>3</sup> Conferir: ROSA, Hartmut. *Aceleração – A transformação das estruturas temporais na Modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 2019.

sociólogo, há três dimensões de aceleração social, quais sejam: aceleração técnica, aceleração das mudanças sociais e, por último, a aceleração do ritmo de vida.

A este respeito, em passagem esclarecedora, Hartmut Rosa aponta a existência destas três dimensões de aceleração, no contexto social:

Na investigação sistemática da aceleração social e de seu papel constitutivo na Modernidade até aqui desenvolvida, há a sugestão conceitual de diferenciação entre três categorias distintas do fenômeno, ou seja, não passíveis de serem reduzidas de forma lógica umas às outras, bem como empiricamente ligadas entre si de forma complexa e, em parte, paradoxal: *a aceleração técnica, a aceleração da mudança social e a aceleração do ritmo de vida.*<sup>4</sup>

É nesta ordem de ideias, segundo o sociólogo, que se insere, em um contexto maior, a necessidade de definição/delimitação de cada uma das formas ou dimensões da aceleração social.

A primeira forma de aceleração é a chamada aceleração técnica. É a que mais podemos notar, já que este tipo de aceleração social vem contribuindo significativamente para o modo como percebemos a organização do espaço/tempo nas relações sociais. De fato, com os avanços da tecnologia e da globalização, as distâncias e fronteiras, em relação ao espaço/tempo, foram vencidas/modificadas, tanto em virtude das exigências da cibernética quanto, das redes virtuais, redesenhando assim em frações mínimas, tanto o tempo, quanto o espaço.

A segunda forma de aceleração social é a aceleração das mudanças sociais que, segundo o sociólogo, é o fenômeno que acontece nos diversos meios sociais, ou ainda, através da percepção dos acontecimentos de mudanças ocorridas na atualidade.

Tais mudanças, antes ocorridas, segundo Hartmut Rosa, já na modernidade clássica, em um determinado lapso de tempo, envolviam várias gerações. Por sua vez, na pós-modernidade, ainda segundo o sociólogo, esta ocorrência poderia ser percebida, entre uma geração e outra seguinte.

Porém, é na hipermodernidade que se pode perceber melhor a dimensão desta velocidade do tempo, pois esta aceleração vem ocorrendo, cada vez mais velozmente,

---

<sup>4</sup> ROSA, Hartmut. *Aceleração – A transformação das estruturas temporais na Modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 2019. P. 140 e 141. Grifos no original.

no interior de uma mesma geração, causando inclusive, mudanças consideráveis no estilo de vida, valores, atitudes e formas de relacionamento de toda uma coletividade influenciando, com isto, um certo modo de compreensão do presente.

Mudanças sociais, ocorrentes em tão curto prazo de tempo, sentidas por uma mesma geração, poderiam acarretar custos altíssimos para uma coletividade inteira, no decorrer de um mesmo ciclo de vida. Tudo isso, poderia causar elevado prejuízo tanto comportamental, quanto na qualidade das relações sociais em uma dada coletividade, ou seja, causaria uma era de incertezas nunca vistas antes.

Já a terceira forma de aceleração, tal como descrita por Hartmut, é a aceleração social do ritmo de vida. Aqui, o processo ocorreria por meio do aumento de um número significativo de ações/experiências vivenciadas em uma determinada unidade de tempo, motivadas por desejos/necessidades de realizar várias coisas ao mesmo tempo. Este processo conduziria a realizações multitarefárias por um mesmo indivíduo, ao mesmo tempo.

É preciso ressaltar, contudo, que a percepção com o aumento da velocidade do tempo, vivenciada por uma coletividade, por meio da aceleração do ritmo de vida, poderia implicar, segundo o sociólogo Hartmut Rosa, em uma forma de constrição das experiências/vivências cotidianas. Isto é, ocorreria certo tipo de embotamento das percepções dos sentidos vivenciados/experimentados, que se tornariam vazias, ante este específico tipo de aceleração. De fato, se realizadas as tarefas em um tempo mais lento, poderia haver um grau maior de reflexão/responsabilidade por parte do indivíduo.

### **3. Consequências estruturais da aceleração social**

Hartmut Rosa classifica, estruturalmente, como sociedade da aceleração, a conjugação dos três tipos denominados por ele de aceleração social, quais sejam: aceleração técnica, aceleração das mudanças sociais e a aceleração do ritmo de vida. Estudando os mecanismos e as conformações do tempo vivido, as origens, seus efeitos, o desenvolvimento histórico da humanidade, o sociólogo, por meio de uma análise profunda do quadro velocista, no qual a sociedade contemporânea se encontra mergulhada, buscou trazer viesses capazes de solucionar, conflitos e tensões causados por esta nociva e crescente aceleração.



O processo de aceleração do tempo, durante a última década, assumiu papel de destaque em processos individuais, sociais e tecnológicos. Uma percepção do tempo, historicamente ligada a um processo de aceleração temporal, conseqüentemente acarretaria novos padrões comportamentais/culturais no relacionamento entre gerações, mutações estas ocasionadas pelo rápido e crescente desenvolvimento científico-tecnológico vivenciado por toda coletividade. Além disso, a velocidade do tempo, na contemporaneidade, acarretou uma série de conseqüências marcantes, tanto para as instituições, quanto, para construção da história de vida de um dado indivíduo.

A falta de tempo e a correria do dia a dia, em acordo com o processo acelerativo, fez com que, riscos e incertezas a respeito de oportunidades surjam, gerando uma fragilização do vínculo entre cidadão e instituição, afetando de tal forma, tanto a vida de um indivíduo, quanto de uma coletividade ou instituição.

Os meios de comunicação, por meio de celulares com conexões instantâneas, levam o indivíduo/trabalhador a ter que produzir mais rápido e em maior escala, supostamente, com menor intervalo e pausa para descanso. Tudo isso que vem acarretando diversos problemas no que diz respeito à administração de sua vida, tanto em âmbito pessoal, quanto em ambiente profissional, comportando conseqüências danosas, tais como o estresse, a depressão etc.

Podemos destacar que, em relação ao conceito de tempo, a história vem experimentando um vasto movimento de transformação, o que faz com que as pessoas, ao longo deste processo histórico, se relacionem de uma determinada forma a partir da própria percepção do tempo.

A questão da internet e dos meios de transporte mais rápidos vem impactando de forma significativa a vida das pessoas, tanto em relação a si próprias, quanto, em suas relações sociais mais amplas. A relação do ser humano com o tempo tem traduzido a ideia de uma relação veloz, ou dito de outro modo, uma ideia da velocidade como elemento chave/externo decorrente de alguns processos, como por exemplo, os processos industriais. Um processo de aceleração social, tendencialmente capitalista, na hipermodernidade, poderia comprometer a credibilidade de uma sociedade tardiamente globalizada, o que sucumbiria/instrumentaria todo um projeto vinculado à possibilidade real de autonomia individual e coletiva. Aqui, os sujeitos sociais, segundo Rosa, perseguiriam/adotariam comportamentos que antes não julgavam positivos ou coerentes

com suas convicções, ou seja, quanto mais acelerados, mais facilmente se perceberia que os sujeitos se submetem a uma produção mais “externa” ao próprio sujeito.<sup>5</sup>

A aceleração social do tempo se reflete na maneira de interagirmos com o próprio tempo, tanto em relação à interação do sujeito no sistema, bem assim quanto à centralidade do próprio tempo. Isto é, nossa relação com as tecnologias disponíveis no mercado, como os celulares, permite uma série de ações instantâneas que, de certa forma, podem alterar ritmos temporais, como acessar várias janelas ao mesmo tempo, proporcionando uma relação diferenciada com o tempo, já que se pode fazer mais de uma atividade ao mesmo tempo.

Esta constatação pode ser observada analisando a história. Porém, na última década, a sensação/percepção de aceleração do tempo tem seu quadro piorado, uma vez que se pode observar o crescente aumento de comprometimento psicossocial de toda uma coletividade capitalista. Neste contexto, tem-se determinado que os trabalhadores desenvolvam suas funções de forma mais acelerada acarretando, para estes, problemas psicológicos e, até mesmo, aumentando os casos de suicídios consumados.

É de se considerar a aceleração social como um fenômeno social, uma vez que, perceptível por todos, que envolve a uma dada coletividade, não apenas indivíduos enquanto elementos isolados. Em uma sociedade com uma lógica de funcionamento voltada para o imediatismo, de curto prazo e de urgência, o fenômeno da aceleração social vem ganhando força, de forma descontrolada. As lutas históricas por reconhecimento, ainda segundo o mesmo Hartmut Rosa, conseqüentemente, poderiam ser consideradas como elemento propulsor do processo de mais aceleração social, o que resultaria em uma lógica irrefutavelmente aumentativa do fenômeno. Neste sentido, o apelo individual por urgências temporais, como fruto da incapacitação de gerenciamento do tempo, tornou natural/real, o fenômeno acelerativo.

#### **4. Aceleração social, instituições e o direito**

O processo de aceleração, tal como vem acima descrito, entra em descompasso com instituições, dentre as quais estão o direito, o Judiciário, a política, a família, a

---

<sup>5</sup> ROSA, Hartmut. *Aceleração – A transformação das estruturas temporais na Modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 2019. *Passim*.

religião, dentre outras. Em razão de sua peculiar formação histórica, no Brasil, o advento da aceleração social, mormente enquanto aceleração do ritmo de vida, vem impactando enormemente a sociedade, tornando-a ainda mais complexa, com o consequente colapso no funcionamento das instituições no país.

Percebe-se, portanto, que o advento da aceleração social, nos últimos anos, tem refletido, no caso do Brasil, quão grande é o abismo existente entre a lei e o comportamento humano. A aceleração social exige um comportamento mais dinâmico do ser humano, porém, a lei/direito, por ser uma construção histórica, não tem conseguido acompanhar a dinâmica evolutiva, pois, nossa Constituição remete a uma ideia de um tempo lento. De fato, a percepção do tempo, na constituição, se estende a todo o direito e se traduz a partir de uma ideia de estabilidade, planejamento e projeto de garantia dos direitos. Ao contrário, dos movimentos da história têm se traduzido na edição de variadas medidas provisórias, que denotam um processo de aceleração também na política, desordenando e colocando em risco as instituições.

Ainda de se considerar que as implicações revolucionárias, que a aceleração poderia trazer para a sociedade, dizem respeito à impossibilidade de implementação/elaboração de melhores argumentos, conforme preconiza Hartmut Rosa, sobre todas as esferas sociais, em especial, na política e o direito.

Portanto, o encurtamento do tempo, atrelado à aceleração social, geraria transformações antes não percebidas, em atividades ligadas aos transportes, meios de comunicação, produção, dentre outros. Esse processo de alteração/aumento do ritmo das transformações culturais, políticas, religiosas, científicas, vem acarretando na sociedade, a sensação de falta de tempo.

Tempo este, evidentemente acelerado por um sistema capitalista, atrelado a um propósito/intenção de maior circulação de capital e/ou mercadorias/produtos ligados ao processo da aceleração, no qual toda a sociedade se vê impulsionada a um constante e frenético consumismo.

Hartmut Rosa entende ainda que este movimento de aceleração acontece nas sociedades, não apenas impulsionado por motor de natureza econômica, mas também, por um motor de natureza cultural. O sociólogo, nesse particular, aprofunda ainda mais sua tese sobre o fenômeno da “aceleração”, chegando à conclusão de que os fatores

condicionantes, que a motivariam, se refletem não apenas no plano social, mas também nos planos político e cultural, em toda sociedade pós-moderna.<sup>6</sup>

Neste sentido, a tese de Hartmut Rosa traduz o fenômeno da aceleração como um mecanismo capaz de fomentar/realizar uma diferenciação real entre aquilo que ele chama de uma modernidade tardia e uma modernidade dita clássica. E neste sentido que, buscando a compreensão da temporalização da história, teriam sido elaboradas as teorias da aceleração, justamente para dar sentido aos efeitos decorrentes de uma sociedade gradativamente mais burocratizada, mercantilizada, judicializada etc.

Porém, esta dinamização mundial do processo de modernização acelerada conduziu a sociedade ao estabelecimento de um autocontrole social baseado, segundo Rosa, no “fenômeno de estabilização dinâmica”. Esta estabilização dinâmica, tal como descrita pelo sociólogo, atribuiria efeitos diferenciados da percepção do tempo entre os sujeitos em relação, independentemente da raça (negros, brancos e indígenas), posição social (pobres e ricos), cultural e econômica.

Outro ponto importante de se destacar é o fato de haver, na sociedade pós-moderna, uma busca descontrolada por elementos/subprodutos ligados ao processo de aceleração. Recordando que já foi dito que este processo nos conduziu à execução de uma multiplicidade de ações, ao mesmo tempo, gerando inúmeras consequências para a nossa saúde, seja pelo uso demasiadamente exagerado das tecnologias ou, pela falta dela, isto porque, nas sociedades hodiernas, se torna intrínseco ao ser, estar ligado/conectado ao processo de uma clara “aceleração”. Desta forma, agiríamos como se o tempo fosse limitado e, por isso mesmo, devêssemos acelerá-lo, ultrapassando nossos limites, tanto físico, como mental.

De se destacar ainda que, embora possa ser observada a temporalidade através do “tempo livre”, o fato é que, este tempo pelo sujeito, considerado “livre”, também ele vem sendo dedicado à produção e ao consumo, confirmando ainda mais, a ideia da sensação de “falta de tempo”. Assim, o próprio tempo dito livre estaria, ele mesmo, acelerado.

---

<sup>6</sup> ROSA, Hartmut. *Aceleração – A transformação das estruturas temporais na Modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 2019. *Passim*.

Ainda de se observar que, na sociedade dita pós-moderna, vem evidenciada uma enorme disparidade, tanto econômica como social, demonstrada pela existência de lutas e conflitos sociais. Tais conflitos e lutas evidenciariam o desejo de ascensão de classes desprestigiadas, caso dos marginalizados e excluídos, em busca de melhores condições de vida.

Esta disparidade, ainda, vem refletindo, no plano jurídico/legal, a existência de conflitos, motivados por uma realidade em que as exigências sociais não comportam padrões que não acompanhem as transformações do processo de aceleração. Processo ainda em curso, em uma sociedade considerada pós-moderna.

Quanto ao processo de globalização, Hartmut destaca a importância, nas últimas décadas, da compreensão da relação entre tempo e direito. Esta importância se avoluma, ainda mais, se pensarmos nas crises constitucionais evidenciadas na atualidade. As questões relativas às perspectivas temporais vivenciadas por uma sociedade pós-moderna, segundo Hartmut Rosa, demonstram a necessidade de existir um entrelaçamento entre o fenômeno “tempo social” com as demais estruturas sociais, como é o caso do direito, da cultura e da política.

Neste contexto, as percepções extraídas do fenômeno da aceleração social demonstram de maneira evidente que uma sociedade traz consigo reflexos dos fenômenos globalizantes, ainda um processo de construção social, político e econômico em andamento.

Segundo Hartmut Rosa, percepções que antes deveriam ser tidas, como no caso das inovações tecnológicas, como forma de aferir qualidade de vida, atrelada a um acréscimo no tempo de vida, atualmente vêm refletindo o contrário de seu objetivo, ou seja, a sensação de um espaço-tempo comprimido, criando uma falsa ideia/sensação de um tempo mais acelerado, o que poderia atrapalhar a performance produtiva do sujeito.

A sociedade da aceleração, marcada por pluralidade de pautas, reflete o evidente anseio por uma sociedade capitalista: o acelerado crescimento econômico impulsionado por inovações sociais contínuas.

De fato, o processo de aceleração social, tecnológico, econômico, jurídico e, também cultural vem repercutindo, na modernidade, formas diferenciadas do empenho para que seja alcançado um mesmo ritmo de vida geral.

A aceleração é convertida em um fim em si mesma. Isto poderia conduzir a efeitos catastróficos, inclusive, quanto à manutenção da estabilidade, referente às instituições político-jurídicas no país, uma vez que, a ideia de Constituição fora construída ao longo da história, com intuito de mobilização, motivada por lutas por transformações sociais, culturais, etc. O fato de se ter um processo de aceleração, que comparece como um fim em si mesmo, poderia gerar, em um dado presente, comprimido, tomada de decisões político-jurídicas conforme necessidades/desejos e expectativas momentâneas de uma sociedade. Isso, segundo sociólogo Hartmut, a quem temos acompanhado neste texto, poderia refletir um paradoxo quanto à temporalização do tempo na Constituição, ou seja, esta temporalização seria melhor definida como sendo uma “destemporalização”.

Esta forma de destemporalização evidencia como as esferas sociais seguem, de forma dessincronizada, comprometendo inclusive direitos sociais, antes priorizados ao tempo da Constituição. Isto, eventualmente, pelo fato de a compreensão da constituição ser conduzida por pressões de um processo de aceleração considerado autojustificado. Estes efeitos iriam na contramão do sentido normativo sensivelmente evidenciado no projeto constitucional de priorizar o direito, ou seja, não afere prioridade/narrativa à vida pública.

Com apoio em Hartmut Rosa, os professores Ernane Salles da Costa Junior e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira em seu artigo “Tempo da constituição e ponte para o futuro: uma análise a partir da teoria crítica da aceleração social”, a este respeito afirmam:

Como efeito, o discurso constitucional tornou-se, para usarmos a expressão de Rosa, “situacionista”: ele já não aspira ao seu horizonte normativo condutor do desenvolvimento social, ao contrário, ele se limita, em sua essência, a reagir às pressões aceleratórias, no lugar de desenvolver perspectivas progressistas próprias. Os compromissos de longo prazo e o sentido performativo do projeto constituinte cedem lugar a “una sensación de cambio frenético y carente de dirección”.<sup>7</sup>

Nesta linha de pensamento, Hartmut Rosa, ao perceber a incompatibilidade entre as instituições político-jurídicas e a ideia de uma forma de aceleração “total”,

---

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; COSTA JÚNIOR, Ernane Salles da. *Tempo da constituição e ponte para o futuro: uma análise a partir da teoria crítica da aceleração social*. Rev. Direito Práx. vol.12 no.1 Rio de Janeiro Jan./Mar. 2021 Epub Mar 03, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/45118>. Acesso em 17 de abril de 2021. p. 36.

evidenciou a necessidade de se buscar um mecanismo capaz de controlar o fenômeno da aceleração “total”, com o intuito de evitar a ocorrência de consequências laterais, decorrentes da impossibilidade de cumprimento de certos requisitos temporais. Por isto, haveria a necessidade de se pensar em alternativas capazes de minimizar, ou até mesmo, tentar controlar seus efeitos, isto é, efeitos deletérios da aceleração.

Este processo de desaceleração serviria como elemento frenador de determinadas tendências aceleratórias, ou seja, um limitador da fluidez da velocidade, em que a concepção da passagem do tempo aconteceria de forma mais branda. Este processo não consistiria em uma forma de tornar devagar o fluxo do tempo, mas sim, em uma tentativa consciente de relacionamento/reconhecimento temporal, ou seja, tentar buscar estabelecer parâmetros mais adequados para nos relacionarmos com o tempo. Desacelerar significaria, neste contexto, compreender os apelos exigidos pela aceleração social do tempo, que nos convoca a fazer mais coisas em menos tempo. Isto é, deveríamos buscar tentar compreender quais prioridades deveriam ser satisfeitas para que não ficássemos reféns das urgências que o tempo nos impõe. Enfim, a desaceleração se faz necessária, uma vez que uma aceleração total poderia colocar em risco o projeto de Constituição.

Esta relação entre a ideia de progresso, que implica em acontecimentos catastróficos, e a possibilidade de desaceleração foi assim pensada em uma longa passagem de *Aceleração*, de Hartmut Rosa. Nesta passagem, o autor também busca apoio nas ideias de Walter Benjamin e a Karl Marx:

Ela significaria fundamentalmente não apenas a readoção da diferenciação funcional, como também a interrupção do processo modernizador como um todo. Seu objetivo de se agarrar à ideia de progresso da Modernidade Clássica por meio da interrupção da espiral de crescimento e aceleração, conservando, assim, o espaço de experiência da história temporizada, é, em si, contraditório: a *ideia de progresso* e, com ela, o *projeto da Modernidade* já implicam, como tentei demonstrar, uma dinamização da Modernidade; ambos representam, de fato, uma *reação* à experiência histórica da aceleração social. Progresso e aceleração estiveram desde o princípio indissociavelmente vinculados entre si e foram pensados para ser *imparáveis*. O *lançar mão de um freio de emergência* só pode ser pensado de maneira consistente, segundo Walter Benjamin, através do rompimento radical e revolucionário com a história, o que seria considerado uma *revolução contra o progresso* e tido, por fim, como “salto redentor” em relação à própria Modernidade, ou seja, tanto de seu projeto quanto de seu processo.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> ROSA, Hartmut. *Aceleração – A transformação das estruturas temporais na Modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 2019. p. 634 e 635. Grifos do original.

Segundo parece, com apoio nas ideias de W. Benjamin, seria mesmo possível penar juntos a catástrofe e o progresso. A aceleração, que tenderia a ser total, é, ou pode ser, sentida como parte dos efeitos catastróficos daquilo que, em um determinado hoje, compreendemos por avanços tecnológicos, técnicos, etc.

## **5. Considerações finais**

Se desacelerar, em totalidade, não é pensado como uma alternativa viável ou exequível, é bem verdade que a aceleração totalizante também, e de forma desenfreada, com o perdão do trocadilho, não conhece freios e, por isto mesmo, se evidencia o paradoxo acima mencionado: de um lado a aceleração tende a se totalizar, de outro é sentida a necessidade de desacelerar. Estamos, parece, à procura de uma saída para este impasse.

## **Referências Bibliográficas**

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; COSTA JÚNIOR, Ernane Salles da. Tempo da Constituição e Ponte para o Futuro: uma análise a partir da teoria crítica da aceleração social. *Rev. Direito Práx.* vol.12 no.1 Rio de Janeiro Jan./Mar. 2021 Epub Mar 03, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/45118>. Acesso em 17 de abril de 2012.

ROSA, Hartmut. *Aceleração – A transformação das estruturas temporais na Modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 2019.



# **Transtorno de identidade da integridade corporal (TIIC) ou disforia da integridade corporal (DIC), dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade sob a perspectiva da teoria libertária**

**Joana Simão Osorio de Barros<sup>1</sup>**  
**Bernardo Gomes Barbosa Nogueira<sup>2</sup>**

## **RESUMO**

O presente artigo trata dos indivíduos com Transtorno de Identidade da Integridade Corporal (TIIC) ou Disforia da Integridade Corporal (DIC), observando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana constitucionalmente reconhecido, analisando os direitos da personalidade, especificamente os previstos nos artigos 11 e 13 do Código Civil de 2002. Colocando, por fim, essa discussão sob a perspectiva da teoria libertária.

**Palavras chave:** teoria libertária, transtorno de identidade da integridade corporal, dignidade da pessoa humana.

## **RESUMEN**

Este artículo trata sobre las personas con Trastorno de Integridad de la Identidad Corporal (TIIC) o Disforia de la Integridad Corporal (DIC), observando el principio fundamental constitucionalmente reconocido de la dignidad humana, analizando los derechos de la personalidad, específicamente los previstos en los artículos 11 y 13 del Código Civil de 2002 . Finalmente, poner esta discusión bajo la perspectiva de la teoría libertaria.

**Palabras clave:** teoría libertaria, trastorno de identidad de integridad corporal, dignidad humana.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pós-graduada em Processo Civil pelo IEC-PUC/MG.

<sup>2</sup> Doutor em Teoria do Direito pela PUC/MG. Professor da UNIVALE. Professor da Faculdade Milton Campos. Professor da UNIPAC/Itabirito.

# 1 TRANSTORNO DE IDENTIDADE DE INTEGRIDADE CORPORAL (TIIC) OU DISFORIA DA INTEGRIDADE CORPORAL (DIC)

O Transtorno de Identidade de Integridade Corporal (TIIC) ou Disforia da Integridade Corporal (DIC) é uma condição ou doença aparentemente rara, pouco estudada e ainda não reconhecida pela Associação Americana de Psiquiatria (APA) no DSM (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais). Foi incluída, recentemente, na Classificação Internacional de Doenças – CID-11 que é mantida pela Organização Mundial da Saúde – OMS como “Disforia da Integridade Corporal” com o código “6C21”. Um dos motivos pelo qual a literatura ainda é escassa sobre esse assunto.

Essa condição ou doença é caracterizada por um desejo intenso e persistente que o indivíduo tem de se tornar fisicamente incapacitado, amputando um ou mais dos seus membros saudáveis (geralmente no lado esquerdo do corpo), ou se tornando paraplégico ou, até mesmo, ficando cego ou surdo. Além disso, pode ser considerada como um distúrbio da imagem corporal.

**Figura 1** – Desejo de ser cego



**Fonte:** Tua Saúde, 2019.

Interessante ressaltar duas peculiaridades observadas nesses indivíduos: (a) a maioria deles finge ser um amputado antes de remover um de seus membros, podendo amarrá-lo nas costas, usar uma cadeira de rodas ou muletas para se locomover; (b) podem apresentar uma excitação sexual relacionada ao desejo da perda de um de seus membros ou de um de seus sentidos.

**Figura 2** – Desejo de amputar a perna e usar muleta para se locomover



**Fonte:** Tua Saúde, 2019.

As pesquisas apontam que tal transtorno tem início entre os 08 (oito) e os 12 (doze) anos de idade e é mais comum em pessoas do sexo masculino.

Nos dizeres de Bayne e Levy (2005, p. 76), “há uma falha em conformar a experiência corporal com a atual estrutura do corpo, como se houvesse uma incompatibilidade entre o corpo do indivíduo e como eles o experimentam” (apud SCHAEFER, 2016, p. 47).

Anna Sedda entende o Transtorno de Identidade de Integridade Corporal (TIIC) ou Disforia da Integridade Corporal (DIC) como:

O desejo de amputar um membro saudável ou, mais raramente, um desejo de ser paraplégico ou cego. Em todos os casos, os doentes sentem que seu corpo não está completo em seu estado atual.

Eles são atormentados pela sensação de que seu corpo não é como deveria ser.

Os indivíduos com o transtorno muitas vezes acabam buscando amputação por meio de métodos extremos e perigosos, tamanho o sofrimento que a condição pode causar. Há relatos de indivíduos que refrigeraram uma perna a tal ponto que, quando internados no hospital, os médicos não tiveram escolha senão amputá-la pelo processo de necrose. (SEDDA, 2016).

Nesse sentido, em uma matéria publicada no jornal *The Guardian* no dia 30 (trinta) de maio de 2012, Moheb Costandi escreveu:

Alguns constroem guilhotinas caseiras, explodem seus membros indesejados com uma espingarda ou tentam deitar embaixo de um carro levantado e tentam esmagá-lo. Um método particularmente popular é submergir o membro em gelo seco por várias horas, a fim de danificá-lo irreparavelmente e, assim, forçar os médicos a amputar. (COSTANDI, 2012).

Ao final da sua matéria, citou um caso de um homem de 79 (setenta e nove) anos de Nova Iorque que, em maio de 1998, viajou para o México a fim de amputar uma de

suas pernas no mercado negro. No entanto, cerca de uma semana depois, ele morreu em um motel devido a uma gangrena.

Como possibilidade de tratamento para esse (a) transtorno/disforia, alguns estudos indicam o acompanhamento do indivíduo com o psiquiatra e com o psicólogo para o uso de antidepressivos e de terapia cognitivo-comportamental. No entanto, observa-se que a conduta mais eficaz seria a cirúrgica a fim de amputar um ou mais membros saudáveis do corpo. Contudo, esse tipo de intervenção não é legalmente permitido.

Assim, conceituado brevemente o que seja esse (a) transtorno/disforia, analisaremos se é possível aliar a vontade que alguns indivíduos têm de amputar seus membros saudáveis com as restrições impostas pelo Código Civil Brasileiro, observando, em especial, o princípio maior, constitucionalmente afirmado: a dignidade da pessoa humana.

Feita essa análise, colocaremos a discussão sob a perspectiva da teoria libertária.

## 2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Podemos inferir que há um consenso quase universal entre juristas e filósofos de que a expressão “dignidade humana” é um conceito que tem muitos significados.

Daniel Sarmento discorre de forma clara e precisa sobre o tema em seu livro, *Dignidade da Pessoa Humana – Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*, sendo cuidadoso em discutir, primeiramente, a concepção de “pessoa” implícito à ordem constitucional brasileira. Vejamos:

Uma ordem jurídica se funda sobre certas premissas, que nem sempre estão explicitamente articuladas em textos legais. Pode-se dizer que o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro se lastreia em uma **premissa antropológica**, que se deixa entrever em diversas passagens da Constituição e que é vital para a definição dos contornos do princípio da **dignidade da pessoa humana**. Trata-se da ideia de **pessoa concreta, que é racional, mas também sentimental e corporal; que é um fim em si mesmo, mas não uma “ilha” separada da sociedade; que deve ter a sua autonomia respeitada, mas também precisa da garantia das suas necessidades materiais básicas e do reconhecimento e respeito de sua identidade**. (SARMENTO, 2012, p. 70, grifo nosso).

[...]

O certo é que os pilares da ordem constitucional brasileira convergem para uma compreensão da pessoa humana como *centro e razão última da ordem jurídica*. Mas se trata da **pessoa concreta, enraizada, de carne e osso, que tem o direito de se autodeterminar, mas também experimenta**

**necessidades materiais e espirituais**, e que só realiza na vida em sociedade em sua relação com o outro. (SARMENTO, 2012, p. 74, grifo nosso).

Adentrando ao princípio da dignidade da pessoa humana, o aludido autor (2012, p. 77) explica que este “é um importante *fundamento da ordem jurídica e da comunidade política*”. Afirmando ser um dos mais importante da República.

De suma importância destacar que no Direito Internacional, mais precisamente no Pacto dos Direitos Civis e Políticos e no Pacto dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais (os dois tratados mais importantes sobre direitos humanos da Organização das Nações Unidas – ONU), foi da mesma forma acolhido que a dignidade humana é o fundamento dos direitos humanos.

Günther Maluschke (2007, p. 96) destaca que “apesar de sua polissemia, compreende-se esse conceito como princípio fundamental dos direitos humanos e também dos direitos fundamentais consagrados nas constituições de muitos Estados democráticos”.

Ainda, o referido autor apresenta a dignidade da pessoa humana como:

Um conceito jurídico normativo, designa o valor absoluto de cada ser humano, é o denominador comum de todos os homens, é também uma forma de comportamento pela qual se distinguem comportamentos dignos e indignos, é um valor intrínseco do homem, uma qualidade inerente ao homem, um atributo do ser humano, um princípio absoluto. Positivada nas constituições é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, fonte jurídico-positivo dos direitos fundamentais, valor básico fundador de todos os direitos humanos, núcleo forte da Constituição, é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, está no “epicentro” da ordem jurídica. (MALUSCHKE, 2007, p. 107)

Pois bem. O princípio da dignidade da pessoa humana, instituído como fundamental pela Constituição Federal de 1988, está previsto no artigo 1º, inciso III.

Certa a colocação de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald no sentido de que tal princípio:

[...] impõe reconhecer a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e para sua realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade. Enfim, o postulado fundamental da ordem jurídica brasileira é a dignidade da pessoa humana, **enfeixando todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, englobando a afirmação de sua integridade física, psíquica e intelectual, além de garantir a sua autonomia e livre desenvolvimento da personalidade.** (CHAVES; ROSENVALD, 2012, p. 160, grifo nosso).

Corroborando com esse entendimento, Mariana Lara diz que “só é possível falar em pessoa e, mais além, em pessoa digna quando há autonomia, interação, valores constitutivos e corpo”. (LARA, 2014, p.).

Abrindo um parêntese, em maio de 2017, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou o entendimento de que o direito dos transexuais à retificação da certidão de nascimento em relação ao nome e ao sexo não poderia ser condicionado à realização de cirurgia de adequação sexual (transgenitalização). Atentemos ao julgado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E DO SEXO (GÊNERO) MASCULINO PARA O FEMININO. PESSOA TRANSEXUAL. DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. 1. À luz do disposto nos artigos 55, 57 e 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), infere-se que o princípio da imutabilidade do nome, conquanto de ordem pública, pode ser mitigado quando sobressair o interesse individual ou o benefício social da alteração, o que reclama, em todo caso, autorização judicial, devidamente motivada, após audiência do Ministério Público. 2. Nessa perspectiva, observada a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, admite-se a mudança do nome ensejador de situação vexatória ou degradação social ao indivíduo, como ocorre com aqueles cujos prenomes são notoriamente enquadrados como pertencentes ao gênero masculino ou ao gênero feminino, mas que possuem aparência física e fenótipo comportamental em total desconformidade com o disposto no ato registral. 3. Contudo, em se tratando de pessoas transexuais, a mera alteração do prenome não alcança o escopo protetivo encartado na norma jurídica infralegal, além de descurar da imperiosa exigência de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que traduz a máxima antiutilitarista segundo a qual cada ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo e não como um meio para a realização de finalidades alheias ou de metas coletivas. 4. Isso porque, se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade. 5. Assim, a segurança jurídica pretendida com a individualização da pessoa perante a família e a sociedade - *ratio essendi* do registro público, norteado pelos princípios da publicidade e da veracidade registral - **deve ser compatibilizada com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que constitui vetor interpretativo de toda a ordem jurídico-constitucional**. 6. Nessa compreensão, o STJ, ao apreciar casos de transexuais submetidos a cirurgias de transgenitalização, já vinha permitindo a alteração do nome e do sexo/gênero no registro civil (REsp 1.008.398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 18.11.2009; e REsp 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 18.12.2009). 7. A citada jurisprudência deve evoluir para alcançar também os transexuais não operados, conferindo-se, assim, a máxima efetividade **ao princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana, cláusula geral de tutela dos direitos existenciais inerentes à personalidade, a qual, hodiernamente, é concebida como valor fundamental do ordenamento jurídico**, o que implica o dever inarredável de respeito às diferenças. 8. Tal

valor (e princípio normativo) supremo envolve um complexo de direitos e deveres fundamentais de todas as dimensões que protegem o indivíduo de qualquer tratamento degradante ou desumano, garantindo-lhe condições existenciais mínimas para uma vida digna e preservando-lhe a individualidade e a autonomia contra qualquer tipo de interferência estatal ou de terceiros (eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais). 9. Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral). 10. Consequentemente, à luz dos direitos fundamentais corolários do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, infere-se que o direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização, para muitos inatingível do ponto de vista financeiro (como parece ser o caso em exame) ou mesmo inviável do ponto de vista médico. 11. Ademais, o chamado sexo jurídico (aquele constante no registro civil de nascimento, atribuído, na primeira infância, com base no aspecto morfológico, gonádico ou cromossômico) não pode olvidar o aspecto psicossocial defluente da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo, o qual, tendo em vista a *ratio essendi* dos registros públicos, é o critério que deve, na hipótese, reger as relações do indivíduo perante a sociedade. 12. Exegese contrária revela-se incoerente diante da consagração jurisprudencial do direito de retificação do sexo registral conferido aos transexuais operados, que, nada obstante, continuam vinculados ao sexo biológico/cromossômico repudiado. Ou seja, independentemente da realidade biológica, o registro civil deve retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, de quem não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização para o gozo de um direito. 13. Recurso especial provido a fim de julgar integralmente procedente a pretensão deduzida na inicial, autorizando a retificação do registro civil da autora, no qual deve ser averbado, além do prenome indicado, o sexo/gênero feminino, assinalada a existência de determinação judicial, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se a publicidade dos registros e a intimidade da autora.

(STJ - REsp: 1626739 RS 2016/0245586-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/05/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2017)

Consideremos que os principais fundamentos usados para embasar tal julgamento foram: o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais à identidade, à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão do Estado), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade, à não discriminação, à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral).

Analogamente aos sujeitos que possuem o Transtorno de Identidade de Integridade Corporal (TIIC) ou Disforia da Integridade Corporal (DIC), esses, certamente, seriam os mesmos fundamentos para permitir que eles, através de um

profissional competente, amputassem um ou mais dos seus membros saudáveis, ou se tornassem paraplégicos, ou ficassem cegos ou surdos.

Por fim, não poderíamos deixar de comentar rapidamente sobre um cenário cada vez mais atual em nosso país: “a dignidade num contexto desigual”.

O sábio jurista Daniel Sarmiento declara:

Trata-se de uma desigualdade multidimensional, que não diz respeito apenas à elevada concentração de renda. Ela também se manifesta em outros planos, como na falta de acesso universal às liberdades básicas e aos serviços públicos, no tratamento dispensado às pessoas por agentes estatais e por particulares, na plutocratização da política e no desrespeito às diferenças identitárias. Essa desigualdade tem um forte componente econômico, mas também se deixa permear por outros critérios de diferenciação para a eleição das suas vítimas. Além dos pobres, ela também estigmatiza outros grupos vulneráveis, como os negros, os indígenas, as mulheres, os homossexuais, os presos e as pessoas com deficiência, cada um do seu modo.

Tais padrões desigualitários não são o produto contingente de alguma crise social ou econômica passageira. Eles não se devem aos insucessos desse ou daquele governo. O problema é crônico e está profundamente enraizado em nossa história e cultura. Nossa desigualdade tem direta ligação com o passado escravocrata, com o desenvolvimento tardio e incompleto da noção de cidadania e com a nossa enorme dificuldade em superar uma compreensão pré-moderna, hierárquica e estamental das relações sociais, em que direitos e deveres são concebidos não em bases universalistas, mas a partir da posição ocupada por cada indivíduo na estrutura social. (SARMENTO, 2012, p. 59/60).

Os sujeitos de direito precisam ter uma tutela jurídica especial consistente em reclamar direitos fundamentais imprescindíveis ao exercício de uma vida digna.

### **3 DIREITOS DA PERSONALIDADE, INTEGRIDADE FÍSICA E SUAS LIMITAÇÕES**

Existem duas espécies de pessoas: as pessoas naturais (também chamadas de pessoas físicas) e as pessoas jurídicas as quais se reconhece uma proteção fundamental. Nos dizeres de Cristiano Chaves de Farias e de Nelson Rosendal (2012, p. 166), “a pessoa natural (ou pessoa física) é o ente provido de estrutura biopsicológica, trazendo consigo uma complexa estrutura humana, composta de corpo, alma e intelecto”. Essa pessoa, enquanto sujeito de direito, é titular de direitos da personalidade. Esses direitos estão ligados ao desenvolvimento do ser humano, caracterizando-se como garantia para a conservação de sua dignidade.



Os direitos da personalidade estão consagrados no Código Civil em seu Capítulo II e abrangidos pelos artigos 11 ao 21. A fim de abordar o que mais nos interessa neste artigo, falaremos especificamente dos artigos 11 e 13 do referido diploma legal.

### 3.1 Artigo 11 do Código Civil

Dispõe esse artigo que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

As peculiaridades mais relevantes nos direitos da personalidade são a sua intransmissibilidade e irrenunciabilidade. Contudo, o entendimento sobre os direitos da personalidade deve ocorrer sob o prisma da indisponibilidade relativa. Isso, porque, o próprio artigo 11 traz a exceção, qual seja, “dos casos previstos em lei”. Nesse sentido, o Enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil assenta que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente, nem geral”. A título de exemplo é possível ceder o uso da imagem, de forma gratuita ou onerosa, durante um limite de tempo. Além disso, admite-se a doação de órgãos humanos duplos ou regeneráveis.

Porém, o Enunciado 139 da III Jornada de Direito Civil coloca que “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, **ainda que não especificamente previstas em lei**, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”, indo, em parte, ao encontro do artigo 11 no que diz respeito à “**exceção dos casos previstos em lei**” (grifo nosso).

No entendimento de Fernanda Shaefer:

[...] nota-se a dualidade de tratamento, pois em algumas situações admite-se, sem grandes questionamentos quanto à disponibilidade, a limitação permanente do direito ao próprio corpo como nos já tolerados *piercings*, tatuagens, circuncisões, cirurgias plásticas estéticas... e em tantas outras, como no caso dos indivíduos que desejam amputar um membro saudável, rechaça-se a autonomia em nome de uma leitura equivocada da tutela da integridade física. (SHAEFER, 2016, p. 53)

Desta forma, o referido artigo deve ser interpretado sob o princípio da dignidade humana e, não apenas, em seu sentido textual. Com entendimento similar, o Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil dispõe que “os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, **são expressões da cláusula geral de**

**tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana)” (grifo nosso).**

### **3.2 Artigo 13 do Código Civil**

Dispõe esse artigo que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.”

Parece que o legislador se preocupou em proteger o corpo apenas sob o seu aspecto físico. Como dito anteriormente, a pessoa natural (ou física) é provida de estrutura biopsicológica. Ou seja, o corpo deve ser considerado como um grupo resultante de interações físico, psíquica, social e conformador da identidade pessoal. Sendo assim, deve-se propiciar a defesa do corpo em sua multiplicidade, reconhecendo-se os atos de autodeterminação voltados a realização de interesses pessoais existenciais.

Mariana Lara ao criticar o sistema jurídico e o conservadorismo do Direito no que concerne a automanipulação do corpo, nos mostra que para essa instituição:

O corpo é visto como um dado natural, pronto e acabado, não passível de modificações artificiais. O Direito, em seu conservadorismo arrebatador, endossa tais concepções medievais, inserindo-as em seus diplomas normativos. A pessoa humana é um ser **autônomo**, que pode escolher a vida boa que pretende viver. (LARA, 2014, p. 69, grifo nosso)

Por meio do corpo, a pessoa pode exercer sua autonomia, que é a capacidade de se autodeterminar, de fazer escolhas. É poder escolher o que é vida boa para si e buscar sua realização. (LARA, 2014, p. 24)

Autonomia também admitida por Fernanda Shaefer ao dizer que:

A autonomia defendida não é aquela plena e irrealizável, alheia aos valores sociais; mas sim, uma autonomia razoável, ponto de equilíbrio entre a dominação completa e a liberdade absoluta, capaz de conciliar a autorealização pessoal, dignidade da pessoa humana, desenvolvimento da personalidade e valores decorrentes do princípio da solidariedade social. Uma autonomia concretizadora de liberdades individuais e construída por meio da privacidade. (SHAEFER, 2016, p. 54)

Assim, entende-se que a autonomia sobre o próprio corpo está relacionada à dignidade humana.

#### 4 TEORIA LIBERTÁRIA

Segundo a teoria libertária, “cada um de nós tem o direito fundamental à liberdade – temos o direito de fazer o que quisermos com aquilo que nos pertence, desde que respeitemos os direitos dos outros de fazer o mesmo”. (SANDEL, 2015, p. 78)

Michael J. Sandel ainda acrescenta:

A ideia de um indivíduo ser dono de si mesmo é interessante, em especial para aqueles que procuram um fundamento forte para os direitos individuais. A ideia de que pertença a mim mesmo, e não ao Estado ou à comunidade política, é uma forma de explicar por que é errado que eu sacrifique meus direitos em favor do bem-estar alheio. (SANDEL, 2015, p. 89)

[...]

O conceito de que somos donos de nós mesmos aparece em muitas discussões sobre a liberdade de escolha. **Se sou dono do meu corpo, da minha vida e da minha pessoa, devo ser livre para fazer o que quiser com eles (desde que não prejudique os outros)**. (SANDEL, 2015, p. 90, grifo nosso).

Entendimento similar é o de Robert Nozick (2011, p. 9) quando afirma que “a liberdade individual consiste no direito fundamental de todo homem viver segundo suas próprias escolhas, dispondo de seus bens e do seu tempo como bem entender, desde que respeite a igual liberdade dos outros” (apud ROCHA; GALUPPO, 2016, p. 135-136).

De acordo com os libertários, o papel do Estado dentro da sociedade deve ser o menor possível – Estado Mínimo – a fim de que os indivíduos tenham mais autonomia e liberdade nas suas escolhas, sob a condição de não lesar outrem.

Nessa perspectiva, Michael J. Sandel discorre:

O libertário rejeita três tipos de diretrizes e leis que o Estado moderno normalmente promulga:

**1. Nenhum paternalismo.** Os libertários são contra as leis que protegem as pessoas contra si mesmas. As leis que tornam obrigatório o uso do cinto de segurança são um bom exemplo, bem como as leis relativas ao uso de capacetes para motociclistas. Embora o fato de dirigir uma moto sem capacete seja uma imprudência, e mesmo considerando que as leis sobre o uso de capacetes salvem vidas e evitem ferimentos graves, os libertários

argumentam que elas violam o direito do indivíduo de decidir os riscos que quer assumir. **Desde que não haja riscos para terceiros e que os pilotos de motos sejam responsáveis pelas próprias despesas médicas, o Estado não tem o direito de ditar a que riscos eles podem submeter seu corpo e sua vida.**

**2. Nenhuma legislação sobre a moral.** Os libertários são contra o uso da força coerciva da lei para promover noções de virtude ou para expressar as convicções morais da maioria. A prostituição pode ser moralmente contestável para muitas pessoas, mas não justifica leis que proibam adultos conscientes de praticá-la. [...]

**3. Nenhuma redistribuição de renda ou riqueza.** A teoria libertária dos direitos exclui qualquer lei que force algumas pessoas a ajudar outras, incluindo impostos para redistribuição de riqueza. [...]

O Estado não tem mais direito de forçar o contribuinte abastado a apoiar os programas sociais para o pobre do que um ladrão benevolente de roubar o dinheiro do rico para distribuí-lo entre os desfavorecidos. (SANDEL, 2015, p. 67/68, grifo nosso)

Bruno Rocha e Marcelo Galuppo, em seu artigo, *Paternalismo libertário no Estado Democrático de Direito*, comentam:

Em outras palavras, os libertários acreditam que a interferência estatal deva restringir-se ao aspecto corretivo da justiça, recusando qualquer legitimidade à sua dimensão distributiva, por meio da qual o Estado interviria para redistribuir os bens que decorrem da vida em comum, produzindo como resultado a igualdade. (ROCHA; GALUPPO, 2016, p. 136).

No entanto, os mesmos autores fazem uma ponderação de suma importância:

No entanto, a Constituição de 1988 (CF), cuja matriz é o Estado Democrático de Direito, em diversas oportunidades atribui ao Estado uma função ativa, que extrapola os limites da justiça meramente corretiva, a fim de conduzir o sistema para as posições determinadas pelos objetivos de política econômica. Seu art. 174, por exemplo, afirma que o Estado deve atuar como agente *normativo* e *regulador* da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, as funções de *fiscalização*, *incentivo* e *planejamento*, sendo este determinante para o setor público e apenas indicativo para o setor privado. Com efeito, **as funções de regulação, incentivo e planejamento implicam uma interferência estatal mais expressiva na liberdade individual, alegadamente incompatível com a ideia libertária de justiça.** Entretanto, talvez essa incompatibilidade seja apenas aparente. (ROCHA; GALUPPO, 2016, p. 136, grifo nosso).

Após essa breve síntese sobre o que se entende a respeito da teoria libertária, apresentaremos o que foi discutido ao longo deste artigo sob a perspectiva da referida teoria.

O brilhante filósofo Michael J. Sandel trouxe em seu livro, *Justiça – O que é fazer a coisa certa*, a discussão sobre a proibição, na maioria dos países, de as pessoas venderem e comprarem órgãos para fins de transplante. Parte dessas pessoas alegaram

que inúmeros indivíduos morrem todos os anos à espera de um transplante de rim (por exemplo) e sustentaram que as leis que proíbem a comercialização de órgãos deveriam ser alteradas, adotando-se completamente o raciocínio da teoria libertária que possui como base o princípio da propriedade de si mesmo (corpo e vida). Fazendo analogia a essa discussão, entende-se que o mesmo se aplicaria aos indivíduos com Transtorno de Identidade de Integridade Corporal (TIIC) ou Disforia da Integridade Corporal (DIC), o que permitiria a eles exercerem as suas liberdades de escolha, determinando o que seria melhor, vivendo de forma plena e digna.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo apresentou uma análise dos indivíduos com Transtorno de Identidade de Integridade Corporal (TIIC) ou Disforia da Integridade Corporal (DIC), observando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana constitucionalmente reconhecido, analisando os direitos da personalidade, especificamente os previstos nos artigos 11 e 13 do Código Civil de 2002 e, trazendo, ao final, toda a discussão sob a perspectiva da teoria libertária.

Não há tratamento baseado em evidências (“*Evidence-based medicine – EBM*”) para esse (a) transtorno/disforia. O que existe são alguns estudos de casos que relatam a possibilidade do uso da terapia cognitivo-comportamental e de antidepressivos, mas sem sucesso comprovado. Contudo, observaram-se casos nos quais as amputações de membros saudáveis trataram de forma eficaz os indivíduos afetados por tal condição ou doença, podendo ser o melhor recurso terapêutico para eles. No entanto, como essa conduta é realizada de maneira não convencional, ou seja, através de cirurgia por um profissional habilitado para tanto, tais indivíduos correm sérios riscos de morte.

Desse modo, conclui-se que se o nosso país adotasse a teoria libertária, não seria preciso levantar essa discussão e, muito mais que isso, os indivíduos com Transtorno de Identidade de Integridade Corporal (TIIC) ou Disforia da Integridade Corporal (DIC) teriam seu sofrimento minimizado sem, muitas vezes, chegarem à depressão e/ou ao suicídio. Ainda, não correriam o risco de perder suas vidas ao amputarem seus membros saudáveis da maneira que enxergassem mais viável ou conveniente. Poderiam exercer sua autonomia, sem a interferência do Estado ou de terceiros, determinando o que seria melhor para eles, vivendo de forma plena e digna.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL, Lei nº10.406, de 16 de Janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 20 de set. 2019.

BRASIL, Constituição de 05 de Outubro de 1988 (Constituição da República Federativa do Brasil). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 de set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1626739 – RS (2016/0245586-9). Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Interessado (a): M. D. da L. R. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 09 de maio de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9>>. Acesso em: 04 de fev. 2020.

COSTANDI, Moheb. *The science and ethics of voluntary amputation*. The Guardian: 30 de mai. 2012. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/science/neurophilosophy/2012/may/30/1>>. Acesso em: 10 de fev. 2020.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016

FARIA, Cláudia. *Transtorno de Identidade e Integridade Corporal: o que é e como tratar*. Tua Saúde: set. 2019. Disponível em: <<https://www.tuasaude.com/transtorno-de-identidade-e-integridade-corporal/>>. Acesso em: 28 de fev. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, v.1.

ICD-11 – Mortality and Morbidity Statistics. *icd.who.int. 6C21 Body integrity dysphoria*. Disponível em: <<https://icd.who.int/browse11/1-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/256572629>>. Acesso em: 10 de fev. 2020.

LARA, Mariana. **O direito à liberdade de uso e (auto) manipulação do corpo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

MALUSCHKE, Günther. *A Dignidade Humana Como Princípio Ético-Jurídico*. Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, ISBN 1807-3840, Fortaleza, v. 27, jul-dez. 2007/2. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20418>>. Acesso em: 23 set. 2019.

MORETTO, Júlia. *TIIC: a doença que faz o paciente querer amputar os membros*. Jornal Ciência. Disponível em: <<https://www.jornalciencia.com/xenomelia-ou-transtorno-integridade-identidade-corporal/>>. Acesso em: 21 de set. 2019.

ROCHA, Bruno Anunciação; GALUPPO, Marcelo Campos. Paternalismo libertário no Estado Democrático de Direito. Brasília, ano 53, n. 210, p. 135-148, abr./jun. 2016.

SEDDA, Anna. *New hope for people obsessed with amputating one of their own limbs*. The Conversation: 03 de jun. 2016. Disponível em: <<https://theconversation.com/new-hope-for-people-obsessed-with-amputating-one-of-their-own-limbs-59184>>. Acesso em: 21 de set. 2019.

SANDEL, Michael J. **JUSTIÇA. O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. **Novos Direitos Privados**. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda., 2016.

# **EDUCAÇÃO E DIVERSIDADE: PELA REVISÃO DOS CURRÍCULOS JURÍDICOS ALICERÇADA NA PROMOÇÃO DA CIDADANIA**

Luiz Carlos Garcia

Mariah Brochado Ferreira

Nayara Maria de Lima

Antônio Augusto Máximo Vaz Souza

## **INTRODUÇÃO**

Ao se referir a gênero, tanto na perspectiva identitária quanto da própria expressão, bem como a orientação sexual, tem-se um padrão preestabelecido que exclui todo aquele que dele se distancia. Desta forma, o objetivo é suscitar as muitas questões que envolvem a ideia, de forma científica, socialmente relevante e em consonância com a construção de uma sociedade plural e atenta ao respeito dos Direitos Humanos. Temas que fazem parte desse universo, tais como: identidade de gênero, identidade sexual, violência simbólica, masculinidade tóxica, dentre outros, serão debatidos e enfrentados, bem como discussões aprofundadas sobre violência e discriminação, como forma de violação direta a dignidade da pessoa humana e, portanto, de não efetivação dos Direitos Humanos.

Conforme previsto nos artigos 5º e 6º, da Constituição Federal, é assegurado a igualdade de todos perante a lei “sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Bem como a garantia de direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Indiscutivelmente, sabemos que a nenhum dos brasileiros estes direitos são assegurados de forma integral, pelo Estado. Neste sentido, a não compreensibilidade do gênero de um corpo pressupõe, portanto, determinados riscos sociais. Conforme será exposto neste artigo, a experiência da transgeneridade é cercada de uma série de reações sociais que tornam esses



indivíduos extremamente vulneráveis à violência e à morte, como a hipersexualização e a objetificação, a patologização e a exclusão das instituições de ensino e do mercado de trabalho formal, haja vista que tais sujeitos, em sua grande parcela, são expulsos de casa, ficam impossibilitados de frequentar as instituições de ensino, não conseguem emprego e conseqüentemente, tem-se a exclusão em todos os campos sociais.

## **1. PSEUDONATURALISMO E A INVISIBILIDADE DAS PESSOAS TRANSEXUAIS**

Há muita e grande confusão sobre quem é quem e o que significa pertencer a determinado grupo quando se trata das definições e separações envolvendo a chamada comunidade LGBTI+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e transexuais, Intersexuais e o + abarcando outras denominações e categorizações) - que é a opção de utilização de sigla do presente trabalho, pois há outras que acrescentam outros grupos como *Queers* (Q), Assexuais (A) ou repetem o “T” simbolizando, separadamente, travestis e transexuais, e assim sucessivamente.

Por uma opção didática e por fazer maior sentido nas discussões a que se propõe a reflexão posta, faremos uma diferenciação entre esses e outros grupos, frisando principalmente aspectos essenciais como em que ordem pertencem de maneira direta - gênero ou identidade sexual - e suas principais características. Saliente-se desde agora que, trata-se de definições cunhadas e utilizadas no meio acadêmico, bem como o que está em debate são aspectos da subjetividade e formação dos seres, devem ser resguardadas as especificidades e principalmente a maneira como cada um se vê e identifica no fenômeno social posto.

Entretanto, mesmo tendo como base para todo o raciocínio e diretriz para o entendimento e conseqüentemente para possíveis ações, principalmente do poder público, o respeito à autodeterminação do sujeito, ainda é relevante para os estudos, conhecer os indivíduos e as categorias que são formadas a partir de determinadas características comuns. Ainda, como uma questão de ordem de luta política, tais categorias ajudam no sentido de que esses grupos se organizem e continuem buscando pelo reconhecimento de direitos que lhes são negados. Ou seja, ainda que possam ser tecidas críticas a essas categorizações - e elas serão feitas - trata-se de algo ainda necessário em um contexto de extrema discriminação, especialmente para alguns. Afinal não se pode perder de vista que, dentro do universo minorias sexuais, há diferentes vulnerabilidades e cada qual com graus de violência também muito específicos.

Majoritariamente há uma definição muito clara da separação de três esferas: sexo, gênero e orientação sexual, cada qual com conceitos e características próprias. Saliente-se que não nos filiamos a essa divisão, como já demonstrado, porém como se trata de termos amplamente utilizados é mister para compreender melhor e inclusive perceber a inaplicação, conhecer cada um. De acordo com cada uma das esferas acima, tem-se indivíduos que delas fazem parte e que especificidades que não podem ser ignoradas.

Na perspectiva do sexo, há três possibilidades quando do nascimento: sexo masculino (possui como genitália um pênis), sexo feminino (possui como genitália uma vagina) e o intersexo (possui uma genitália que não se enquadra perfeitamente em nenhuma das duas). Nesse campo a única definição que abre espaço para maiores digressões é a intersexualidade. Com todas as colocações também já feitas, a separação em masculino e feminino tem base em uma análise médica simples dos genitais do recém-nascido. De acordo com o genital externo, define-se se trata de indivíduo do sexo masculino ou feminino, inscrição essa que irá em seu assento de nascimento.

Em razão da especialidade do tema, daremos especial destaque a intersexualidade. O termo intersexual origina-se como substitutivo ao termo hermafrodita, que era utilizado anteriormente, e vem com uma pecha de preconceito e estigmatização. A intersexualidade é encarada normalmente no campo da patologia, e por isso alguns autores apontam a busca imediata por parte dos médicos no sentido de conformar o indivíduo em um dos dois sexos - masculino ou feminino. Segundo Fausto-Sterling, no século XIX, o controle sobre os corpos hermafroditas era realizado pelo Poder Judiciário, que se valia de orientações de médicos e padres para decidir. A partir da década de trinta, do século XX, os médicos assumem de forma direta esse papel sobre a sexualidade e passam, por meio da utilização de cirurgias e tratamentos hormonais, a readequação dos “corpos ambíguos” (2000).

A situação do intersexual é um verdadeiro desafio ao discurso naturalista e biologizante, pois fere as próprias definições de um corpo que necessariamente será de uma forma A ou B. Isso é muito bem pontuado por Paula Gaudenzi, no trabalho intitulado *Intersexualidade: entre saberes e intervenções*, veja-se:

A condição intersexual interpela o sentido de normalidade, fragiliza o discurso científico biologizante, evidencia a complexidade de significar o corpo sexuado e ameaça a corporalidade comum que mantém a previsibilidade e a ordem tão desejadas em uma sociedade em que a tecnologia de poder é centrada na gestão da vida (2018).

Daí se extrai a busca imediata por cirurgias e tratamentos que coloquem fim aquela situação, afinal ela corresponde a um rompimento com um ideário de certo e normal. O conceito de intersexual, que é amplamente utilizado, trata-se de um conceito médico, onde se determina que o intersexo é o resultado de uma diferenciação incompleta ou imperfeita dos órgãos genitais. São ainda divididos em verdadeiros, quando há a produção de tecido ovariano e testicular independente da conformação do genital e pseudointersexo, quando as gônadas e a genitália são discordantes entre si (MARTINS; VIANA; GEBER, 2000). Nota-se aqui a completa redução da questão no fenômeno biológico e é exatamente isso que é criticado por alguns teóricos, por considerarem que essa filosofia naturalista, causa prejuízos ao indivíduo ao submetê-lo a diversas intervenções - cirúrgicas e hormonais - que podem ter consequências sérias sobre o organismo, simplesmente por não haver o enquadramento a divisão binária de sexo.

O Conselho Federal de Medicina possui uma resolução que trata diretamente do “tratamento” do intersexual. A resolução nº 1.664, de 13 de maio de 2003, classifica a intersexualidade enquanto uma anomalia da diferenciação sexual e estabelece os procedimentos que devem ser adotados. Interessante colocação é feita na exposição de motivos da resolução onde é dito que “o nascimento de crianças com sexo indeterminado é uma urgência biológica e social”, ou seja, é nítido aqui o encarar biológico/patológico da questão.

Quando passamos para a denominada esfera do gênero, a questão ganha novos contornos exatamente por estarmos diante de um fenômeno iminente cultural. Em que pese o sexo também ser determinado discursivamente e, portanto, igualmente ser um atributo que a cultura constrói, no gênero isso fica especialmente pungente. O conceito de gênero já traz essa concepção de algo social, para Joan Scott:

“(...) gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder” (1989).

Essa concepção do gênero como um dispositivo de poder é atualmente a mais aceita, exatamente por colocar e significar o que ao final o gênero se coloca enquanto significado, uma relação de poder desde o princípio. Dentro da categoria gênero têm-se dois grupos, cada um com duas subdivisões, a saber, os cisgêneros, pessoas cujo gênero se adequa de forma perfeita ao sexo morfológico, e os transgêneros, cuja identificação e auto percepção é diversa do sexo morfológico. Na categoria cisgênero tem-se a mulher-cis e o homem-cis, já na categoria transgênero tem-se a mulher-trans e o homem-trans.

Alguns autores fazem uma diferenciação sobre a identidade de gênero e a expressão de gênero, onde a primeira corresponderia a como o indivíduo se percebe e a segunda sobre como a sociedade impõe que cada gênero se manifeste. A nosso sentir, o que se chama de expressão de gênero é na verdade mais uma tecnologia de condicionamento dos gêneros e, portanto, parte da própria ideia de gênero (CECARELLI, 2013).

As pessoas transexuais são, portanto, indivíduos que se identificam com determinado gênero que não condiz com sua alocação na divisão binária e médico-sexual vigente. O que repercute diretamente na maneira como essa pessoa irá se portar perante a sociedade. As tecnologias de gênero que nos são impostas desde a primeira infância nos levam a entender e conceber de forma muito clara e demarcada os papéis do homem e da mulher na sociedade. Logo, as pessoas transexuais acabam por agir conforme tais determinações.

Assim, não é incomum que mulheres-trans encarnem o ápice das características de feminilidade e homens-trans também busquem a maior aproximação possível com o universo da masculinidade, o que é problemático, pois isso pode representar verdadeira violência para com as próprias pessoas tendo por base que, tais universos são construídos e pautados sem muita abertura a qualquer ideia de diversidade.

De maneira didática pode-se estabelecer que, uma mulher-trans é aquela que nasceu com um genital tido como masculino, mas que se autodetermina como mulher; enquanto o homem-trans é aquele que nasceu com um genital feminino, mas se autodetermina homem. Aqui tem-se importante questão a ser comentada, relacionada à autodeterminação, ou seja, o fator decisivo é de ordem subjetiva, é como cada pessoa se percebe e se determina no fenômeno social.

Ainda, na esfera do gênero e de suas manifestações sociais, há outras possibilidades como as *crossdresser* e travestis. Não é incomum invocar-se comparações de ordem da identidade sexual para trabalhar essas categorias, o que não faz qualquer sentido, haja vista tratar-se de assuntos que podem e se comunicam, mas que não são sinônimos. Entre as pessoas que escrevem sobre a temática há divergências sobre a conceituação. Algumas, como a autora Débora Caroline Pereira Chaves (2017) no livro - *Afinal, quem sou eu para o direito? Reflexões sobre a tutela do transgênero no Brasil* - apontam que a travesti é alguém que apesar de não possuir problemas em relação a sua conformação física, principalmente a genitália, traço esse apontado como principal diferença entre a travesti e a transexual, gosta de se vestir com indumentária do gênero oposto ao estipulado com base no sexo morfológico. E colocam que os *crossdressers* são indivíduos do sexo masculino que gostam de vestir roupas do gênero oposto, mas sem identificação com esse universo no que diz respeito a sua identidade.

Outras como a autora Eliane Chermann Kogut (2006) em tese de doutoramento no programa de pós-graduação em psicologia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, aponta a travestilidade e o *crossdresser* como expressões equivalentes. Da leitura feita, não nos parece pertinente uma separação engessada dos termos, haja vista que, o que é apontado, mistura elementos de identidade de gênero e identidade sexual para sustentar uma possível diferença. O que se nota, é um recorte que tem muitas vezes como base uma questão de ordem econômica, de modo que a travesti está, mormente vinculada à prostituição, enquanto o *crossdresser* - e aqui o uso do artigo masculino é um indicador que deve ser considerado - possui uma inserção mercadológica diferente, e uma situação econômico-financeira melhor.

Outro grupo identifica-se não binários, enquanto pessoas que não se sentem representadas em nenhum dos gêneros e que vive de forma a utilizar objetos atribuídos as ambos os gêneros, e mesmo em sua forma de se portar e vestir, não há uma definição.

Por fim, cite-se ainda os chamados *gender fluid*, que oscilam entre os dois gêneros e se identificam com ambos, sem qualquer prejuízo para sua identidade e vivência social. Ratifique-se que a abordagem aqui trabalha com base nas divisões sociais mais comumente utilizadas tanto no dia a dia quanto nos estudos acadêmicos, não sendo de maneira alguma objetivo da exposição listar de maneira exaustiva ou vender a ideia de que exauriu-se no presente trabalho tais categorias e classificações, até porque o objetivo vai de encontro a essa ideia.

## **2. POR QUE É NECESSÁRIO FALAR DE DIVERSIDADE NAS ESCOLAS? QUEBRANDO O CICLO**

São muitas as experiências que demonstram que crianças não nascem preconceituosas, mas tornam-se ao longo da vida de acordo com a formação que lhes é dada. Ou seja, as experiências de conhecimento são cruciais no momento de definir qual o perfil de cidadão que determinado (a) indivíduo será no futuro. A escola representa um espaço não só de educação curricular, mas também de construção de identidade e caráter. Desse modo, de acordo com o que é transmitido nesse espaço, tem-se a oportunidade de modificar culturas e trazer elementos que correspondam a um maior ou menor compromisso com demandas e grupos sociais.

O mesmo raciocínio se aplica as Instituições de Ensino Superior - IES - que para além de uma atuação enquanto formadoras de mão de obra possuem - ou pelo menos deveriam possuir - um compromisso com a formação geral do estudante, de modo a prepará-lo não apenas para o mercado de trabalho, mas para ser inserido em uma sociedade que é essencialmente

plural. Isso se torna ainda mais importante quando cada vez mais jovens tem começado cursos superiores mais jovens, portanto, com muito da sua subjetividade e seus posicionamentos, diante dos mais variados fatos ainda em construção.

Entretanto, e apesar de parecer quase óbvio tais colocações, não é assim que tem funcionado a maneira de conceber e praticar a educação no Brasil. A educação tradicional que tem como base a ideia de identidade, ou seja, respeito e considero aquele que é semelhante a mim, e acaba por falhar na temática diversidade. Tal formato tem sido revisto no século XXI, exatamente por se perceber que, o espaço plural das instituições de ensino não poderiam ter como eixo diretivo uma plataforma descomprometida com a diversidade (CARDOSO, 2014).

Pode-se atribuir a dois fenômenos de escala global, parte dessa mudança e porque não dizer verdadeira imposição em relação ao pensamento sobre diversidade, a globalização e seus desdobramentos e a tecnologia. Um mundo cada vez mais globalizado e conseqüentemente com menos fronteiras de modo geral, tem como efeito que expressões diversas do viver humano se comuniquem e convivam juntas inclusive. O que é propiciado e incentivado pelo avanço tecnológico, através do qual, as pessoas acessam níveis de informação e de acesso à cultura que antes eram impensáveis.

Infelizmente isso não resulta necessariamente em uma melhor compreensão dessa diversidade. Afinal, os indivíduos são resultado dos processos nos quais foram forjados, logo, crer que pessoas que nasceram, cresceram e vivem em uma sociedade que tem como diretriz a aversão ao diferente, vivencie o contato com pessoas que não se enquadram no padrão por ele entendido como bom de forma positiva é uma utopia. E é exatamente nesse espaço que a perspectiva de uma educação comprometida com a diversidade se torna mister para se chegar a uma sociedade efetivamente mais igual. O ambiente escolar - independente do nível analisado - pode ser espaço de desconstrução ou de reforço de uma concepção segregacionista e violenta de sociedade. Sobre o tema preleciona Paulo Freire:

[...] como experiência especificamente humana, a educação é uma forma de intervenção no mundo. Intervenção que além do conhecimento dos conteúdos bem ou mal ensinados e/ou aprendidos implica tanto o esforço de reprodução da ideologia dominante quanto o seu desmascaramento. Dialética e contraditória, não poderia ser a educação só uma ou só a outra dessas coisas. Nem apenas reprodutora nem apenas desmascaradora da ideologia dominante. (FREIRE, 1996, pag. 38)

Em verdadeira investida contra as minorias sexuais no Brasil, alguns grupos passaram a defender a não discussão de temas como diversidade de gênero e sexual, sem medir os reais e nefastos impactos disso na vida de toda a população. Sob a alcunha da expressão “ideologia de gênero”, que não possui na literatura especializada, qualquer referência real e robusta sobre seu

significado, diversas ações de cunho legislativo e social buscaram retirar de professores e das instituições de ensino a liberdade em trabalhar tais temas. Ou seja, como acima apontado por Paulo Freire, verdadeiro uso da educação como reprodutora contumaz da ideologia dominante.

Alguns grupos sociais - inclusive pelo histórico de violência identificado em relação a eles - acabam por sofrer de maneira especial com a ausência da inserção da temática nas escolas. Um ou o maior deles é composto pelas pessoas transexuais. As pessoas transexuais carregam no próprio corpo o estigma da sua identidade, afinal, trata-se de uma forma de ser e estar no mundo facilmente identificável, o que gera imediata constatação e muitas vezes repulsa e violência. A consequência disso é altas taxas de evasão escolar dessas pessoas e consequente não acesso ao ensino superior (BENTO, 2011).

O espaço estudantil/acadêmico pode ser muito cruel com aqueles e aquelas que não se enquadram no padrão identitário colocado, tornando-se assim um lugar de violência, sofrimento, rejeição e exclusão, experimentado desde a primeira infância e que pode acompanhar essa pessoa até a academia. A consequência direta de tal fato é o lançamento dessa população no subemprego, na informalidade e muitas vezes em ofícios que os expõe a violências variadas, como a prostituição. As instituições de ensino, majoritariamente, não estão preparadas para lidar com a diferença, haja vista que professores e professoras, não por sua culpa ou vontade, não são treinados para lidar com isso, até porque são oriundos de instituições que não tem o respeito ao diverso como forma de se estruturar.

Deste modo, pensar uma educação que se paute pela busca por conhecer o diferente, por problematizar situações sociais, por compreender o outro como igual em direitos e em necessidade de ser respeitado, em que pese não ser igual na forma de vivenciar suas experiências, cumpre um duplo papel no que tange as pessoas transexuais e as minorias sociais de modo geral. O primeiro é na própria modificação do espaço educativo, que passa a ser comprometido e direcionado pelo respeito a todos e todas, sem acepção de quem está ou não em determinado padrão social, e inclusive no próprio questionamento do por que esses padrões ainda se sustentam. E em segundo, pela construção de pessoas que possuem a capacidade de se portar de forma mais humana e respeitosa em suas relações sociais, que se coloquem na posição de questionar seus pensamentos e ações e saiam de uma posição de meros reprodutores de valores que muitas das vezes nem compreendem. Trata-se da única forma efetiva de se romper o ciclo da exclusão e da violência. Qual seja construir uma cultura da diversidade e do respeito.

### **3. A NEGAÇÃO DO DIVERSO - NÚMEROS DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL**

As definições dos sujeitos e a conformação social a que todos são submetidos tem como reflexo a exclusão. Como somos formados e alimentados a todo tempo para crer que existe uma maneira correta de ser e estar no mundo, todos aqueles que destoam disso são colocados em alguma medida à margem.

No caso específico da homossexualidade, um comportamento que é tido como destoante, gera em alguns, um sentimento de direito em agredir. Isso obviamente é alimentado ou reprovado de acordo com uma série de fatores que vão desde o local onde essa pessoa está inserida - família, escola, trabalho - e como a questão da masculinidade e identidade sexual é vista nesses espaços, até o grupo político dominante em determinado momento histórico. Afinal, o aceno do Estado é simbólico quanto à maneira de lidar com a diversidade; quando as instituições se manifestam, ainda que indiretamente, de modo a colocar em xeque as manifestações de diversidade, a mensagem passada à população é que de fato são grupos que agem de forma errada, e por isso inclusive, recebem aquele tratamento do Estado. Tem-se um reforço quanto à mensagem social construída ao longo do tempo, e as razões infundadas e irrefletidas que levam as condutas de preconceito permanecem exatamente da mesma forma.

Todos os grupos socialmente minoritários sofrem com o preconceito e as muitas violências dele decorrentes. Entretanto cada grupo social é atingido por isso de maneiras distintas e com peculiaridades muito claras. Portanto, fazer uma diferenciação entre a violência perpetrada contra o transexual e o homossexual é relevante por alguns motivos, dentre eles se destaca, as especificidades de alguns atos, os números apresentados em relação ao transexual, e o tipo de violência institucional que o transexual é submetido que é maior e mais cruel que aquela a que é submetido o homossexual. Não se trata aqui de estabelecer uma hierarquia de misérias e agressões realizadas pela sociedade e pelo Estado, mas de olhar de maneira honesta sobre problemas que se afiguram de maneiras distintas, e, portanto, exigem igualmente medidas diferenciadas.

Além da violência física a que as pessoas transexuais - todas as observações acerca da violência aqui colocadas são extensíveis as pessoas travestis também - são submetidas, como será visto a seguir, a violências institucionais que geram a marginalização quase que total dessas pessoas, seja do convívio social diário - muitas só saem à noite para não enfrentarem os olhares das pessoas - afinal estar-se falando de corpos abjetos (BUTLER, 2017); seja da atividade laborativa, onde dificilmente encontram-se pessoas transexuais ou travestis atuando em postos formais de trabalho, e ainda nos processos de atendimento a saúde, haja vista que essas pessoas necessitam de atendimento específico - em se tratando daquelas que optem pelos processos de



hormonização e transgenitalização - e acabam excluídas e destratadas nesses espaços de acolhimento junto ao Sistema Único de Saúde - SUS (VASCONCELOS, 2010).

Os dados que serão apresentados a seguir são extraídos de documento elaborado pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), entidade que reúne informações e desenvolve campanhas para e com esse público. O documento intitulado - DOSSIÊ: assassinatos e violência contra Travestis e Transexuais no Brasil em 2018 - traz diversas informações acerca desse cenário que passam a ser discutidos.

Segundo a Transgender Europe (TGEU) o Brasil lidera o ranking de assassinatos de pessoas transexuais no mundo. No relatório é colocado que em 2018, houve uma aparente queda no número de crimes contra essa população, mas na verdade se está diante do aumento da subnotificação pela mídia, que deixou de divulgar os casos de violência ocorridos. Ainda, segundo o documento, essa subnotificação é da ordem de 30% (trinta por cento), e ainda assim os números são alarmantes, senão vejamos:

No ano de 2018, lembrando incansavelmente do aumento da subnotificação desses dados, ocorreram 163 assassinatos de pessoas transexuais, sendo 158 Travestis e Mulheres Transexuais, 04 Homens Transexuais e 01 pessoa Não-Binária. Destes, encontramos notícias de que apenas 15 casos tiveram os suspeitos presos, o que representa 9% dos casos (2018).

Objetivando deslegitimar tais crimes e minorar o impacto desses números, muitas pessoas, inclusive autoridades, sustentam que os crimes violentos no Brasil possuem cifras alarmantes e que a questão das transexuais e travestis estaria dentro desse quantum, considerado grande para todos. Entretanto tal fala não se sustenta e é apenas mais uma demonstração da completa ausência de empatia por parte do Poder Público para com esses grupos e de como a matriz social preconceituosa, cisnormativa e hétero compulsória molda e determina a atuação dos entes públicos. Afinal obviamente estar-se diante de um tipo específico de violência, que tem como razão de ser a condição identitária daquela pessoa, não de um crime geral como roubo, lesão corporal, latrocínio, que pode ter como vítima qualquer pessoa, inclusive transexuais e travestis, com a ressalva que inclusive nesses casos, tal ação acontece de forma a levar em consideração quem essas pessoas são e isso aumenta a violência dos atos. Isso fica claramente demonstrado no nível de crueldade com que esses crimes são cometidos e na própria execução deles.

São assassinatos pautados pela extrema crueldade e pela humilhação da vítima durante todo o processo. São reiterados os casos onde há mutilação genital, empalhamento com objetos variados, além de ataque a partes específicas como rosto, cabelos e seios. Portanto, é inequívoco que nessas ações de ódio há uma práxis criminoso que tem como razão a descaracterização

daquela pessoa quanto sua identidade trans ou travesti. O que se busca com esses atos é demonstrar que essa pessoa não deveria ser assim e estar ali. Logo a própria forma como os criminosos atuam já demonstra o que os leva a matar.

No Ceará, estado que mais matou travestis no ano de 2017, segundo a ANTRA, foi assassinada Dandara Ketley, em 13 de fevereiro de 2017. O caso chamou a atenção pelos requintes de crueldade praticados pelos cinco criminosos - dois maiores e três menores de idade - que atacaram a vítima. Dandara foi brutalmente espancada, com socos e chutes pelos cinco homens, além de ser apedrejada, foram utilizados pedaços de madeira para efetuar as agressões. Em vídeo feito pelos agressores, isso por si só já demonstra o nível de crueldade da ação, pois além de praticar os atos violentos filmaram e divulgaram, vê-se as cenas de espancamento, com diversos golpes com pedras e madeira, e os xingamentos sobre a identidade e a sexualidade de Dandara. Após a sessão de agressões e já sem conseguir se levantar, ela foi colocada em um carrinho, que é utilizado na construção civil, e levada para outro local próximo onde é executada a tiros.

Neste sentido, chama-se a atenção como os atos são praticados e a narração que é feita no vídeo que demonstra a motivação do assassinato - um crime de ódio. Em detrimento de tudo isso, a Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social (SSPDS) do Estado não considerou como transfobia o ato, em que pese o Tribunal do Júri ter reconhecido a transfobia como qualificadora no caso. A atitude da Secretaria do Ceará não é uma exceção à como o poder público de modo geral age nesses casos. Não são raros os relatos de transexuais, travestis e homossexuais que são agredidos e quando vão prestar queixa são coagidos a “compreenderem” o crime sem vinculação homotransfóbica. Há um despreparo de modo geral no atendimento a essa população, isso como resultado dessa matriz cisnormativa e heterossexual que guia a sociedade como um todo e pelo preconceito que escalona pessoas e estabelece quem é ou não merecedor da tutela do Estado.

Ato contínuo, ainda em análise ao relatório, em números absolutos, o estado que mais matou transexuais em 2018 foi o Rio de Janeiro com 16 (dezesseis) assassinatos; seguido pela Bahia com 15 (quinze) casos; depois São Paulo com 14 (quatorze) assassinatos; Ceará com 13 (treze) e na quinta posição o Pará com 10 (dez) crimes de assassinato. O maior número de assassinatos ocorreu na região Nordeste com 59 (cinquenta e nove) mortos, equivalendo a 36,2% (trinta e seis vírgula dois por cento) do total de casos do país. O relatório possui ainda uma série de recortes estatísticos como faixa etária, direcionamento dos crimes à profissionais do sexo, identificação por raça, dentre outros.

Por fim, chama-se a atenção para alguns números: houve ainda 72 (setenta e dois) casos de violações de direitos humanos. Os casos registrados em sua maioria têm ligação com

transfobia, sendo 77% (setenta e sete por cento) dos casos, que vai desde a proibição de usar o banheiro de acordo com sua identidade de gênero até a negativa de usar o nome social nos documentos escolares. Tivemos ainda 08 (oito) mortes por suicídio, 05 (cinco) por aplicação de silicone industrial e 02 (duas) por uso indiscriminado de hormonioterapia (2018).

Esse trecho do relatório demonstra que a transfobia acontece no dia a dia e muitas vezes não denunciada, exatamente por ter se tornado parte da vivência dessas pessoas. A questão do uso de banheiro e nome social, que é básico na garantia de direitos dessas pessoas escancara como ainda transexuais e travestis são submetidos a violações graves em atividades básicas do dia a dia. Sem contar os constrangimentos nos atendimentos no Sistema Único de Saúde - SUS, as dificuldades em se conseguir os procedimentos e terapias, o que gera um quadro de exclusão e morte, que tem como base não só as limitações da Administração Pública, mas a forma como o trato é concebido desde a base normativa até toda a prática social.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Indubitavelmente, na história da sociedade, sempre houve determinados grupos de pessoas que, em razão de suas características, sucumbiram a uma suposta maioria, que não aceitavam condutas diferentes das postas pelo padrão de normalidade. Desta forma, com uma sociedade que não aceita o diferente, e não prioriza a inclusão daqueles indivíduos que se encontram marginalizados, essas minorias padecem em face à injustiça e cerceamento de direitos fundamentais.

Notoriamente a exclusão de gênero é caracterizada e comprovada através da violência e da discriminação que as pessoas LGBTQIA+ sofrem em diversos âmbitos da sociedade. Desta forma, entende-se que essa exclusão faz parte de um processo de manutenção da ordem social, de ser traduzido como um jogo de poder em que os indivíduos que se julgam superiores excluem aqueles que são diferentes para manterem-se no domínio das relações.

Desta forma, vencer a realidade de exclusão e violência a qual esse grupo é submetido é dever de toda a sociedade e um imperativo para instituições de ensino, principalmente em sendo pública. Há a invisibilização dessas pessoas que sofrem discriminação no ambiente escolar, de trabalho, na própria família e que por diversas vezes não possuem qualquer apoio. Até porque a própria formação que possuem, somada ao bombardeamento de informações heteronormativas e cisdirecionadas, levam ao sofrimento psicológico dessas pessoas na crença que de fato são pessoas menores e menos merecedoras de respeito e direitos.

## REFERÊNCIAS

ANTRA - Associação Nacional de Travestis e Transexuais. **Dossiê: assassinatos e violência contra Travestis e Transexuais no Brasil em 2018.** Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2019/01/dossie-dos-assassinatos-e-violencia-contra-pessoas-trans-em-2018.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2021.

BENTO, Berenice. **Na escola se aprende que a diferença faz a diferença**, 2011.

BRASIL. **Constituição Federativa, 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 out. 2020.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade**. 13 edição. Trad. Renato Aguiar. Revisão Técnica. Joel Birman. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2017.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Fundamentos para uma Educação na Diversidade**. São Paulo: Acervo Digital da Unesp/RedeFor II/NEaD/Unesp, 2014. Disponível em: <http://acervodigital.unesp.br/handle/unesp/155243>>. Acesso em: 07 jan. 2021.

CECCARELLI, P. **Transsexualidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo. 2013

CFM - Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1664/2003.** Disponível em: [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2003/1664\\_2003.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2003/1664_2003.pdf). Acesso em: 12 fev. 2021.

CHAVES, Débora Caroline Pereira. **Afinal, quem sou eu para o Direito? Reflexões sobre a tutela do transgênero no Brasil**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

FAUSTO-STERLING, A. **Sexing the body**. New York: Basic Books; 2000.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 25 ed. -

São Paulo: Paz e Terra. 1996.

GAUDENZI, Paula. **Intersexualidade: entre saberes e intervenções. Cadernos de Saude Pública.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v34n1/1678-4464-csp-34-01-e00000217.pdf> . Acesso em: 30 jan. 2021.

KOGUT, Eliane Chermann. **Perversão em Cena.** São Paulo: Escuta, 2005; 144 p. ISBN 85-7137-230-6

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para a análise histórica.** Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/categoriautilanalisehistorica.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2021.

TGEU - Internacional Transgender Europe. **331 reported murders of trans and gender - diverse people in the last years.** Disponível em: <https://tgeu.org/tmm-update-tdor-2019/>. Acesso em: 30 jan. 2021.

VASCONCELOS, Ana Valéria Salza de. **(Des) Patologização: Possibilidades nas experiências trans no SUS. Seminário Internacional Fazendo Gênero.** Anais eletrônicos. Florianópolis, 2013. Disponível em: [https://poligen.polignu.org/sites/poligen.polignu.org/files/documentos/1384799115\\_ARQUIVO\\_AnaValeriaSalzadeVasconcelos.pdf](https://poligen.polignu.org/sites/poligen.polignu.org/files/documentos/1384799115_ARQUIVO_AnaValeriaSalzadeVasconcelos.pdf) . Acesso em: 06 dez 2020.

# MULHERES E AMBIENTE DE TRABALHO: A VIOLÊNCIA DE GÊNERO NUMA PERSPECTIVA DE NATURALIZAÇÃO

Luiz Carlos Garcia

Nayara Maria de Lima

Fábio Augusto Pereira Dos Santos

## RESUMO

Pensar a cultura do estupro é falar de um conjunto de comportamentos perpetrados por homens, que são conformados desde a primeira infância a isso e reproduzem tais questões por crença e privilégios delas advindos. E isso está imbricado com a realidade de assédio, principalmente sexual, sofrido pelas mulheres no ambiente laboral. Tem-se como base desses atos violentos o machismo e a pretensa posição de superioridade do homem sobre a mulher na sociedade que se reproduz no ambiente de trabalho como microcosmo dessa realidade. Portanto, pensar o assédio no ambiente de trabalho é necessariamente falar de gênero e cultura do estupro, e buscar a devida responsabilização daqueles que tem tal conduta como prática é a forma mais coerente de não só proteger a vítima, bem como de buscar mudanças de modo global.

**PALAVRAS-CHAVES:** Assédio; Cultura do Estupro; Gênero; Naturalização; Responsabilidade.

## 1 INTRODUÇÃO

Entre os anos de 2019 e 2020 foram mais de 50 mil casos de estupro registrados no Brasil, segundo o *10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020)*. Trinta por cento dos brasileiros concordam com a afirmação “a mulher que usa roupas provocantes não pode reclamar se for estuprada”<sup>1</sup>. Em pesquisa do Instituto Datafolha encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 85% das mulheres disseram ter medo de sofrer violência sexual<sup>2</sup>. Infelizmente, há ainda outros tantos números alarmantes a respeito dessa realidade brasileira. O que explica números dessa magnitude? Seria uma psicopatia sexual coletiva? Não, afinal tais números são muito semelhantes nos anos anteriores como demonstra o mesmo fórum<sup>3</sup>. Ou seja, estuprar no Brasil é um hábito.

Hábito esse que se manifesta em maior ou menor intensidade em todos os ambientes sociais, inclusive no trabalho. A ideia do chefe que assedia a secretária, do

---

<sup>1</sup> Fórum Brasileiro de Segurança Pública e Datafolha, “#APolíciaPrecisaFalarSobreEstupro, Percepção sobre violência sexual e atendimento a mulheres vítimas nas instituições policiais”, Setembro, 2020.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> O Fórum de anos anteriores, evidenciam o número de estupros sempre acima de 40 mil registros.

patrão que apalpa a doméstica ou do executivo que faz uma “proposta indecente” para a mulher em troca de uma promoção, além de povoar o cinema e a televisão, retratam – também incentivam – essa cultura, que atrela o uso sexual da mulher inclusive como parte de seu capital de trabalho.

Quando se analisa tal situação, não é demais afirmar que se tem uma cultura do estupro. Mas afinal o que isso significa? O estudioso brasileiro Alfredo Bossi (1996) define cultura como o futuro do verbo latino *colo*, significando o que se vai trabalhar, o que se quer cultivar, e não apenas em termos de agricultura, mas também de transmissão de valores e conhecimento para as próximas gerações. Portanto, entende-se cultura como esse arcabouço de valores que é passado de geração em geração e que molda a forma de agir dos indivíduos inseridos naquele contexto sociohistórico.

A ideia da cultura do estupro é umbilicalmente ligada ao machismo que permeia e justifica boa parte das atitudes de homens e mulheres na sociedade atual. Tanto homens quanto mulheres são criados desde a primeira infância para seguir determinadas condutas que são atribuídas de acordo com o sexo biológico. Portanto, nascer com um pênis ou uma vagina faz com que o indivíduo automaticamente pertença a determinado gênero e, a partir daí, tem-se um signo que determinará uma série de significados a serem contemplados e preenchidos. Isso determinará praticamente tudo na vida dessa pessoa. Desde que brinquedo receberá na infância, até quanto ganhará no mercado de trabalho e como será o tratamento a ela dispensado.

Nessa esteira, atitudes presumidamente inocentes e simples como separar brinquedos de menino e de menina, atitudes que meninos devem ter e que meninas não devem, e desde muito cedo fazer uma definição de qual o comportamento sexual esperado para um homem e uma mulher são bases nas quais a cultura do estupro se estabelece. Diretrizes essas que formam – homens e mulheres – para agirem e pensarem de determinada forma. Que separam e pré-determinam aptidões e valores – seja na lógica social ou na ideia capitalista enquanto força de trabalho. Ou seja, ser homem ou ser mulher é determinante para como a pessoa será inserida – ou não – no mercado e como os demais agentes a trataram.

Retomando as ideias dos denominados teóricos *queer*, nas sociedades modernas a sexualidade é usada como dispositivo histórico de poder ao fazer do sexo um sistema de unidade e também de regulação social. Tanto as relações subjetivas entre homens e mulheres quanto o ato sexual em si refletem essa situação de subordinação social da mulher em relação ao homem.

Toda a construção social sugere a liberdade sexual para qual o homem é criado e da qual deve usufruir, em detrimento da mulher que deve se preservar, vê-se isso desde a forma como os genitais são tratados – o pênis é tido como sinônimo de poder enquanto a vagina é ligada ora a maternidade ora a promiscuidade e sujeira – até a análise social que é feita – tanto por homens como mulheres – da conduta sexual ativa, em que o homem é considerado viril se sexualmente ativo e a mulher promíscua. Portanto, é nas diferenças atribuídas a cada gênero que se encontra a raiz da cultura do estupro. Pois nesse contexto o homem é colocado como um sujeito com mais direitos do que a mulher, inclusive direitos sobre o corpo da mulher.

E é nesse arranjo, onde o homem é o detentor de direitos e poderes e as mulheres são inferiores, submissas e objetos de posse, que a violência contra as mulheres se apresenta como nada mais do que a “demonstração de poder dos homens” (FARIA;

NALU, 1997:18). Poder esse que se manifesta de maneira intensa nas relações trabalhistas, onde o assédio sexual e moral é uma realidade vivida por mulheres no mundo todo. “O estupro não é então a doença dos pervertidos, mas a doença do patriarcado” (VILHENA, 2008), e a cultura que alimenta esse crime e outros muitos no Brasil é alimentada diariamente das mais diversas formas, trazendo a violência sofrida por essas mulheres ares de naturalidade.

## **2. ANÁLISE DAS DEFINIÇÕES DE GÊNERO E SUAS IMPLICAÇÕES SOCIAIS**

As definições gênero começam desde a idealização do nascimento de uma criança. Poucas coisas são tão relevantes quanto saber se nascerá um menino ou uma menina. Pais dizem que não faz diferença, que amarão de qualquer forma, entretanto, para a sociedade o genital deste bebê será um divisor de águas e definirá como essa mesma sociedade irá encará-lo e se portar com ele.

A compreensão dos mecanismos de construção de gênero explica uma série de situações e ações sociais, estatais e inclusive por parte do Direito enquanto manifestação social que é. Permeia as lutas de classes, a busca por reconhecimento e se projeta em absolutamente todas as interações humanas, inclusive trabalhistas.

O ideal é que a discussão sobre gênero se pautar no conceito de identidade de gênero e não na aceção sexual – biológica – enquanto definidora. De acordo com os Princípios de Yogyakarta identidade de gênero é,

A profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismo

Repensar o gênero enquanto identidade é crucial para se buscar uma política real de respeito para com todos os cidadãos, em especial aqueles que fazem parte de grupos marginalizados exatamente por não se enquadrarem nas definições biologizadoras de gênero como os transexuais. Para efeitos da discussão proposta no presente trabalho, não será aprofundado o debate nessa esteira, mas na ideia binária de gênero – homem e mulher – e suas implicações para ambos no contexto social com especial destaque para as relações de trabalho.

Afirma-se, portanto, que a ideia que se tem hoje de gênero como construção social manipulada pela cultura estabelecida por definir papéis, retira a liberdade dos indivíduos e exclui todo e qualquer que não se enquadre no padrão. Gerando assim as lutas por reconhecimento, oriundas exatamente da ausência ou usurpação de direitos consagrados nos planos nacional e internacional (VIEIRA, 2015).

O conceito abrangente de gênero deve ser assimilado a uma realização de possibilidades, mesmo que se nasça com o corpo físico que se atribui a uma mulher, o ato de tornar-se uma mulher pressupõe uma série de apropriações culturais (SALIH, 2013). O mesmo raciocínio se aplica ao homem, vez que, este também é fruto de



imposições sociais que o definem como tal. Obviamente, as consequências de tal construção não se operam de maneira idêntica para ambos, sendo a mulher majoritariamente vítima dessa lógica.

Tenta-se de formas variadas, desde o discurso biológico, passando pelas manifestações de ordem familiar e as religiosas, estipular quais são as manifestações de gênero que são adequadas e quais não são. Ou seja, o desdobramento imediato dessa classificação que todos os indivíduos sofrem ao nascer baseada em sua genitália não só aloca em uma determinada posição como já lhe é atribuída uma série de condições para exercer exatamente a função que se espera de alguém que está colocado naquele lugar.

Portanto, pensar homem e mulher é antes de mais nada pensar no que se espera de um e de outro – e aqui também já se tem uma forma de conformação de ambos numa visão lacaniana de que o indivíduo se forma no contraponto que se tem dos demais indivíduos e das categorias contrárias – em relação a si mesmo e em relação a toda a sociedade na qual se está inserido. E tal compreensão é completamente transversal a todas as esferas da vida desse indivíduo – vestimenta, trabalho, relações afetivas, relações sexuais, locais que podem ser frequentados, maneira de ser e agir – e assim sucessivamente.

E você pode destoar desse caminho? A resposta é peremptoriamente não! Toda a lógica social indica um padrão determinado que é cisnormativo e heterossexualmente compulsório – termos que serão devidamente trabalhados a frente – e o resultado disso são pessoas, sistemas e instituições que convergem e atuam nesse sentido, isto é, formam e alimentam indivíduos conforme uma matriz definida que tem como base primeira o sentido que se atribuiu ao que se denomina sexo.

Como já visto no capítulo anterior a concepção de sexo é plurissignificante e pode ser analisada tendo por base referenciais diversos, como espectro neurológico, somático, gonadal ou morfológico (mais comumente utilizado), além do psico-social. Mas além e talvez anteriormente a essas classificações caberia questionar se não seria o sexo uma construção discursiva, para atender a interesses políticos muito bem definidos.

Michel Foucault em *A História da Sexualidade I*, adverte sobre o perigo da unidade ficta representada pelo sexo. Apenas com base na interpretação dada a genitália uma série de condicionamentos e construções são feitas em relação aquela pessoa, veja-se,

Da noção de “sexo” tornou possível agrupar, numa unidade artificial, elementos anatômicos, funções biológicas, condutas, sensações e prazeres, e isso possibilitou o uso dessa unidade fictícia como um princípio causal, um significado onipresente: o sexo tornou-se assim capaz de funcionar como significante único e significado universal (1980).

E isso é perceptível em questões básicas e simples desde a infância. Divisões muito claras são feitas entre meninos e meninas, desde a roupa a ser usada – menino veste azul e menina veste rosa – passando por brincadeiras, obrigações, ordens de aprendizado, posturas – o menino é impelido a ser sexualmente voraz enquanto a menina obrigada a se recalcar - entendimentos sobre o próprio corpo e de como deve concebê-lo. Ou seja, a partir do sexo e em razão dele se define toda a maneira de estar no mundo do indivíduo.

Partindo da premissa que precisamos repensar a construção do arquétipo do sexo enquanto razão discursiva, descontrói-se a ideia de natural sobre as genitálias. Isto é, não se trata de um corpo A ou B; de um órgão genital A ou B, mas da significação discursiva que é dada a esse corpo e a esse genital quando de seu reconhecimento subjetivo e comunitário. Nesse momento é imperioso fazer a separação entre o que são os corpos e as conformações que são dadas a eles na acepção social. Logo, ainda que partamos de uma ideia de estabilidade binária do sexo, não há necessária correlação entre ser “homem” com os corpos ditos masculinos, com o ser “mulher” e os corpos ditos femininos (BUTLER, 2017).

Trata-se aqui de clara oposição as defesas de que o sexo é um atributo natural enquanto o gênero é um aspecto cultural, o que a autora Judith Butler coloca de forma muito clara é que o sexo é ele mesmo culturalmente construído. Tentar essa significação apriorística ao corpo, numa conduta binária, mostra-se infundado. Isso fica claro na passagem que segue,

Se o sexo é, ele próprio, uma categoria tomada em seu gênero, não faz sentido definir o gênero como a interpretação cultural do sexo. O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado (uma concepção jurídica); tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos. Resulta daí que o gênero não está para a cultura como o sexo para a natureza; ele também é o meio discursivo/cultural pelo qual “a natureza sexuada” ou “um sexo natural” é produzido e estabelecido como “pré-discursivo”, anterior à cultura, uma superfície politicamente neutra sobre a qual age a cultura (BUTLER, 2017)

Perceber o sexo como fator discursivo assim como o gênero e que suas manifestações são da mesma maneira igualmente construídos é fundamental para se enfrentar todos os problemas que a concepção natural do sexo traz sobre os indivíduos de modo geral e principalmente se o que estiver em pauta for a vida do transexual. O sexo enquanto dado e fator pré-discursivo, retira do ponto de vista da compreensão da sociedade a possibilidade de se pensar o transexual como agente e pessoa “natural”.

Interessante análise sobre a dicotomia sexo/gênero é feita pela autora Monique Wittig, que discute o trabalho desenvolvido por Simone de Beauvoir em *O Segundo Sexo* (1949), onde consta a célebre frase “Não se nasce mulher, torna-se”, com a qual a autora pretende trazer a ideia de que a construção da identidade mulher é culturalmente feita e portanto, variável. Entretanto, há na obra uma pressuposição de um sexo base, ou seja, a pessoa em Beauvoir, nasce com um sexo determinado e é o gênero que acaba por ser construído. Já Wittig aborda a perspectiva de que sexo não é nem invariável e nem natural, mas sim uma apropriação específica para um ato político específico. Para a autora não há portanto, distinção entre sexo e gênero, a categoria sexo traz marcas de gênero e assim é construída e naturalizada (BUTLER, 2017).

Está-se diante de mais um esteio da cultura do estupro, qual seja, o sexo a conduta sexual agressiva como uma característica de reafirmação da masculinidade. O homem violenta a mulher por se sentir no direito de fazê-lo e por precisar se afirmar como indivíduo masculino para toda a sociedade. Os atos que compõem essa cultura de violência e que culmina com o estupro muitas das vezes, em regra, se justificam nessa necessidade diária que o homem tem de se afirmar como “macho”. O homem é posto à prova a todo instante a respeito de sua masculinidade e uma forma de conseguir comprová-la é com a objetificação e consumo das mulheres (ZANELLO, 2016).

Trata-se de um sentimento tanto de direito – o homem pode se apoderar dessa mulher, inclusive de seu corpo – quanto de dever – este homem é tão mais “homem” quanto oprime e manifesta essa sexualidade agressiva – e isso norteia a conduta. O chefe ou superior que assedia essa mulher o faz por sentir-se totalmente a vontade para, não é por nada os números serem assombrosos.

Onde toda essa cadeia patológica de construção da masculinidade é feita desde o primeiro momento de vida da criança, quando se separa desde brinquedos – onde os das meninas são normalmente atrelados a ideia de cuidados domésticos – onde se determina comportamentos – meninos não choram, meninas não ficam e nem andam sem roupa enquanto meninos sim, meninos possuem maior tolerância quanto a atitudes erradas, quando da adolescência ao menino é incentivado e cobrado que possua uma postura sexual ofensiva e o mais ativa possível, enquanto a menina deve se preservar, o que obviamente já é uma contradição em si – e deste modo forjamos, com toda a ideia de força que a expressão possui, homens e mulheres.

Isso é tão doentio que, em notícia recente, foi identificado no Senado Federal Brasileiro, em razão das trocas de gabinetes pela eleição ocorrida no ano de 2018, que o gabinete número “24” simplesmente não existia. É isso mesmo, havia o gabinete 23 e o 25, nenhuma inscrição com o número 24, sendo que toda a ordem numérica restante é rigorosamente seguida. É sabido que se estabelece uma relação, ora como maneira de agredir ora como forma de humor, entre o número 24 e a homossexualidade por ser este o correspondente no “jogo do bicho” do veado, animal cujo nome é utilizado como uma das maneiras de referencia a homossexuais. É sintomático perceber que uma das mais importantes casas do Legislativo Nacional, que compõe junto com a Câmara de Deputados o Congresso Nacional, age de maneira tão abjeta e infantil, reforçando um estereótipo de preconceito e discriminação. Isso é a prova cabal de como o simbolismo em torno da masculinidade é forte e influencia condutas.

São esses signos e significados que constroem a ideia de masculinidade. Uma vedadeira “entidade mítica” que é reverenciada por homens e mulheres e que determina como as relações serão pautadas. Ou seja, é com base nos privilégios estabelecidos por uma sociedade alicerçada na hegemonia masculina que relações sociais – as de trabalho, por exemplo – são criadas e reconhecidas. Neste sentido assevera Robert W. Connell e James W. Messerschmidt,

A masculinidade hegemônica se distinguiu de outras masculinidades, especialmente das masculinidades subordinadas. A masculinidade hegemônica não se assumiu normal num sentido estatístico; apenas uma minoria dos homens talvez a adote. Mas certamente ela é normativa. Ela incorpora a forma mais honrada de ser um homem, ela exige que todos os outros homens se posicionem em relação a ela e legitima ideologicamente a subordinação global das mulheres aos homens. (2013)

O homem não violenta, assedia, abusa e estupra por mero desejo ou inclinação sexual. Trata-se de um sentimento, uma certeza que tal está dentro de uma esfera de direito. Os homens se sentem enquanto sujeitos de direito acerca do corpo da mulher. Isso piora numa relação próxima – um casal heterossexual, por exemplo, no qual a mulher se veste de acordo com o que o companheiro considera razoável e querido – ou numa relação de trabalho, onde a mulher é hierarquicamente inferior a um homem – pois há um pressuposto de autoridade.

### 3. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

O machismo é um fenômeno social complexo e como tal se manifesta em todos os setores, inclusive no mercado de trabalho. A situação se coloca desde o ingresso no mercado – que muitas é dificultado exclusivamente pelo fato de ser uma mulher – passando pela vivência no emprego e muitas vezes desaguando nas razões que podem levar essa mulher a ser dispensada ou mesmo a abandonar o emprego.

A relevância de analisar como esse fenômeno interfere na dinâmica social consiste exatamente em compreender que se trata de uma cultura, precisamente por não estar-se diante de fatos isolados com razões de existência muito bem definidos, mas sim de atos diários que traçam diferenças de gênero tão claras e reproduzidas em atos práticos o tempo todo. Desde a forma de tratamento das mulheres e homens têm desde o nascimento – cor de roupa, estilo de brincedos – até as disposições mobiliárias, a organização dos móveis da casa e as regras de decoração podem produzir e reproduzir essas diferenças sexuais (CARVALHO, 2001).

Em que pese haver legislações - Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, por exemplo - que proíbem o tratamento diferenciado em razão do sexo, na prática o funcionamento não é esse. Além de restrições sofridas no acesso ao mercado, por questões que guardam íntima relação com as definições de gênero – possibilidade de gravidez, preconceitos relativos ao comportamento da mulher, inclusive que recaem sobre seu emocional – uma série de ações que agridem cotidianamente essas trabalhadoras ocorrem.

Ainda há diferenças muito bem marcadas entre os sexos no mercado. Segundo artigo publicado por Tânia Andrade, ainda tem-se as profissões definidas como “femininas”, podendo citar a profissão de empregada doméstica, onde 92% são mulheres. Bem como a área da saúde que é predominantemente ocupada por mulheres – pode-se fazer uma clara referência a profissões que tem a ideia do cuidado como base – mas as mesmas quase nunca ocupam posições de direção (2016). Frise-se que nessas posições consideradas femininas os casos de assédio são ainda maiores. Sendo inclusive romantizado pelo cinema, onde empregadas são assediadas por patrões e isso é posto com naturalidade e até mesmo como algo desejado por essa mulher. Ou seja, a violência é trabalhada muitas vezes enquanto uma práxis que sequer deve ser rechaçada.

Portanto, há violência sexual – desde o assédio nos mais variados ambientes até o crime de estupro - no Brasil porque os homens são criados para se conduzirem de forma a entenderem a mulher como inferior e subalternizada, em sentido amplo, enquanto a mulher é criada para acreditar e reproduzir isso. Há a naturalização de códigos que devem ser seguidos tanto por homens quanto por mulheres, de modo a levar a uma alienação ou pelo menos desinformação coletiva do significado de tais condutas. Vilhena ao tratar da violência contra a mulher sintetiza:

“A violência e o abuso que os homens infligem às mulheres estão arraigados não apenas na convicção masculina da inferioridade das mulheres mas no ódio que eles têm delas. (...)A submissão da mulher é levada a efeito e mantida por padrões de relação interpessoal prescritos pelas estruturas culturais e sociais (...). Os

privilégios políticos, sociais e econômicos que os homens geralmente desfrutam, no que se refere às mulheres, permitem que eles continuem controlando-as. A dominação masculina é apoiada em um *continuum* de força, que inclui assassinato, estupro, espancamento e assédio, assim como a capacidade de impor sanções econômicas (VILHENA, 2008)

Ou seja, se é natural por qual razão deve-se questionar? Esse processo de naturalização é o vetor da construção desse traço cultural violento. Na ideia já apresentada de cultura na qualidade de passagem de conhecimento entre os indivíduos, essa naturalização – oposta a uma ideia de construção social – se fortalece e torna ainda mais difícil o rompimento com o comportamento citado. Difícil romper com essa lógica de abusos no ambiente do trabalho, quando tanto o homem quanto a mulher são culturalmente ensinados que se trata de uma ação esperada e que não deve ser encarada da maneira devida.

#### **4. O ASSÉDIO SEXUAL E SUA PRÁTICA NOS ESPAÇOS LABORAIS**

Contrariamente ao que se tenta empregar diversas vezes, o assédio sexual, bem como demais crimes sexuais cometidos diariamente contra mulheres não se enquadra enquanto uma manifestação radical de desejo por parte de um homem por aquela mulher, é sim uma demonstração de poder. Ou seja, este homem se sente numa posição de poder sobre o corpo dessa mulher o que lhe permite agir sobre ele sem qualquer pudor. Assediar mulheres é algo tão corriqueiro no Brasil – e na maioria dos demais países também – que não chega muitas vezes a criar espanto ou mesmo revolta na maioria da população.

O assédio sexual – que na maioria dos casos vem acompanhado do assédio moral – pode ocorrer de várias formas. Pode vir por meio de uma insinuação, gestos, colocações ou por abordagens mais radicais como tentativas de manipulação do corpo dessa mulher contra sua vontade. Caracteriza o ato, ser este repetitivo e sem reciprocidade por parte dessa mulher (PENNA, 2016). Assim como no crime de estupro o que enseja o tipo penal é a ausência de consensualidade, no assédio sexual essa ausência de reciprocidade diante da conduta perpetrada também é elemento necessário para sua configuração.

A autora Márcia Tiburi fala em artigo publicado, em uma “cultura do assédio”, enquanto esse conjunto de ações que são colocados como paquera, como um ato de aproximação simplesmente, mas que resguarda muitas vezes este viés de imposição sobre a mulher (2008). O que nada mais é que uma espécie do gênero cultura do estupro. Como tais condutas são impostas e vendidas como normais – sendo que, a mulher que reage de maneira direta e combativa a isso é taxada como escandalosa, sem espírito de esportiva, podendo ter toda sua vida social no trabalho prejudicada – acabam por fazer parte do cotidiano laboral e assim se firmam enquanto parte do ato de trabalhar.

É imposto a essas mulheres diariamente o fato de terem de lidar quase que de maneira combinada com atos de violência.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho – OIT – 52% das mulheres já foram assediadas no trabalho. Com a crescente inserção da mulher no mercado, significa que o número de mulheres assediadas cresce na mesma proporção. Essa mulher muitas vezes não vai se manifestar ou denunciar – quadro real de subnotificação – pois é muito difícil a produção de provas nesses casos. Primeiramente porque estar-se diante de um fenômeno complexo, essa mulher desde a infância é criada para estabelecer diferenciações intransponíveis entre ela – que é inferior – e os homens a quem deve uma espécie de respeito, quase veneração. Segundo, porque estando inserida no ambiente laboral, teme ter que se afastar e além de não conseguir provas – por exemplo depoimento – que a denúncia traga efeitos negativos para sua carreira.

Importante ressaltar, portanto que, o assédio sexual no ambiente de trabalho tem a mesma raiz do crime de estupro – que também é endêmico no Brasil – qual seja, a cultura do estupro enquanto um desdobramento do machismo que ainda impera hegemonicamente na sociedade. A mulher é sexualizada o tempo todo, sem qualquer espécie de escrúpulos acerca das condutas praticadas. E isso se manifesta de forma intensa no ambiente de trabalho. Seja com chefes – havendo uma relação de hierarquia – seja com funcionários – colegas de trabalho – dessa mulher ou até mesmo com terceiros – vindo de alguém de fora do estabelecimento, como um cliente.

No Direito Brasileiro o tema é abordado pelo artigo 216-A do Código Penal que estabelece que “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.” Apesar da previsão, como já elucidado acima, há uma verdadeira constante de abusos e violência de gênero nos espaços de trabalho.

Há verdadeira deturpação de significados e significantes. Toda a conjuntura social culturalmente reifica a mulher e reforça os estereótipos de gênero. Ideias que promovem verdadeira biologização de condutas (FOUCAULT, 1977), ou seja, o indivíduo age da maneira A ou B de acordo com o sexo biológico que possui, se torna uma arma que justifica, baseia e promove o assédio sexual. Como homens e mulheres são criados para atenderem a determinada forma de agir, atos violentos são inscritos nos indivíduos desde o início de sua formação e em toda sua vida.

Colocações como “a mulher quando diz não na verdade quer dizer sim” ou “secretária tem que ser boa na firma e na cama” e muitas outras que permeiam principalmente o mundo masculino corporativo, são exemplos de formatações de sentido que apesar de serem julgadas como inofensivas acabam por recriar situações e reforçar tais condutas. A crença de um estar a disposição dessa mulher a coloca em situações constrangedoras quando não agressivas. Referências ao corpo, porte físico, roupas que venha a utilizar configuram atitudes que são tomadas exclusivamente em relação a mulheres e se enquadram em todo esse aparato socioinstitucional machista.

## **5. A ATUAÇÃO DOS MEIOS DE INFORMAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DE ESTEREÓTIPOS E MANUTENÇÃO DE VIOLÊNCIA**

A cultura do estupro não é criação dos tempos modernos. Desde o período colonizador, tem-se relatos da prática de abusos contra mulheres. “O que Gilberto Freire trata com intercurso sexual do colonizador com negras e índias, na verdade é a narrativa de violências sexuais que não eram tratadas como estupro até pouco tempo” (DAMASCENO, 2016).

No século passado, o estupro (quando denunciado) era “perdoado” caso o violentador se casasse com a vítima<sup>4</sup>. Até o ano de 2005, o estupro ocorrido dentro do casamento era caso de extinção de punibilidade<sup>5</sup>.

Pode-se perceber, portanto, que se trata de algo antigo, enraizado em nossa cultura, que existe ainda hoje. Para a transmissão e manutenção desse pensamento, importantíssimo é o auxílio daquilo que Lauretis chamou de “tecnologia de gênero”. Para Lauretis, a tecnologia de gênero, juntamente com os discursos institucionais tem o poder de “produzir, promover e ‘implantar’ representações de gênero” (LAURETIS, 1987: 23).

Por tecnologia de gênero, Lauretis pensou em meios como o cinema, por exemplo. Mas é todo esse aparato que separa homens e mulheres e inferiorizam essas. Desde um programa de televisão, que exhibe o corpo feminino como um atrativo no conjunto total – o mesmo é feito por promotores de eventos que cobram ingressos a preços diferenciados para mulheres com o objetivo de cativar o público masculino pagando valores bem mais altos – até a própria formação escolar que acaba por separar e pautar papéis a serem desempenhados por homens e mulheres. Todas essas representações ao final corroboram na formação dos cidadãos e como agem. Desse modo essas tecnologias de gênero acabam por fortalecer o agressor e intimidar as vítimas.

Ainda que tais meios não preguem a violência, o assédio ou estupro em si, elas reforçam a subordinação, inferiorização e objetificação das mulheres. Ainda que de modo sutil, engraçado – como quando o humorista faz piada sobre a inteligência de alguma mulher – ou quando um filme demonstra os papéis determinados – como quando em um filme a esposa realiza a chamada dupla/tripla jornada enquanto o marido descansa – ou um médico assedia a enfermeira ou o advogado a secretária, essas tecnologias imbricam nos indivíduos os moldes em que a cultura do estupro se apoia.

## 6. CONCLUSÃO

Ignorar que se vivencia no Brasil atual uma cultura do estupro é fechar os olhos para a realidade. É impossível se conceber que números como os apresentados não demonstrem claramente que o que se tem é um fenômeno social crítico e vitimizador.

Esse panorama cultural afeta homens e mulheres, em proporções obviamente diversas. Ambos são agentes formados e formadores dentro do fenômeno em questão. Entretanto, sobre a mulher recai a face violenta e marginalizadora de todos esses

---

<sup>4</sup> O Código Penal do Império e o Código Penal de 1890 previam uma excludente de culpabilidade no crime de estupro.

<sup>5</sup> Lei 11.106/05.

processos. Essa mulher é educada para ser submissa e receptiva as investidas sexuais do homem. Bem como este homem é ensinado a ser incisivo e por vezes agressivos quando a temática em questão é a conquista e o acesso sexual a mulher. Ou seja, a combinação da cultura do estupro enquanto forma de se criar homens e mulheres é perfeita para o resultado assédio sexual contra mulheres.

Diante de tentativas reiteradas de desqualificação e invisibilização de tais discussões e lutas – muitas vezes sob o pálio do humor, do ser natural – é mister a busca por espaços de fala e para a promoção da fala para essas mulheres, de modo que possam ocupar espaços, inteirar-se de que mesmo elas são fruto dessa mesma construção social e, assim, localizar-se nesse fenômeno para cultivar a mudança.

Compreender que o mercado de trabalho – legislação, políticas públicas – precisam se adequar a realidade social vivida é fundamental para que mudanças de fato ocorram. É latente que o Direito compreenda que ainda se carece de muito em relação a inserção – real e materialmente respeitosa – das mulheres no mercado de trabalho. O assédio enquanto uma realidade configura verdadeira ferida aberta para todos que de fato lutam por uma efetiva igualdade entre homens e mulheres.

Enquanto não se pensar a violência de gênero no ambiente de trabalho como um problema real, complexo e com um espectro de alcance que afeta todos na sociedade, não se conseguirá um avanço concreto. É complexo exatamente por ser ao mesmo tempo fruto e causador, ou seja, as atitudes são violentadoras e também são causadoras da promoção de novas violências. Repensar o ser homem e mulher – especialmente com fulcro na ideia de que todos são iguais – é essencial para combater esse estado de violência generalizada.

## **7. REFERÊNCIAS.**

- BOSI, Alfredo. Dialética da colonização. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- BRASIL. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 2020.
- CARVALHO, Vânia Carneiro de. Gênero e artefato: o sistema doméstico na perspectiva da cultura material. São Paulo, 1870-1920. Tese de Doutorado, História, USP, São Paulo, 2001.
- CONNELL, Robert W. MESSERSCHIMIDT, James W. Masculinidade hegemônica: Masculinidade hegemônica. Revista Estudos Feministas 21 (1):424. Florianópolis. 2013
- DAMASCENO, João Batista. Revista Jurídica Consulex. Ano XX – nº 466. 2016.
- FARIA, Nalu; NOBRE, Miriam. Gênero e Desigualdade. São Paulo: Sempre Viva Organização Feminista, 1997. KORIN, Daniel. Nuevas perspectivas de género en salud. Revista Adolescencia Latinoamericana. Volume 2. Nº 2.2001.
- FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I: a vontade de saber. Trad. M. T. C. Albuquerque e J. A. G. Albuquerque. Graal. Rio de Janeiro, 1977.



LAURETIS, Tereza de. A tecnologia do gênero. Tradução de Suzana Funck. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de. (Org.). Tendências e Impasses: o feminismo como crítica da cultura. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p. 206-242.

MARQUES, Alinne. Aline Marques CDH 13 06 16 - Audiência Pública no Senado Federal sobre "O Estupro no Brasil". Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=hBf4\\_iDb4\\_Y](https://www.youtube.com/watch?v=hBf4_iDb4_Y)>. Acesso em: 14/01/2017.

PENNA, Isadora. Assédio sexual: trabalhadora você não tem culpa. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/13/assedio-sexual-trabalhadora-culpa-nao-e-sua/>>. Acesso em: 25.07.2017.

PROCURADORIA DA MULHER NO SENADO. Valeska Zanello. Audiência Pública sobre os crimes de estupro no Brasil. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=OW35qHhitvw&t=7s>>,. Acesso em: 09.06.2017

SALIH, Sara. Judith Butler e a Teoria Queer. Tradução de Guacira Lopes Louro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

SCOTT, Joan. Tradução: Christine Rufino Dabat. Maria Betânia Ávila. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. Revista Educação e Realidade. 1998.

TIBURI, Márcia. Cultura do Assédio. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2014/11/cultura-do-assedio/>> Acesso em: 10.07.2017.

VIEIRA, Helena. Teoria Queer, o que é isso? <[www.revistaforum.com.br/osentidos/2015/06/07/teoria-queer-o-que-e-isso-tensoes-entre-vivencias-e-universidades/](http://www.revistaforum.com.br/osentidos/2015/06/07/teoria-queer-o-que-e-isso-tensoes-entre-vivencias-e-universidades/)> Os entendidos. 2013. Acesso em: 10.06.2017.

VILHENA, Junia de. Nas Raízes do Silêncio: Sobre Estupro Feminino. Disponível em: <[http://www.academia.edu/8008714/NAS\\_RA%C3%8DZES\\_DO\\_SIL%C3%8ANCIO\\_SOBRE\\_O\\_ESTUPRO\\_FEMININO](http://www.academia.edu/8008714/NAS_RA%C3%8DZES_DO_SIL%C3%8ANCIO_SOBRE_O_ESTUPRO_FEMININO)>. Acesso em: 25.07.2017.

BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade. 13 edição. Trad. Renato Aguiar. Revisão Técnica. Joel Birman. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2017.

# **Necropoder e a questão do recolhimento das mulheres transexuais e das travestis no Sistema Penitenciário**

Julieta Maria de Carvalho Pereira<sup>1</sup>

Rodrigo Ferreira<sup>2</sup>

## **1. Introdução**

A mulheres transexuais e as travestis compõem um dos grupos de pessoas mais marginalizados e desprezados pela sociedade e pelo estado. Conforme sabido, são alvo de todo tipo de violências, preconceitos e discriminações.

Com arrimo em uma ideologia de gênero pautada pela heteronormatividade, suas identidades de gênero, sua sexualidade e, em última instância, suas próprias existências são oprimidas e rejeitadas. De fato, sua presença não é percebida em todos os espaços públicos, haja vista que são rechaçadas pela família, excluídas dos ambientes escolares, dos ambientes de trabalho formal e tem dificultado o seu acesso à saúde, motivo pelo qual são relegadas a um lugar de invisibilidade, o que implica em uma precarização de suas vidas e de sua própria existência.

Todas estas mazelas, próprias de sua existência, são reproduzidas e potencializadas quando, infringindo normas penais incriminadoras, são recolhidas ao Sistema Penitenciário. Via de regra, em flagrante desrespeito à suas identidades e às suas sexualidades, as mulheres transexuais e as travestis são recolhidas em estabelecimentos prisionais masculinos, visto que o estado se pauta unicamente por seu sexo biológico.

É nesse contexto que o presente estudo pretende expor como esta postura de estado configura verdadeira necropolítica. Pretende-se expor o fato de que se cuida de verdadeira política de estado por meio da qual, no exercício do poder soberano, esta instituição que deveria garantir de forma equitativa o respeito às vidas, integridades corporais, psicológicas e dignidade de todos, independentemente de quaisquer tipos de

---

<sup>1</sup> Graduada em Letras pela Universidade Federal de Ouro Preto, Graduada em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos, Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Presidente Antônio Carlos.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Gama Filho, Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes, Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto.

discriminação, acaba por promover de forma diferenciada a distribuição do direito à vida.

Para tanto, num primeiro momento, será demonstrada a inconstitucionalidade real do Sistema Carcerário, já declarado como configurador de um estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF 347, em razão das falhas estruturais configuradoras de constantes e massivas violações dos direitos humanos dos presos.

Em seguida, será realizado um segundo movimento por meio do qual serão expostas as condições peculiares de vulnerabilidade que acompanham as mulheres transexuais e as travestis quando recolhidas em estabelecimentos prisionais masculinos, em regra superlotados, haja vista a sua exposição a agressões físicas e psicológicas, violência sexual e morte.

Por fim, diante desse quadro inaceitável, pretende-se demonstrar como estas posturas estatais de desprezo e abandono revelam política de estado consistente em fazer morrer essas pessoas, consideradas indesejadas, sem importância e descartáveis em razão de não atenderem às expectativas traçadas pela cultura da heteronormatividade.

## **2. O Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Penitenciário Brasileiro**

O estado, detentor de soberania, é o titular exclusivo do direito de punir criminalmente, sempre devendo orientar-se pelos ditames do Princípio da Intervenção Mínima. Conforme o conteúdo do referido princípio, somente se justifica a aplicação do Direito Penal como *ultima ratio*, nos casos em que se verificarem as lesões e perigos de lesões mais graves aos bens jurídicos mais importantes e desde que os outros ramos do ordenamento, menos agressivos, revelem-se insuficientes para a tutela de tais direitos.

Este direito de punir é exercido desde a atuação do Poder Legislativo, quando, supostamente orientado pelo Princípio da Intervenção Mínima, elege entre todas as condutas humanas aquelas consideradas as mais perniciosas para o convívio social, por agredirem os bens jurídicos mais importantes de todos, e as descreve em lei como infração penal, cominando abstratamente a respectiva punição para o caso de violação da norma.

Mas este direito de punir se revela também de outras formas e em outros momentos. É o que acontece quando o sujeito é processado judicialmente e o estado, em um caso concreto, realiza a ameaça de punição, impondo uma condenação àquele que,

ao arrepio da existência da norma penal incriminadora, desobedece o mandamento legal proibitivo e pratica a conduta proibida por lei.

Por fim, este direito de punir é concretizado quando, alcançada a definitividade da condenação, com o trânsito em julgado da decisão, o estado, num exercício de força que independe da aceitação ou concordância do imputado, executa aquele título executivo judicial, via de regra levando o infrator ao sistema penitenciário, onde ficará temporariamente recolhido, privando-o de sua liberdade ambulatorial.

Não obstante, embora do ponto de vista constitucional e legal, cuide-se do legítimo exercício de uma parcela do poder soberano do estado, partindo da premissa de que não existe direito absoluto, este poder de punir também é atravessado por normas limitadoras a fim de resguardar os indivíduos contra excessos e arbitrariedades. As limitações dizem respeito ao tempo, ao lugar e ao modo de execução das penas.

No que se refere às limitações de ordem constitucional, o art. 5º, XLVII, dispõe expressamente que não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e, tampouco e) penas cruéis. Logo em seguida, nos incisos XLVIII e XLIX do mesmo artigo, dispõe que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado e que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

A Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/1984, na mesma linha, dispõe que a “assistência ao preso e ao internado é dever do Estado”, e que essa “assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa”. Mais adiante, no capítulo dos direitos do preso, dispõe que “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios” e elenca vários direitos específicos, deixando claro que o preso deverá ser tratado com dignidade no ambiente carcerário, não podendo ser privado senão dos direitos que sejam incompatíveis com a situação de privação de liberdade.

Tais limitações ao exercício do direito de punir estão alinhadas com as exigências de um princípio hierarquicamente superior, de envergadura constitucional, qual seja o Princípio da Dignidade Humana, alçado ao status de fundamento da República Federativa do Brasil, conforme se depreende do disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Deveras, tendo sido promulgada após um período de governo autoritário, que perdurou por mais de 20 anos, a atual Constituição nasceu impregnada pela ideia de

liberdade e teve como propósito trazer o ser humano para centro do ordenamento jurídico, respeitada a sua singularidade. A ideia é de que, sendo o ser humano dotado de racionalidade e devendo ser considerado um fim em si mesmo, todos, independentemente de qualquer tipo de discriminação, são merecedores do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade. Como consequência, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que deve haver um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano e que lhe garantam condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

Nesse passo, estamos com Bichara e Paiva, quando afirmam que *a dignidade humana pode ser conceituada como a garantia essencial de proteção e respeito ao ser humano, em seus aspectos físico, psíquico e social, tanto com relação ao Estado, como em relação aos particulares.*

Embora não se restrinja às aplicações ligadas ao campo do Direito Penal, aqui o referido princípio revela particular importância, haja vista que, nas suas práticas, cuida-se de campo jurídico no qual as violações ao seu conteúdo são frequentes.

Com efeito, quando se averiguam as condições em que são cumpridas as penas privativas de liberdade no Brasil, constata-se muito facilmente como o Sistema Penitenciário configura situação de constante e massiva violação dos direitos humanos dos presos.

O primeiro grande problema decorre da superlotação dos presídios e penitenciárias. Dados oficiais revelam que o Brasil possui a terceira maior população carcerária mundial, em números absolutos, e que o déficit de vagas já se aproxima de 100% (cem por cento). Como consequência, os estabelecimentos prisionais acabam por se revelar como lugares em que as pessoas são amontoadas, sem direito à privacidade, sem acomodações adequadas, muitas das vezes, sem acesso a um mínimo de dignidade. Para além, dadas as péssimas condições de saneamento, os presos acabam expostos a risco de morte por doenças que, do lado de fora do cárcere, já se encontram praticamente erradicadas. Não bastasse tudo isso, ali estão sujeitas a todo tipo de violência, tanto praticadas entre si, como por parte de agentes do estado. No interior do sistema, são praticados crimes variados, além de serem comuns agressões físicas, assassinatos e violência sexual.

Na prática, o que se percebe é que o estado acaba por sujeitar os presos a penas muito mais graves do que aquelas a que foram condenados, revelando-se uma prática que se assemelha ao tratamento desumano e cruel do detento, o que viola frontalmente

os ditames constitucionais e legais acima referidos. De fato, em tempos de paz, a pena mais gravosa permitida no Brasil é a de privação de liberdade do indivíduo. Neste caso, a lei assegura expressamente que, durante o tempo em que estiver sob a custódia do estado, devem ser respeitados todos os seus direitos que não forem incompatíveis com a privação de liberdade, como o direito à vida, à integridade física e psicológica, à saúde, à segurança, etc.

Não é, conforme salientado acima, o que se percebe na realidade do sistema. As condições de cumprimento de penas no Brasil, ao contrário, revelam um tratamento desumano e cruel do preso, que sofre diuturnamente violações de todos os seus direitos básicos, mínimos para assegurar uma existência digna. Nessa perspectiva, nota-se que, ao aplicar e executar uma punição ao infrator da norma penal, o próprio estado acaba transpondo os limites impostos pela Constituição e pelas leis e se colocando em situação de ilegalidade.

Este quadro desolador revela falhas estruturais do sistema penitenciário, falhas que caracterizam um problema crônico, que resulta de falhas de atuação no âmbito dos três poderes. Por esse motivo, o Supremo Tribunal Federal, a partir de agora referido apenas como STF, em decisão liminar proferida no âmbito da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – 347, reconheceu que a situação atual do sistema penitenciário brasileiro configura um estado de coisas inconstitucional. O Tribunal asseverou que foi identificado um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais do estado, declarando a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, expedindo ordens estruturais, tanto aos demais órgãos do próprio Poder Judiciário como aos Poderes Executivo e Legislativo, a fim de que sejam formuladas e implementadas políticas públicas voltadas à superação dessa inaceitável realidade.

Pois bem. O fato é que, se a situação do Sistema Penitenciário já é inaceitável quando analisada de forma genérica, o cenário é ainda muito mais desolador quando levadas em consideração as interseccionalidades específicas das mulheres transexuais e das travestis, conforme veremos adiante.

### **3. Transexuais e Travestis nas Prisões e a ADPF 527**

Esta situação de inconstitucionalidade e de violação massiva de direitos humanos ganha contornos ainda mais dramáticos quando analisada a partir da perspectiva da situação das travestis e mulheres transexuais em situação de privação de liberdade nos presídios brasileiros.

Conforme sabido, as transexuais e travestis, mesmo quando estão do lado de fora do sistema penitenciário, ocupam uma posição social atravessada por forte estigmatização de seus corpos e de marginalização, sendo rejeitadas por suas famílias, muitas vezes excluídas do sistema educacional, tendo dificultado o acesso à saúde e, como resultado do total desamparo social e falta de qualificação profissional, mais de 90% (noventa por cento) dessas pessoas são obrigadas a retirar seu sustento da exploração sexual de seus corpos, dedicando-se à prostituição. Nesses ambientes, sem o suporte da família, sem outra forma de obter renda, discriminadas pela sociedade como um todo, acabam se encontrando em uma situação de absoluta vulnerabilidade e sujeição a todo o tipo de violência, sendo comuns as agressões físicas, os abusos sexuais e a matança.

A situação não é menos grave quando mulheres transexuais e travestis violam normas penais incriminadoras e são recolhidas no sistema penitenciário, já reconhecidamente falido e inconstitucional nas suas práticas. Observa-se que, nesse cenário, são acrescentados outros fatores de exclusão, discriminação e outras modalidades de abusos, para além daqueles que são comuns a todos os outros detentos, conduzindo-as a uma situação de hipervulnerabilidade. De fato, conforme salienta Jéssika Mayara de Oliveira Aguiar, “o cárcere só reflete as ‘naturais’ desvantagens sociais já experimentadas na sociedade”. (AGUIAR, P. 128).

A maximização dos abusos e do sofrimento começa pelo fato de que, tradicionalmente, estes corpos femininos são recolhidos em estabelecimentos prisionais masculinos. O estado, ignorando circunstâncias como a orientação sexual e a identidade de gênero, costuma recolher estas mulheres transexuais e travestis em estabelecimentos penais masculinos, em regra, superlotados, com fundamento apenas no aspecto biológico, ou seja, levando em consideração apenas a genitália da pessoa.

Conforme alerta AGUIAR, “não é raro termos notícia de prática de escravização sexual, abuso físico e violências outras dirigidas especificamente à população LGBT dentro só sistema prisional”, esclarecendo a autora que há casos em que essas mulheres são recolhidas junto de estupradores e homicidas, mesmo quando cometem crimes leves.

No fim das contas, o que se observa é a simples colocação daquela pessoa que não se enquadra na classificação binária que divide as pessoas entre homens machos, do sexo masculino, e mulheres fêmeas, do sexo feminino, num ambiente totalmente inadequado para a sua condição pessoal, visto que flagrantemente incompatível com a

sua identidade de gênero. E por identidade de gênero deve se entender o gênero com o qual a pessoa se identifica, como ela se percebe, podendo ou não concordar com gênero que lhe foi atribuído quando do seu nascimento. Aliás, é necessário ressaltar que identidade de gênero e orientação sexual são categorias diferentes, sendo que pessoas transexuais podem ser heterossexuais, lésbicas, gays ou bissexuais, tanto quanto as pessoas cisgênero.

De outro lado, é comum a promoção de outras condutas destruidoras da identidade das mulheres transexuais e travestis quando levadas ao ambiente prisional. Exemplificativamente, ao serem inseridas no Sistema Penitenciário, não são respeitados os seus nomes sociais, sendo tratadas pelo nome masculino constante do registro civil. Além disso, é comum que sejam obrigadas a cortar os cabelos e vestirem roupas masculinas, circunstâncias que destroem sua identidade feminina, configurando grave violência simbólica. Por outro lado, tais medidas não as protegem da violência física e sexual no contato com os demais presos masculinos heterossexuais.

Estes graves preconceitos e as discriminações que os acompanham são o resultado de uma sociedade orientada pela cultura da heteronormatividade, pautada pelo binarismo homem x mulher, em que se sustenta a ideia de que o sexo biológico é fator determinante do gênero e da orientação sexual. A ideia propalada pela cultura hegemônica é de que, se nasce com pênis, tem que se comportar como homem macho e, se nasce com vagina, deve se comportar como mulher feminina, difundindo-se o mito de que a única orientação sexual correta e natural é a heterossexual. E a sociedade como um todo impõe esse padrão à pessoa desde o seu nascimento, sendo que, se nasce com pênis é macho, deve vestir roupa azul, brincar de carrinho e, ao atingir a puberdade, sentir-se atraído e relacionar-se com pessoas do sexo oposto.

Firmes nessa falsa crença, rejeitam-se todas as formas de ser e de viver que fujam àquele padrão de comportamento heterossexual, que é o único tido como normal, natural. Tudo aquilo que não se encaixa no padrão hegemônico, que esteja à margem, é considerado errado, anormal, patológico e, nessa perspectiva, deve ser rejeitado e, se possível, eliminado.

O fato é que, conforme salientam BAHIA, BONFIM e SILVA, os integrantes da comunidade LGBTQI+, por não se enquadrarem nos padrões hegemônicos, sofrem desde a infância, o que persiste na vida adulta, posto que são negligenciados também pelo direito, o que os relega a um lugar de exclusão e subalternidade que os torna uma espécie de “ralé estrutural”. Cuida-se do uso da categoria sexual como instrumento



político, corroborando o mecanismo de poder e verdade construído em torno da sexualidade, o que acaba servindo aos propósitos da lógica dominante heterossexual, funcionando como instrumento de dominação e controle das vidas e dos corpos dissidentes.

Todavia, conforme percebido por Simone de Beauvoir e, mais tarde, reafirmado por Judith Butler, o sexo biológico não é um determinante natural do gênero, tampouco da sexualidade. Conforme revela a famosa frase de Beauvior, *não se nasce mulher, torna-se*, a formação da identidade de gênero e da orientação sexual é um processo histórico, que independe do sexo biológico. Na mesma linha, desenvolvendo esta ideia, Butler afirma que “gênero não é de modo algum uma identidade estável ou um local de ação, do qual provêm vários atos; é antes uma identidade tenuemente constituída no tempo” (2016, p.46), corroborando a ideia de que o gênero é uma construção.

Com o desenvolvimento desse pensamento, busca-se romper com a ideia essencialista, ou seja, com a ideia de que o sexo biológico determina a essência do ser, que estará predeterminado a viver conforme tal essência, tendo um destino traçado desde o nascimento. Ao contrário, parte-se para o desenvolvimento de uma ideia existencialista. Nesta perspectiva, busca-se a compreensão de que a existência precede a essência. Primeiro a pessoa existe, depois vai formando a sua essência, não existindo uma predeterminação biológica que determine de antemão os papéis que futuramente terá de ocupar na sociedade.

Nesse contexto, devem-se respeitar as diferentes identidades sexuais e modos de ser dissidentes, garantindo a todos o livre exercício digno da sua sexualidade pois, como alertam ORLANDO, SOUSA JUNIOR e SOUZA, a sexualidade é o principal elemento estruturante da identidade e personalidade dos indivíduos, posto que acompanha toda a experiência da existência humana e unifica seus níveis biológico, psicológico e social.

Por tudo isso, é intuitiva a conclusão de que, quando inseridas no ambiente prisional, as mulheres transexuais e as travestis devem ter tratamento adequado e compatível à sua orientação sexual e sua identidade de gênero, independentemente do seu sexo biológico. Caso contrário, sendo esquecidas pelo estado, discriminadas pela sociedade e, no ponto que interessa em particular nesse estudo, submetidas a cumprimento de penas criminais em presídios masculinos, revela-se inaceitável e flagrante desrespeito à sua dignidade e à livre expressão da sua sexualidade.

Este cenário desolador, de violação massiva e sistemática dos direitos humanos das presas travestis e mulheres transexuais, ensejou a impetração de uma Ação de

Descumprimento de Preceito Fundamental 527 por parte da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a qual versa sobre a necessidade de reconhecimento do direito das transexuais e travestis serem recolhidas em estabelecimentos prisionais femininos, aplicando-lhes os princípios de Yogyakarta.

Tais princípios constituem um documento que foi publicado no ano de 2006 e que versa sobre direitos humanos, com enfoque específico nas áreas de orientação sexual e identidade de gênero, resultado de uma reunião internacional de grupos de direitos humanos, na cidade de Joquejacarta, na Indonésia. A pretensão foi o estabelecimento de um conjunto de preceitos destinados a aplicar os padrões da lei internacional de direitos humanos a situações de violação dos direitos da comunidade LBGTQI+.

Os princípios de Yogyakarta foram endossados pela Organização das Nações Unidas – a partir de agora apenas ONU – no ano de 2007, a fim de tentar coibir as massivas e graves violações aos direitos dos integrantes da comunidade LBGTQI+. Referidos princípios procuraram compilar e reinterpretar os direitos humanos aplicáveis a situações de discriminação, estigmatização e violência experimentados por grupos, em razão de sua identidade de gênero e de sua orientação sexual.

No que diz respeito especificamente aos direitos da população LBGTQI+ no sistema carcerário, consta do documento que toda “pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana”, bem como que “a orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa”.

O Princípio nº 9 de Yogyakarta dispõe que os estados devem, entre outras coisas:

*a) Garantir que a detenção evite uma maior marginalização das pessoas motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, expondo-as a risco de violência, maus-tratos ou abusos físicos, mentais ou sexuais; ... c) Assegurar, na medida do possível, que pessoas detidas participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero; d) Implantar medidas de proteção para todos os presos e presas vulneráveis à violência ou abuso por causa de sua orientação sexual, identidade ou expressão de gênero e assegurar, tanto quanto seja razoavelmente praticável, que essas medidas de proteção não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional em geral; ... g) Implantar programas de treinamento e conscientização, para o pessoal prisional e todas as outras pessoas do setor público e privado que estão envolvidas com as instalações prisionais, sobre os padrões internacionais de direitos humanos e princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero.*

Conforme consta da introdução dos Princípios de Yogyakarta, todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. Nesse passo, afirma-se no referido documento que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.

A necessidade de aplicação dos referidos princípios na perspectiva do sistema penitenciário brasileiro é evidente, haja vista que a violação dos direitos humanos das mulheres transexuais e das travestis no sistema penitenciário brasileiro é inegável. Nestes ambientes, lhes é negada a possibilidade de desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual, ficando facilmente expostas a todo o tipo de violência.

Na inicial da ADPF 527, a fim de ilustrar esta situação de violação de direitos humanos e de tratamento cruel, fez-se referência ao Habeas Corpus nº 152.491, em que a travesti paciente compartilhava cela com mais de 31 (trinta e um) homens, cuja cela tinha capacidade de comportar 12 (doze) pessoas, “sofrendo todo o tipo de influências psicológicas e corporais”.

Por isso, a referida ADPF pretende resguardar a dignidade da pessoa humana, a proibição ao tratamento degradante ou desumano e o direito à saúde, todos expressamente previstos na Constituição Federal, às travestis e transexuais submetidas à custódia estatal. Busca-se assegurar o direito de as presas transexuais do gênero feminino cumprirem suas penas em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino e de as custodiadas travestis, identificadas socialmente com o gênero feminino, poderem optar por cumprir pena em estabelecimento prisional do gênero feminino ou masculino, conforme sua escolha.

AGUIAR salienta que a necessidade de reconhecimento dos direitos humanos das presas transexuais e travestis foi reconhecida pela própria Procuradoria-Geral da República, em parecer exarado nos autos da ADPF 527. Na oportunidade, a Procuradoria asseverou que a garantia da identidade de gênero concretiza-se com a possibilidade de uma pessoa manifestar todas as características e usufruir de todos os espaços pertencentes ao gênero pelo qual se identifica.

No ano de 2019, em decisão liminar, o Min. Luís Roberto Barroso reconheceu que as transexuais e travestis pertencem a um grupo extremamente estigmatizado e que, no contexto carcerário, estão sujeitas a uma dupla vulnerabilidade. Reconheceu que essas pessoas integram um grupo exposto a graves situações de violência que colocam

em risco a sua integridade física e psíquica, bem como suas vidas, motivo pelo qual a necessidade de sua proteção estaria no âmbito de incidência dos Princípios de Yogyakarta. Por tudo isso, determinou que as presas transexuais femininas fossem transferidas para presídios femininos.

Entretanto, lamentavelmente, a decisão não alcançou as travestis, pois, segundo o ministro, ainda não havia informações que permitissem reconhecer, com segurança, à luz da Constituição Federal, qual é o tratamento adequado a ser conferido a este grupo. Segundo ele, considerando-se que as travestis, diferentemente das transexuais, não experimentam um sentimento de inconformidade em relação aos seus corpos e ao seu sexo biológico, bem como o fato de que não foram abarcadas pela Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação 1/2014 e, ainda, o fato de que o direito de travestis de serem encaminhadas às unidades prisionais de acordo com sua identidade de gênero ainda está em discussão no âmbito do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCDD/LGBT), ainda não seria possível aferir qual seria o ambiente adequado para o seu recolhimento carcerário.

Como consequência, por ora, foi negado às travestis o direito de optar pelo estabelecimento prisional em que serão recolhidas ou mesmo o direito de serem recolhidas em estabelecimentos prisionais femininos, o que revela mais uma ação de estado que negligencia os direitos desse grupo de pessoas, motivo pelo qual elas continuam expostas às mesmas condições de violações de direitos humanos e de tratamento cruel, o que revela um desprezo institucional por suas identidades, por seus corpos e por suas vidas.

Como reflexão final do tópico, parece claro que, se o Judiciário ainda não tem a certeza quanto ao ambiente carcerário mais adequado para o recolhimento das travestis, ao menos uma certeza é possível extrair de todo este contexto narrado, de que os estabelecimentos em que estão sendo recolhidas atualmente, ou seja, as prisões masculinas, certamente não são adequados à sua condição pessoal, por expô-las a variados tipos de violências.

#### **4. Necropoder e Transfobia**

Esta postura institucional revela uma verdadeira política estatal de abandono dessas pessoas e desprezo por suas vidas, que são fortemente precarizadas e, por que não dizer, consideradas descartáveis.

E, por vidas precárias, adotamos o conceito de Judith Butler, para quem “uma vida específica não pode ser considerada lesada ou perdida se não for primeiro considerada viva”. Conforme a autora, “se certas vidas não são qualificadas como vidas ou se, desde o começo, não são concebíveis como vidas de acordo com certos enquadramentos epistemológicos, então essas vidas nunca serão vividas nem perdidas no sentido pleno dessas palavras”. (BUTLER, 2015)

Essa não existência das vidas das mulheres transexuais e das travestis pode ser facilmente percebida com uma simples reflexão. Conforme pondera RUIZ, basta pensar onde estão estas pessoas nos espaços públicos. Rapidamente se constata que estes corpos são rejeitados pela sociedade a tal ponto que não ocupam os espaços sociais comuns, como espaços de lazer ou locais de trabalhos, limitando-se a sua existência aos espaços periféricos e marginalizados. Com isso, são relegados a um lugar de não existência, são invisibilizados como se de fato não existissem.

E esse manto de invisibilidade repercute também na não percepção das violações constantes e massivas de seus direitos humanos e de suas dignidades. À exceção de alguns poucos casos de grande repercussão midiática, a regra é que as violências sexuais, os espancamentos e as mortes violentas dessas pessoas não são percebidas pela sociedade ou pelo estado.

Não há, por exemplo, um luto em razão de suas mortes. Conforme alerta RUIZ, baseando-se em dados da ANTRA, as mortes das mulheres transexuais e das travestis são subnotificadas, não havendo dados oficiais precisos. Segundo os dados da ANTRA, muitas vezes, não há uma especificação da identidade de gênero da vítima nos Boletins de Ocorrência e, outras vezes, são simplesmente identificadas como homossexuais ou simplesmente designadas conforme seu sexo biológico. De outro lado, como salientam SILVA e CAMPOS, essa ausência de luto decorre também do fato de que, muitas vezes, nem as famílias reclamam os corpos trans, que acabam sendo enterrados como indigentes, circunstâncias que exasperam a invisibilidade dessas mortes. Portanto, se estas mortes não são vistas, também não são percebidas e, por isso, igualmente não são sentidas ou lamentadas e não geram indignação.

E tudo isso se aplica igualmente às mesmas violências quando praticadas contra elas no ambiente carcerário. Aliás, o aprisionamento dos seus corpos e a sujeição às já referidas violências, bem como a aniquilação de suas identidades nesses ambientes parecem atender perfeitamente à esta política de invisibilização, descaso e aniquilação do Outro, do diferente.

De fato, na linha do que sustenta Judith Butler, citando Hegel e Klein, a apreensão da precariedade conduz a uma potencialização da violência e a uma percepção da vulnerabilidade física de certo grupo de pessoas que incita o desejo de destruí-las.

Deveras, a colocação das mulheres transexuais e das travestis em estabelecimentos prisionais masculinos, nos quais sofrem todo tipo de abuso físico e psicológico, expõe como o estado atua de forma muito diferente em relação a determinados grupos de pessoas, no que diz respeito à distribuição diferencial de direito à vida. Conforme aponta RUIZ, na perspectiva do pensamento de Achille Mbembe, o que se observa é que o estado tutela e protege as vidas de grupos sociais relevantes e promove, de outro lado, políticas de aniquilação dos párias sociais.

Sobre esta questão, Berenice Bento observa como, ao promover ações de cuidado e garantia das vidas de uma parcela da população e, de outro lado, demonstrar desprezo pelas vidas de certos grupos de outras pessoas, como é o caso das mulheres transexuais e das travestis, o estado revela que, em um mesmo contexto, em um mesmo recorte histórico, pode ser, ao mesmo tempo, promotor de biopolíticas (dar a vida) e de necropolíticas (promover a morte). Nesse ponto, é possível notar como o estado, em um exercício de poder, age ora para dar garantias de vida para os indivíduos ora para promover sua morte e aniquilação, exercendo controle sobre a vida das pessoas.

Ao sustentar que o estado adota políticas de promoção da vida dos grupos sociais relevantes e, ao mesmo tempo, políticas de promoção da morte de indivíduos integrantes de grupos indesejáveis, não se restringindo, neste último caso, a promover políticas de deixar morrer, mas sim verdadeiras políticas de extermínio, ou seja, de fazer morrer parcelas da população cujas vidas são consideradas descartáveis, Berenice Bento propõe um novo termo, qual seja o necrobiopoder. Dessa forma, propõe nomear de necrobiopoder um conjunto de técnicas de promoção da vida e da morte a partir de atributos que qualificam e distribuem os corpos em uma hierarquia que retira deles a possibilidade de reconhecimento como humano e que, portanto, devem ser eliminados, e outros que devem viver.

E, nessa perspectiva, enquadram-se com perfeição as políticas de abandono estatal em relação às travestis e mulheres transexuais quando recolhidas em estabelecimentos prisionais masculinos. Com efeito, nota-se que se cuida de postura estatal pautada pela lógica da heteronormatividade, promovendo uma hierarquização das pessoas e dos corpos, de modo que aquelas que não atendem às expectativas do

padrão hegemônico da heterossexualidade são consideradas indesejáveis e descartáveis, sendo passíveis de eliminação. E, no caso das mulheres transexuais e das travestis, a equação ganha um elemento a mais, haja vista que a sua existência revela-se incômoda não apenas em razão de uma orientação sexual dissidente, mas também pelo fato de que desafiam a lógica heteronormativa com a exposição de seus corpos femininos, apesar do sexo biológico masculino.

Essa ousadia ao desafiar tão frontalmente a ótica heteronormativa é produtora de ódio por parte da sociedade e do estado, ensejando comportamentos de desprezo, preconceito, discriminação, agressão e morte, o que caracteriza verdadeira necropolítica. Na linha do pensamento desenvolvido por Mbembe, não se nega que o estado promova a vida, mas o que se percebe é que não há uma tutela da vida de maneira uniforme, haja vista esta promoção de políticas de aniquilação de grupos de pessoas indesejáveis, o que se configura como uma verdadeira forma de governabilidade.

## **5. Conclusão**

O que se constata, no fim das contas, é que as mazelas do sistema penitenciário brasileiro, já reconhecidamente falido e inconstitucional pelo STF, se reproduzem e são acrescidos de outras circunstâncias peculiares relacionadas com a condição das mulheres transexuais e das travestis, o que torna a situação ainda muito mais grave.

As violações de direitos humanos no ambiente carcerário são maximizadas quando acrescentadas as questões relacionadas à identidade de gênero e sexualidade, atreladas a condição de existência dessas pessoas. De fato, considerando-se que se cuida de um grupo de pessoas discriminadas e marginalizadas tanto pela sociedade como um todo, como pelo próprio estado, o desprezo por suas vidas é potencializado quando comparado com a percepção que se tem da importância das vidas de pessoas pertencentes a outros grupos, considerados relevantes.

No caso específico, esse desprezo pela vida dessas pessoas está pautado pela cultura da heteronormatividade, a qual se sustenta pela normalização exclusiva da orientação heterossexual. Conforme este entendimento, todos os indivíduos nascidos com pênis devem se comportar como homens machos e todas as pessoas nascidas com vagina devem se comportar como mulheres fêmeas, sempre heterossexuais. Todas as outras formas de viver, destoantes desse binarismo hegemônico, são consideradas abjetas, anormais, muitas vezes patológicas e passam a ser indesejáveis, devendo ser eliminadas.

Com isso, difunde-se uma cultura de ódio contra o Outro, o diferente, relegando-os à condição de vidas precárias, de menor importância, descartáveis mesmo. Como esse comportamento é produzido e reproduzido pelo próprio estado, o qual nega condições básicas de dignidade a alguns grupos de pessoas, negligenciando-as em todos os aspectos de sua existência (moralidade, integridade corporal e sexual, bem como suas próprias vidas), revela-se uma verdadeira política pública, um verdadeiro exercício de poder institucional de aniquilar os indesejáveis, não apenas deixando-os morrer, mas fazendo-os morrer.

E é exatamente isso que se observa quando o estado negligencia as vidas das mulheres transexuais e das travestis notadamente, no que interessa especificamente a este estudo, quando permite o seu encarceramento em estabelecimentos penais masculinos. Nestes ambientes, são destruídas, em primeiro lugar, suas identidades, quando desrespeitados seus nomes sociais, quando obrigadas a cortar os cabelos, a usar roupas masculinas. Para além, são desrespeitadas sua integridade emocional, sua integridade física e suas vidas, como acontece quando são recolhidas em celas superlotadas, onde ficam sujeitas a todo tipo de sevícias e violências, tanto físicas, como sexuais e ainda sujeitas a assassinatos motivados por um ódio irracional.

Constata-se que a gravidade dessa situação enfrentada pelas mulheres transexuais e travestis no ambiente carcerário deve ser denunciada a conhecida por todos, por ser fator importante na luta contra as discriminações baseadas em identidade de gênero e orientação sexual, notadamente no aspecto relacionado com a configuração de verdadeiras necropolíticas.

Com efeito, na esteira do que sustenta RUIZ, citando Caravaca-Moreira e Padilha, conclui-se ser necessário, para o enfrentamento dessa necropolítica, ficar explícita a necessidade do desenvolvimento de novas formas de compreensão do sexo, corpo, gênero e sexualidade, não como produtos de essências sociais ou biológicas, senão de práticas discursivas e prescritivas.

## **6. Referências**

AGUIAR, Jéssika Mayara de Oliveira. **A dupla punição das mulheres transgêneras presas em penitenciárias masculinas**, em Direito Penal, Diversidade Sexual e Gênero, Organizadores: Daniela Lima e José Muniz Neto. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2020.



BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; BONFIM, Rainer; SILVA, Jéssica de Paula Bueno da. **Hegemonia, decolonialidade e a perspectiva LGBTI**. Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero (3 : 2018 : Ouro Preto - MG) [Anais do] III Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero [recurso eletrônico] sujeitas sujeitadas : violências e insurgências das subjetividades femininas e LGBT+, volume 2 / organização Flávia Souza Máximo Pereira, Luísa Santos Paulo, Jéssica de Paula Bueno da Silva. - 1. ed. - Belo Horizonte : Initia Via, 2019.

BARCELOS, Ana Paula de. **Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47588>

BENTO, Berenice. **Necrobiopoder: Quem pode habitar o estado-nação?** Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8653413>

BICHARA, Jahyr Philippe; PAIVA, Uliana Lemos de. **A violação do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema penitenciário pátrio e a possibilidade de responsabilização interna e internacional do Estado brasileiro**. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/4351/3550>

CAMPOS, Carmen Hein de; SILVA, Paula Franciele da. **Transfeminicídio no Brasil, vidas descartáveis**, em Direito Penal, Diversidade Sexual e Gênero, Organizadores: Daniela Lima e José Muniz Neto. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2020.

DEPEN, Dados dos Presos em Unidades Prisionais no Brasil. Disponível em <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWEwMDAtZDIzNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLT RiOGRhNmJmZThlMSJ9>

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GUERRA, Sidney. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, N° 9 - Dezembro de 2006. Disponível em: <http://fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista09/artigos/sidney.pdf>

ORLANDO, Miguel Antônio da Fonseca; SOUZA, Fernando Gontijo Resende; SOUSA JUNIOR, Carlos Augusto Alves de. **Abjeção de corpos e identidades LGBTIQ+ no sistema de saúde brasileiro**. Disponível em: <https://www.initiavia.com/product-page/abje%C3%A7%C3%A3o-de-corpos-e-identidades-lgbtiq-no-sistema-de-sa%C3%BAde-brasileiro>

Princípios de Yogyakarta. Disponível em:  
[http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf)

RUIZ, Melissa Salinas (2020): **A transnecropolítica no brasil**, Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (febrero 2020). Disponível em:  
<https://www.eumed.net/rev/cccss/2020/02/transnecropolitica-brasil.html>  
<http://hdl.handle.net/20.500.11763/cccss2002/transnecropolitica-brasil>

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, Lorena Silva de. **A crise no sistema prisional e o reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise dos fundamentos fáticos e jurídicos na provocação ao Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347”**. Uberlândia: LAECC, 2019. Recurso eletrônico.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Relator Ministro MARCO AURÉLIO MELLO. Publicado no DJe em 19 de fevereiro de 2016, disponível em:  
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Publicado no DJe em 01 de julho de 2019. Disponível em:  
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340513402&ext=.pdf>.

# **A proteção de dados pessoais das pessoas com deficiência no Brasil: análise a partir das disposições da LGPD e do Estatuto da Pessoa com Deficiência**

Alexandre Guilherme dos Santos<sup>1</sup>  
Edgard Felipe Santiago da Silva<sup>2</sup>  
Raphael Furtado Carminate<sup>3</sup>

**RESUMO:** O Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu alterações substanciais no regime das incapacidades; anos depois, a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, por sua vez, inaugura um novo paradigma a respeito da proteção de dados pessoais no país. O problema do estudo se refere a como deve ser realizado o tratamento dos dados de pessoas com deficiência, na hipótese (a ser verificada) de nenhuma das duas normativas mencionadas o disciplinar de forma aprofundada. Assim, o objetivo geral da presente incursão é desvendar a disciplina jurídica do tratamento de dados dessas pessoas, em caso de eventual omissão legal. Metodologicamente, o estudo se apresenta teórico-dogmático, predominantemente bibliográfico, e será conduzido também com a análise das disposições contidas no EPD e na LGPD aplicáveis à matéria. A relevância do estudo se justifica por sua atualidade e porque pode fornecer esclarecimentos sobre um tema em relação ao qual as discussões ainda estão em desenvolvimento.

Palavras-Chave: pessoa com deficiência; Estatuto da Pessoa com Deficiência; LGPD; privacidade; proteção de dados pessoais.

## **INTRODUÇÃO**

O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a Lei Geral de Proteção de Dados são considerados normativas paradigmáticas no ordenamento jurídico pátrio. Considerando-se o conteúdo de cada uma delas, suscita-se o seguinte problema: como deve ser realizado, na atual conjuntura, o tratamento de dados de pessoas com deficiência, acaso nem o EPD, nem a LGPD contenham disposições específicas sobre a privacidade e a proteção de dados dessas pessoas?

Assim, o objetivo geral da incursão proposta é desvendar a disciplina jurídica do tratamento de dados pessoais de pessoas com deficiência, em caso de eventual omissão legal.

---

<sup>1</sup> Mestrando em "Novos Direitos, Novos Sujeitos" pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Especialista em Direito Ambiental e Minerário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Pós-graduando em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Presidente Antônio Carlos de Itabirito (UNIPAC).

<sup>2</sup> Pós-graduando em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Presidente Antônio Carlos de Itabirito (UNIPAC).

<sup>3</sup> Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

Como objetivos específicos, pretende-se: apresentar, de forma panorâmica, as principais alterações promovidas no regime das incapacidades pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência; fornecer um panorama a respeito de importantes questões sobre tratamento de dados pessoais abordadas na LGPD; averiguar se ambas as leis em comento tratam de forma precisa sobre privacidade e proteção de dados de pessoas com deficiência; e, caso nenhum dos diplomas normativos se dedique de forma aprofundada à temática, também se objetiva encontrar diretrizes para assegurar o melhor tratamento dos dados dessas pessoas.

Para tal intento, adotar-se-á a vertente metodológica teórico-dogmática, desenvolvendo-se um estudo predominantemente bibliográfico, amparado em literatura especializada e publicações acadêmicas, mormente do Direito Civil, sobre a temática em análise. No entanto, tem também um viés documental, complementando-se os dados coletados bibliograficamente através da análise de dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e da Lei Geral de Proteção de Dados aplicáveis à matéria e, eventualmente, de elementos de notícias e outras fontes primárias de informação.

Inicialmente, serão apresentadas as principais alterações promovidas no regime das incapacidades pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, e se ele se dedica a disciplinar questões sobre privacidade e proteção de dados pessoais, adotando-se como referenciais teóricos os estudos correlatos desenvolvidos por Raphael Furtado Carminate (2019), Igor de Macedo Félix e César Fiúza (2019), Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá (2020), e Heloisa Helena Barboza, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira e Vitor Almeida (2020), dentre outros.

Em seguida, analisar-se-á brevemente o conteúdo da Lei Geral de Proteção de Dados (2018), em conformidade com os trabalhos de Carlos Nelson Konder (2020) e Caitlin Sampaio Mulholland (2018), investigando-se ainda a (in)existência de normas específicas sobre tratamento de dados de pessoas com deficiência na LGPD, com base em autores já mencionados.

Por fim, utilizando-se as também já mencionadas contribuições teóricas de Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá (2020), e Heloisa Helena Barboza, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira e Vitor Almeida, serão levantadas diretrizes para o tratamento de dados pessoais das pessoas com deficiência, em respeito à sua privacidade e com vistas à proteção desses dados.

A abordagem se justifica, do ponto de vista acadêmico, pela atualidade dos temas visitados, sobre os quais as pesquisas científicas ainda se encontram em desenvolvimento. Salienta-se, ainda, que o estudo adere às importantes discussões sobre novos direitos privados, reconhecimento e vulnerabilidades. Quanto à perspectiva social, a incursão pode contribuir com esclarecimentos sobre o EPD, sobre a LGPD, e estimular novas reflexões para a inclusão das pessoas com deficiência.

Espera-se que a proposta seja capaz de reforçar a necessidade de proteção de seus dados pessoais, sobretudo quando denotarem informações sensíveis, o que é especialmente relevante quando se considera a posição jurídica vulnerável do titular desses dados.

## **1. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a proteção de dados pessoais**

### *1.1. Principais alterações no regime das incapacidades promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência*

Sabe-se que a promulgação da Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, foi alvo de polêmicas que serão brevemente explanadas adiante, e significou uma verdadeira mudança de paradigma no que se refere ao tratamento das pessoas com deficiência no Brasil. Não por acaso, ainda hoje existem debates em torno do chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), suscitando dúvidas acerca de seus reflexos na prática dos atos da vida civil por pessoas com deficiência.

Para contextualização da temática, é importante o estudo histórico sobre a evolução do tratamento conferido às pessoas com deficiência ao redor do mundo, em especial no Brasil. Contudo, a incursão ora proposta, devido à limitação de sua extensão, se concentrará precipuamente na já introduzida mudança de paradigma fomentada pela promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência no país. Neste sentido, faz-se oportuno analisar como a delicada temática era considerada em nosso ordenamento jurídico logo antes da concepção da referida normativa, e quais as efetivas repercussões práticas decorrentes de seu advento.

Em síntese, pode-se afirmar que, antes do Estatuto, a pessoa com deficiência mental ou intelectual era, necessariamente, considerada incapaz. O que variava, grosso modo, era se a incapacidade atribuída àquela pessoa seria absoluta ou relativa, a depender do grau de seu discernimento. O discurso era de proteção: partia-se da premissa de que, classificando uma

pessoa como incapaz, facilitar-se-ia a aplicação automática de uma série de cuidados que se entendiam necessários à sua existência digna, não apenas de ordem patrimonial (caso da interdição, por exemplo), como também existencial. Neste sentido, Igor de Macedo Félix e César Fiúza esclarecem que

em relação às incapacidades, a concepção tradicional da teoria se baseou na ideia de que há fatores, tais como a deficiência, a idade, doença ou uso de substâncias psicoativas que afetam (presumidamente) ou podem afetar (concretamente), total ou parcialmente, o discernimento de uma pessoa. Nessas hipóteses, haveria vulnerabilidade, o que poderia redundar em prejuízos de toda ordem, sobretudo patrimoniais. Diante disso, reconheceu-se a necessidade de mecanismos que fossem capazes de proteger essas pessoas, e que também fossem adequados à qualidade da sua vontade. Chegou-se, assim, à medida de limitação da prática de determinados atos da vida civil e da substituição da vontade, como meios para atender a tais propósitos (FÉLIX; FIÚZA, 2019).

Entretanto, o pretense discurso protecionista culminava na própria estigmatização das pessoas com deficiência; afinal, com base em critérios questionáveis, que por vezes não tinham efetivo respaldo técnico, essas pessoas eram rotuladas como incapazes e, via de consequência, delas se retirava a possibilidade de exercerem diversos atos da vida civil, não apenas de cunho patrimonial, frise-se. Em alguns casos, é evidente que a pessoa possui discernimento específico para determinados atos, e a imposição genérica da incapacidade, fundada em presunções, tolhia suas liberdades e seu desenvolvimento. Apontando as falhas do regime das incapacidades anterior, Gabriel Schulman pontua que

o sistema binário das incapacidades (calcado na chave capaz/incapaz), decorrente da preocupação com a segurança jurídica formal, revela-se impossibilitado de captar a complexidade da vida concreta e os distintos gradientes da aptidão de manifestação, assim como é inapto para lidar com uma avaliação contextual, como, por exemplo, verifica-se com as vulnerabilidades (SCHULMAN, 2018).

A percepção das fragilidades e dos malefícios decorrentes do discurso paternalista em torno das pessoas com deficiência foi ganhando relevo no processo evolutivo do tratamento que lhes é destinado, até que se chegou à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York em 30 de março de 2007, que foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 2009), por meio de sua ratificação pelo Congresso Nacional, tendo então o *status* de norma constitucional. Nesse contexto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência teve justamente o escopo de dar efetividade à aludida Convenção, representando a versão atualizada do nosso ordenamento jurídico acerca das mudanças que já se difundiam.

Reproduzindo as ideias da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o Estatuto ratifica novo entendimento, no sentido de que a capacidade civil é a regra. Rompe-se, portanto, com o regime das incapacidades anterior, que se revelava limitante para a pessoa com deficiência, na medida em que comumente lhe restringia até mesmo o exercício de direitos existenciais mais comezinhos. Por isso fala-se em mudança de paradigma. A deficiência mental ou intelectual não mais presume a incapacidade, não afasta de modo quase imediato o exercício de quaisquer direitos, sem que antes haja uma adequada e criteriosa avaliação casuística, realizada por uma comissão multidisciplinar.

Logo, a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência propiciou verdadeira revisão do regime das incapacidades, de modo a prestigiar a autonomia privada da pessoa, impedindo-se a imposição automática da incapacidade diante da deficiência e a consequente limitação ou retirada de direitos de suma relevância, o que, quando ocorria, equivalia à morte civil. Raphael Furtado Carminate, discorrendo acerca das alterações no regime das incapacidades promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, elucida:

Até se chegar à criação de um microssistema jurídico destinado às pessoas com deficiência, o ordenamento jurídico brasileiro passou por um longo processo evolutivo, no concernente ao tratamento dos direitos destas pessoas, o que, inegavelmente, de forma positiva ou negativa, acabou por influenciar os dispositivos presentes na legislação em vigor.

[...]

Para que se atinjam os objetivos da Convenção, é indispensável a supressão de todos os obstáculos que limitam o exercício das liberdades fundamentais e dos direitos humanos pelas pessoas com deficiência, sendo alguns desses impedimentos de natureza jurídica.

[...]

Assim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, dentre outras questões, promoveu uma revisão na teoria das incapacidades, a fim de se privilegiar e efetivamente reconhecer a autonomia privada das pessoas com deficiência mental ou intelectual.

[...]

Ao revogar expressamente os incisos I, II e III do art. 3º do Código Civil (BRASIL, 2002), o Estatuto asseverou não ser a deficiência, de qualquer natureza, elemento apto a infirmar a capacidade absoluta da pessoa humana. Assim sendo, após a entrada em vigor da Lei n. 13.146/2015 (BRASIL, 2015a), apenas os menores de 16 (dezesesseis) anos são absolutamente incapazes para a prática dos atos da vida civil.

As redações dos incisos II e III, do art. 4º do Código Civil (BRASIL, 2002) também foram alteradas pelo Estatuto, que estabeleceu não ser a deficiência, por si só, um critério hábil para relativização da capacidade da pessoa (CARMINATE, 2019).

Assim, partindo-se da premissa de que a capacidade é a regra, podendo ser afastada parcialmente, em relação a atos específicos, a depender da avaliação do grau de discernimento da pessoa para o seu desempenho, feita por comissão multidisciplinar (CARMINATE, 2019), já se torna possível antever que, em respeito à sua autonomia privada, muitas são as

consequências práticas da mudança de paradigma sobre o exercício de direitos patrimoniais e existenciais pela pessoa com deficiência.

Feitas estas considerações iniciais, o presente trabalho se dedicará a analisar o conteúdo da Lei 13.146, de 2015, no que tange à privacidade e à proteção de dados pessoais das pessoas com deficiência, assunto que ganha especial destaque com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (BRASIL, 2018).

### *1.2. A ausência de normas específicas sobre proteção de dados pessoais no Estatuto da Pessoa com Deficiência*

Em análise dos cento e vinte e sete artigos que integram o Estatuto da Pessoa com Deficiência, constata-se que não há uma seção específica acerca da proteção de dados pessoais, fato abordado por Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá, ao asseverarem que “o Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD, que alcança as mais diversas situações existenciais, não dedica um capítulo especificamente à privacidade à proteção dos dados pessoais” (LIMA; SÁ, 2020).

Em verdade, o artigo 85<sup>4</sup> do Estatuto menciona que a curatela não alcança o direito à privacidade, dentre outros aspectos. Já no Título III, das “Disposições Finais e Transitórias”, o artigo 92<sup>5</sup> menciona a confidencialidade, a privacidade e as liberdades fundamentais da

---

<sup>4</sup> Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

<sup>5</sup> Art. 92. É criado o Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Cadastro-Inclusão), registro público eletrônico com a finalidade de coletar, processar, sistematizar e disseminar informações georreferenciadas que permitam a identificação e a caracterização socioeconômica da pessoa com deficiência, bem como das barreiras que impedem a realização de seus direitos.

§ 1º O Cadastro-Inclusão será administrado pelo Poder Executivo federal e constituído por base de dados, instrumentos, procedimentos e sistemas eletrônicos.

§ 2º Os dados constituintes do Cadastro-Inclusão serão obtidos pela integração dos sistemas de informação e da base de dados de todas as políticas públicas relacionadas aos direitos da pessoa com deficiência, bem como por informações coletadas, inclusive em censos nacionais e nas demais pesquisas realizadas no País, de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

§ 3º Para coleta, transmissão e sistematização de dados, é facultada a celebração de convênios, acordos, termos de parceria ou contratos com instituições públicas e privadas, observados os requisitos e procedimentos previstos em legislação específica.



pessoa com deficiência, mas fazendo alusão especificamente ao funcionamento do “Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Cadastro – Inclusão)”, definido no *caput* do dispositivo como um

[...] registro público eletrônico com a finalidade de coletar, processar, sistematizar e disseminar informações georreferenciadas que permitam a identificação e a caracterização socioeconômica da pessoa com deficiência, bem como das barreiras que impedem a realização de seus direitos (BRASIL, 2015).

Assim, Heloisa Helena Barboza, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira e Vitor Almeida, em trabalho sobre a proteção dos dados pessoais da pessoa com deficiência, expressam que o EPD

[...] se preocupou de forma muito tímida com a tutela da privacidade e dos dados pessoais da pessoa com deficiência ao promover a sua capacidade civil, com destaque à autodeterminação existencial (art. 6º), e reforçar que a curatela não alcança o direito à privacidade (art. 85, § 1º), mas tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. Tal preocupação retorna por ocasião da criação do Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Cadastro-Inclusão), registro público eletrônico, administrado pelo Poder Executivo Federal [...].

Com o intuito de proteger os dados pessoais coletados para fins desse Cadastro-Inclusão, o legislador mencionou que as salvaguardas estabelecidas em lei devem ser observadas de modo a assegurar a confidencialidade, a privacidade e as liberdades fundamentais das pessoas com deficiência e os princípios éticos que regem a utilização de informações (art. 92, § 4º). No entanto, como visto, não há na legislação brasileira salvaguardas específicas para a tutela de dados da pessoa com deficiência (BARBOZA; PEREIRA; ALMEIDA, 2020).

Portanto, as raras ocorrências de termos afetos à “privacidade” ou à “proteção de dados pessoais” no texto do Estatuto da Pessoa com Deficiência são adstritas a servir de complemento para o conteúdo de outros institutos ou temas que ganharam maior destaque pelo legislador.

No mesmo texto, os três autores supracitados mencionam, ainda, que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, diferentemente do EPD, traz uma diretriz específica sobre o respeito à privacidade da pessoa com deficiência, de forma mais

---

§ 4º Para assegurar a confidencialidade, a privacidade e as liberdades fundamentais da pessoa com deficiência e os princípios éticos que regem a utilização de informações, devem ser observadas as salvaguardas estabelecidas em lei.

§ 5º Os dados do Cadastro-Inclusão somente poderão ser utilizados para as seguintes finalidades:

I - formulação, gestão, monitoramento e avaliação das políticas públicas para a pessoa com deficiência e para identificar as barreiras que impedem a realização de seus direitos;

II - realização de estudos e pesquisas.

§ 6º As informações a que se refere este artigo devem ser disseminadas em formatos acessíveis.

acurada. Com isso, fazem alusão à previsão insculpida no artigo 22 da Convenção, cujo teor ora se reproduz:

Artigo 22

Respeito à privacidade

1. Nenhuma pessoa com deficiência, qualquer que seja seu local de residência ou tipo de moradia, estará sujeita a interferência arbitrária ou ilegal em sua privacidade, família, lar, correspondência ou outros tipos de comunicação, nem a ataques ilícitos à sua honra e reputação. As pessoas com deficiência têm o direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

2. Os Estados Partes protegerão a privacidade dos dados pessoais e dados relativos à saúde e à reabilitação de pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2009).

Logo, é perceptível que o EPD não deu à privacidade e à proteção de dados pessoais a abordagem destacada que galgaram na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, não havendo, no Estatuto protetivo brasileiro, regramento substancial no que se refere especificamente a tais temas.

É cediço que o Estatuto da Pessoa com Deficiência é cronologicamente anterior à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD (BRASIL, 2018), normativa paradigmática no que tange à abordagem dos temas supramencionados. Sendo assim, a fim de perquirir se existem, no ordenamento jurídico brasileiro, normas específicas sobre a privacidade e a proteção de dados pessoais das pessoas com deficiência, faz-se também necessário analisar as disposições da LGPD.

## **2. O panorama atual da proteção de dados pessoais no Brasil**

### *2.1. LGPD e o tratamento de dados pessoais*

A Lei n. 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (BRASIL, 2018), cuja vigência teve início em 18 de setembro de 2020 (AGÊNCIA SENADO, 2020), trouxe inseguranças acerca das prováveis repercussões de sua implementação, nos mais diversos setores. Afinal, a tecnologia se faz cada vez mais presente na vida cotidiana, através de recursos que facilitam e aperfeiçoam a comunicação, o trabalho e as vivências pessoais.

É sabido que essas variadas ferramentas tecnológicas envolvem, em maior ou menor medida, o tratamento de dados pessoais, os quais, de acordo com o artigo 5º, inciso I, da Lei supracitada, denotam as informações relacionadas “(...) a pessoa natural identificada ou

identificável” (BRASIL, 2018). Diante da conjuntura em comento, observa-se “(...) uma recente tendência global direcionada à regulamentação das operações e dos controles relacionados aos dados pessoais” (DRESCH; FALEIROS JÚNIOR, 2019), de modo que a LGPD desponta como um importante marco regulatório representativo, no ordenamento jurídico brasileiro, da preocupação com a proteção de dados pessoais.

Neste contexto, outro conceito trazido pela LGPD, que ganha especial relevo quando se lida com minorias ou grupos sociais que vivenciam distintas vulnerabilidades, é o de dado pessoal sensível, que por expressa previsão legal, é considerado aquele

[...] sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (BRASIL, 2018).

Não obstante, destaca-se o entendimento, já consolidado na doutrina pátria, de que esse rol apresentado pelo art. 5º, inciso II da LGPD (BRASIL, 2018), é meramente exemplificativo. Neste diapasão, Carlos Nelson Konder explica:

É inviável conceber rol taxativo de dados sensíveis, já que eles são definidos pelos efeitos potencialmente lesivos do seu tratamento. Nesse sentido, o próprio legislador reconhece que se aplicam as regras relativas ao tratamento de dados pessoais sensíveis aos dados pessoais que, posto não serem em si sensíveis, podem vir a revelar dados sensíveis (LGPD, art. 11, §1º). Assim, por exemplo, dados de localização geográfica hábitos de compras, preferências de filmes e histórico de pesquisa podem parecer inofensivos isoladamente, mas um rápido tratamento em conjunto pode servir a identificar orientação religiosa, política e mesmo sexual (KONDER, 2020).

Portanto, não há uma taxatividade conceitual no texto da LGPD acerca dos dados pessoais que se enquadrariam como sensíveis. Deve-se realizar uma análise de cada caso concreto, de modo que várias outras informações, que não as expressamente elencadas na legislação, podem, em determinado contexto e para titulares específicos, se revelar notoriamente sensíveis.

Além disso, cumpre enfatizar que a Lei prevê uma seção específica para disciplinar o tratamento de dados pessoais sensíveis: trata-se da na Seção II (Do Tratamento de Dados Pessoais Sensíveis), do Capítulo II (Do Tratamento de Dados Pessoais). Assim, se a normativa prevê que o tratamento de dados pessoais em geral (art. 7º e seguintes) já demanda, como elemento primordial, o consentimento do titular, que apenas excepcionalmente pode ser

afastado<sup>6</sup>, ao se referir aos dados sensíveis, por sua vez, a disciplina específica atribuída pela LGPD adjetiva o consentimento, impondo-lhe restrição formal (KONDER, 2020).

De início, a LGPD adota uma forte fundamentação no consentimento do titular de dados para admitir o tratamento dos dados pessoais. Significa dizer que será permitido o tratamento de dados pessoais em havendo manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada (art. 5º, XII). Em complementação, a LGPD estabelece restrições importantes quando diante do tratamento de dados sensíveis, e em relação ao consentimento, estabelece a necessidade de que ele seja realizado de forma específica e destacada, para finalidades singulares também (artigo 11, I, LGPD) (MULHOLLAND, 2018).

Além de exigir, em regra, o consentimento do titular para o tratamento de dados pessoais sensíveis, de forma específica, destacada e para finalidades específicas, há que se considerar que o artigo 11 da LGPD, ao elencar as hipóteses excepcionais em que o tratamento desses dados prescinde do consentimento, não reproduz aquelas previstas, nos incisos V, IX e X, do artigo 7º, para o tratamento de dados pessoais em geral (KONDER, 2018).

Logo, extraem-se, até então, as seguintes conclusões a respeito dos dados pessoais sensíveis: I) o texto da LGPD não esgota as possibilidades em que dados pessoais possam representar informações sensíveis; II) por outro lado, as hipóteses de tratamento desses dados têm previsão legal taxativa, e são mais restritas que as de tratamento dos dados pessoais em geral; III) o consentimento do titular, para tratamento de dados pessoais sensíveis, deve ser qualificado.

As informações sensíveis são assim consideradas por estarem intimamente relacionadas à própria dignidade da pessoa e à expressão de sua personalidade. Assim, o dano causado por tratamento ilícito de dados, quando estes forem sensíveis, é qualificado e viola

---

<sup>6</sup> Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

[...]

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019).

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

múltiplos direitos fundamentais. É o que se extrai da abordagem dos dados pessoais sensíveis desenvolvida por Carlos Nelson Konder:

Entre suas diversas inovações, a LGPD traz a diferenciação do tratamento de certa categoria de dados pessoais: os chamados “dados sensíveis”. Com efeito se o tratamento de qualquer dado pessoal tem o potencial de atingir o seu titular, alguns dados apresentam potencial de dano qualificado no que tange à pessoa humana. A distinção de tratamento normativo, envolvendo a incidência de regras próprias, justifica atenção especial a essa nova categoria normativa.

[...]

Privacidade como autodeterminação informativa/existencial e reconhecimento da construção dinâmica da identidade pessoal conjugam-se, assim, como novas formas de manifestação de proteção jurídica da pessoa humana contra as ameaças de estigmatização e discriminação oriundas do desenvolvimento tecnológico. Com efeito, a principal preocupação com relação ao armazenamento e circulação de informações relativas à pessoa humana diz respeito à sua utilização para submetê-la a estigmas, viabilizando sua discriminação perante as demais. Entre os diversos dados relativos à pessoa, alguns são especialmente idôneos a facilitar processos sociais de exclusão e segregação, razão pela qual seu controle deve ser ainda mais rigoroso. Essa é a chave de leitura adequada para compreender a qualificação de dados pessoais como sensíveis.

[...]

os dados sensíveis são dados pessoais especialmente suscetíveis de utilização para fins discriminatórios, como estigmatização, exclusão ou segregação, de modo que seu tratamento atinja a dignidade de seu titular, lesionado sua identidade pessoal ou privacidade. O próprio anteprojeto da legislação identifica que o fim precípua do tratamento diferenciado dos dados sensíveis é impedir a discriminação da pessoa humana com base nas suas informações. Por essa razão, somente podem ser sensíveis os dados referentes à pessoa humana, em virtude do valor intrínseco da sua dignidade (KONDER, 2020).

De modo similar, Caitlin Sampaio Mulholland, discorrendo acerca dos dados pessoais sensíveis e da tutela de direitos fundamentais, faz menção à proteção de dados pessoais, ao direito à privacidade, à igualdade, à liberdade e à não discriminação, todos eles intimamente atrelados, na sociedade da informação, ao tratamento de informações que se revelem sensíveis:

A tutela jurídica de dados pessoais como um corolário do direito à privacidade (ou do direito à identidade) nos leva a considerar que a autodeterminação informativa, ou o poder de controle sobre os próprios dados, deve ser a tônica quando buscamos a proteção específica dos dados sensíveis, especialmente se tais dados podem gerar tratamentos desiguais. O reconhecimento do direito fundamental à igualdade no artigo 5º, caput, da Constituição Federal tutela também o direito ao tratamento sem distinções de qualquer natureza. Ao mesmo tempo, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constantes do artigo 3º, da Constituição Federal, está o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Soma-se ao reconhecimento constitucional da proteção da igualdade e da não discriminação, a previsão na LGPD da impossibilidade do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos, conforme já esclarecido em outra oportunidade.

[...]

Considerando que se caminha cada vez mais e com maior intensidade para uma sociedade governada por dados, o ambiente social no qual se concretiza a ideia de privacidade informacional passa a ser qualificado pela proteção dos direitos da pessoa de manter o controle sobre seus dados, por meio de sua autodeterminação informativa (liberdade), visando a não discriminação (igualdade). Portanto, o problema da privacidade hoje é causado pelo conflito consequente da assimetria de poderes existente entre os titulares de dados e aqueles que realizam o tratamento dos dados. Esta assimetria gera um desequilíbrio social que, por sua vez, leva à violação dos princípios da igualdade e da liberdade.

Proteger de maneira rigorosa os dados pessoais sensíveis se torna, assim, instrumento para a efetivação da igualdade e da liberdade (MULHOLLAND, 2018).

Portanto, observa-se que os dados pessoais são considerados sensíveis a partir de seu potencial de gerar discriminação de pessoas. Logo, trata-se de informações ainda mais delicadas que os dados pessoais em geral, razão pela qual os danos sofridos por seus titulares são qualificados, eis que os expõem a estigmatizações e segregações.

Uma vez estabelecido este breve panorama acerca do tratamento de dados pessoais na LGPD, dos dados pessoais sensíveis e da abordagem do consentimento na lei, premissas que facilitarão a compreensão da proposta, abordar-se-á, a seguir, se a aludida lei, por sua vez, apresenta disposições específicas sobre o tratamento de dados pessoais das pessoas com deficiência, já que o Estatuto correlato não as tem.

## 2.2. *LGPD e pessoas com deficiência*

A leitura do texto integral da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) espargido em sessenta e cinco artigos, permite constatar que, tal como ocorre com o EPD, não há qualquer dispositivo específico a respeito da privacidade ou proteção de dados de pessoas com deficiência.

Não obstante a normativa discipline o tratamento de dados pessoais de grupos vulneráveis como as crianças e os adolescentes (Seção III, do Capítulo II), o termo “deficiência” não tem sequer uma única incidência na LGPD, mesmo com a inclusão das recentes alterações promovidas pela Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, que altera a LGPD “[...] para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados [...]”, dentre outras providências (BRASIL, 2019).

Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá salientam:

A LGPD volta-se à proteção de dados pessoais de pessoas vulneráveis, quando disciplina o tratamento de dados de crianças e adolescentes, determinado seja observado o princípio constitucional do melhor interesse (art. 227, CR/88); todavia é

silente relativamente à proteção de dados de pessoas com deficiência (LIMA; SÁ, 2020).

Inusitadamente, embora o ordenamento jurídico pátrio ora possua tanto um microsistema de proteção à pessoa com deficiência, quanto um microsistema de proteção de dados pessoais, percebe-se que nenhum deles, isoladamente, disciplina de forma aprofundada como deve se dar o tratamento dos dados pertencentes a pessoas com deficiência. Surge, a partir desta constatação, a principal problemática suscitada no presente estudo: diante da omissão legislativa, como garantir a privacidade e a proteção dos dados pessoais destas pessoas?

Conforme complementam as duas autoras acima referenciadas, “omissão legal não significa ausência de norma jurídica”. É essencial, pois, ponderar as possíveis diretrizes para que se vislumbre a disciplina jurídica do tratamento de dados das pessoas com deficiência.

### **3. Diretrizes para o tratamento de dados pessoais da pessoa com deficiência**

A despeito da ausência de disciplina específica atinente à privacidade e proteção de dados das pessoas com deficiência no Estatuto protetivo e na LGPD, consoante pontuam Heloisa Helena Barboza, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira e Vitor Almeida, “o tratamento de dados pessoais de pessoas com deficiência deverá sempre ser realizado em seu benefício e proteção, de modo a enaltecer sua autonomia e inclusão social e evitar qualquer traço paternalista” (BARBOZA; PEREIRA; ALMEIDA, 2020).

Neste intento, Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá sugerem que “do diálogo dos dois microsistemas (EPD e LGPD) é possível visualizar a disciplina jurídica do tratamento de dados das pessoas com deficiência” (LIMA; SÁ, 2020). Com efeito, diante da falta de regramentos mais específicos, mostra-se pertinente e necessária a interlocução entre os preceitos da LGPD e do EPD; se não há, em qualquer dos dois diplomas normativos, normas voltadas propriamente à privacidade e na proteção de dados das pessoas com deficiência, deve-se partir de ambos, em interpretação conjunta com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (especialmente seu artigo 22), de forma sistêmica, para que se extraiam as diretrizes para o melhor tratamento destes dados.

Conclusão similar é apontada por Heloisa Helena Barboza, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira e Vitor Almeida:

[...] A carência de tratamento específico a respeito das pessoas com deficiência não impede a leitura sistemizada entre a LGPD e os Estatutos protetivos, em especial no caso, o EPD. Mais do que isso, a CDPD dedicou dispositivos específicos sobre o respeito à privacidade e proteção dos dados pessoais na área da saúde e de reabilitação e, portanto, tem aplicação imediata. Cabe ao intérprete empreender uma interpretação das normas infraconstitucionais à luz dos preceitos convencionais (*rectius*: constitucionais) e sistêmica entre a LGPD e o EPD (BARBOZA; PEREIRA; ALMEIDA, 2020).

Neste diapasão, conforme já antecipado, os dados pessoais sensíveis se tornam ainda mais relevantes, em especial os relativos à saúde, na medida em que podem expor a pessoa com deficiência a discriminações diversas.

Dentre todas as categorias de dados, os dados de saúde merecem especial atenção quando são titularizados por pessoa com deficiência. O uso indevido dos dados médicos e sem autorização do titular, por si só, é ilícito grave. Se o titular dos dados é pessoa com deficiência, as consequências da antijuridicidade podem ser gravíssimas, prejudicando o seu processo de inclusão social. Ademais, ninguém pode ser prejudicado – na titularização e no exercício de direitos – em razão de deficiência de natureza física, sensorial, mental e intelectual (LIMA; SÁ, 2020).

Ressalta-se, ainda, o papel do consentimento, que no caso de tratamento de dados sensíveis de qualquer pessoa, deve ser manifestado de forma específica, destacada e para finalidades específicas. No caso da pessoa com deficiência, como o Estatuto presume a capacidade civil, deve-se viabilizar o seu consentimento livre e esclarecido em relação ao tratamento dos dados; contudo, acaso se afira, casuisticamente, a ausência de discernimento específico para expressar o consentimento qualificado, sugere-se, como medida de proteção, que não seja realizado o tratamento de determinados dados sensíveis com potencial para ensejar estigmatizações.

Neste cenário, é de todo indispensável o diálogo entre o EPD e a LGPD, de modo a construir uma efetiva e integral tutela dos dados pessoais da pessoa com deficiência, com fins à promoção de seu consentimento livre e esclarecido acerca do tratamento dos dados, bem como outros mecanismos de proteção, na medida de suas necessidades e circunstâncias de cada caso. Visa-se, com isso, salvaguardar a construção de uma identidade livre de estigmas e sem discriminação por meio da tutela dos dados sensíveis. Sob o manto da diretriz de natureza constitucional prevista no art. 22 da CDPD, proteger os dados pessoais das pessoas com deficiência é concretizar as diretrizes da Convenção e do EPD de igualdade e liberdade, tão caros à plena inclusão social.

[...]

A obtenção do consentimento para fins médicos deve assegurar a participação da pessoa com deficiência, no grau máximo, em caso de situação de curatela, em estrita observância do art. 12, §1º, do EPD. O suprimento do consentimento da pessoa com deficiência deve ser sempre excepcional e episódico, bem como temporário, quando feita a interpretação sistemática do parágrafo único do art. 11 do EPD.



Indispensável, no entanto, atentar-se para o conteúdo e a forma das informações sobre o tratamento de dados pessoais, para fins médicos ou não, que deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário/paciente, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária e adequada à pessoa com deficiência, submetidas ou não à curatela, preservando ao máximo sua participação no processo decisório do consentimento,

Com o objetivo de proteger a igualdade e a liberdade das pessoas com deficiência, é fundamental tutelar de forma mais enérgica o núcleo duro dos dados pessoais, ou seja, aquelas que potencialmente causam discriminação em relação ao titular dos dados. A LGPD hipertrofiou o consentimento como principal mecanismo de proteção dos dados pessoais, no entanto, menosprezou que pessoa em situação de vulnerabilidade nem sempre será protegida com foco na autodeterminação das informações pessoais. Indispensável verificar a habilidade concreta da pessoa com deficiência para controlar seus dados sensíveis, bem como vedar o tratamento de determinadas informações, sempre que isto for necessário para sua proteção (BARBOZA; PEREIRA; ALMEIDA, 2020).

Em suma, as discussões sobre a temática abordada ainda se encontram em desenvolvimento; de todo modo, através do diálogo normativo entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a Lei Geral de Proteção de Dados, e conjugando-se a tecnologia, os esforços sociais e a conscientização e capacitação de todos aqueles que compõem a cadeia de tratamento dos dados pessoais, pode-se zelar efetivamente para que o aludido tratamento seja respeitoso à autonomia e dignidade da pessoa com deficiência.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Estatuto da Pessoa com Deficiência rompeu com o regime das incapacidades anterior, afirmando que a deficiência não é causa de presunção de incapacidade. A releitura da temática, embora ainda seja alvo de polêmicas, supera a outrora frequente imposição genérica da incapacidade, a partir de meras presunções de um discurso paternalista, o que restringia o exercício de direitos pelas pessoas com deficiência, refreando seu desenvolvimento. Contudo, a despeito de promover a inegável revisão de institutos jurídicos tradicionais, o EPD não se dedicou a disciplinar, de forma aprofundada, questões atinentes à privacidade e à proteção de dados das pessoas com deficiência.

Anos depois, a Lei Geral de Proteção de Dados, seguindo a tendência mundial de preocupação com a proteção das informações pessoais em razão do desenvolvimento tecnológico, inaugurou um paradigma no que se refere ao tratamento de dados pessoais no país. Ainda assim, a LGPD, que prevê tratamento diferenciado para determinados dados,

como os titularizados por crianças e adolescentes, não faz menção direta às pessoas com deficiência.

Embora não haja, em qualquer das normativas em comento, disposições consistentes sobre a privacidade e a proteção dos dados dessas pessoas, por meio do diálogo entre ambas, considerando-se o que preconizam, podem-se extrair diretrizes razoáveis para o melhor tratamento de seus dados, mormente quando se recorre às previsões contidas na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que inspirou o estatuto protetivo.

Assim, conclui-se que, sobretudo neste contexto em que a omissão legal destoa da intensificação da tecnologia na vida cotidiana, se revelam fulcrais os debates sobre a temática e a atenção da sociedade, nos mais diversos âmbitos e espaços, à realidade das pessoas com deficiência, que devem, de fato, ter preservada a sua dignidade e sua autonomia privada, inclusive no que tange ao tratamento de dados pessoais. É preciso viabilizar, por meio de informações claras e acessíveis, que manifestem seu consentimento livre e esclarecido em relação a este tratamento, uma vez que a capacidade para tanto se presume, após a promulgação do Estatuto.

Entretanto, determinadas informações são consideradas sensíveis e seu tratamento exige consentimento específico, destacado e para finalidades específicas, eis que se relacionam à própria dignidade da pessoa e têm o potencial de expor seus titulares a estigmatizações. Logo, ressalva-se que, no caso das pessoas com deficiência, uma vez constatada a ausência de discernimento específico para expressar o consentimento qualificado, aferida em casuística avaliação técnica, deve-se vedar ou restringir o tratamento de dados sensíveis, em especial os relativos à saúde, que podem conduzir a severas discriminações, dificultando a inclusão social de seus titulares.

E o propósito deve ser justamente esse: que a sociedade se adapte, enfim, para acolher as diferenças, porque são elas que motivam as melhores mudanças.

## **REFERÊNCIAS**

AGÊNCIA SENADO. **Lei Geral de Proteção de Dados entra em vigor**. Senado Notícias (Senado Federal). Brasília, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-entra-em-vigor>. Acesso em: 07 jan. 2020

BARBOZA, Heloísa Helena; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos; ALMEIDA, Vitor. Proteção dos Dados Pessoais da Pessoa com Deficiência. In.: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei geral de proteção de dados**

**peessoais e suas repercussões no direito brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 525 - 544.

BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 ago. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em 07 jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jul. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm). Acesso em 06 jan. 2021.

BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília – DF: Presidência da República, [2020]. 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: 06 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113853.htm). Acesso em: 07 jan. 2021.

CARMINATE, Raphael. **Capacidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual para constituir família**. Ed. D' Plácido. Belo Horizonte, 2019. 232 p.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Reflexões sobre a responsabilidade civil na lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018). In.: ROSENVALD, Nelson; DRESCH, Rafael de Freitas Valle; WESENDONCK, Tula (Orgs.). **Responsabilidade Civil: novos riscos**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 65-89.

FÉLIX, Igor de Macedo; FIÚZA, César. Pelo fim do regime das incapacidades. **Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC**. Belo Horizonte, v. 14, n. 1. P. 300-326. Jan./Jun. 2019. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/7149/pdf>. Acesso em: 06 jan. 2021.

KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 19.709/2018. In.: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 441 - 458.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. As pessoas com deficiência no microsistema de proteção de dados pessoais. **Revista Duc In Altum**, Cadernos de Direito, vol. 12, nº 26, jan-abr. 2020.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 19, n. 3, p. 159-180, 29 dez. 2018. Disponível

em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603>. Acesso em: 10 jan. 2021.

SCHULMAN, Gabriel. Esterilização Forçada, Incapacidade Civil e o Caso Janaína: “não é segurando nas asas que se ajuda um pássaro a voar”. REDES, **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, v. 6, n.2, 2018.

# Plataformas de *streaming* e a ampliação do conceito de livro para fins de aplicação das normas tributárias

Débora S. dos Reis<sup>1</sup>

João Paulo M. Alencar Tavares<sup>2</sup>

César Augusto Bittencourt<sup>3</sup>

## Resumo

No Brasil, as empresas de telecomunicação estão se transformando em *hubs* de conteúdo e passaram a fornecer plataformas de *streaming* aos seus clientes. Dentre os conteúdos ofertados, por meio de parceria com editoras, fornecem *e-books*. Após mais de vinte anos, o STF dirimiu a celeuma acerca da incidência do ISSQN ou ICMS sobre o licenciamento ou cessão de direito de uso de programa de computador, consolidando o entendimento de que se trata de um serviço e, portanto, tributado pelo ISSQN. Mesmo assim, pairam dúvidas se, além da prestação de serviços, ocorre a venda dos produtos. Isso tem reflexo na forma de apuração dos tributos, bem como na aplicação de benefícios fiscais e desonerações, podendo acarretar na autuação da pessoa jurídica, pela ausência de recolhimento dos tributos. Esse entendimento tem origem na interpretação errônea dada ao art. 28, inciso VI, da Lei n° 10.865/2004, em especial no tocante ao conceito de livro. Embora haja jurisprudência no sentido de que a previsão legal pode ser aplicada a outros formatos de texto, não há qualquer semelhança com o que se fornece por meio do *streaming*. Diante disso e considerando que as empresas de telecomunicação, que passaram a prestar esses serviços, não possuem a titularidade das obras nem os direitos definitivos, tampouco tem como negócio a venda de livros, não há que se falar na aplicação do art. 28, inciso VI, da Lei 10.865/04.

**Palavras-chave:** Telecomunicação. *Streaming*. Tributação. PIS e COFINS.

## Abstract

In Brazil, telecommunications companies are turning into content hubs and have started providing streaming platforms to their customers. Among the contents offered, through a

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Minas – FAMINAS. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos. Advogada. Consultora Sênior de Tributos Indiretos na Ernst Young -EY.

<sup>2</sup> Contabilista graduado pela Universidade Federal do Ceará – UFC, graduando em Direito pela UNIFAMETRO, Pós-graduado em Contabilidade e Planejamento Tributário pela Universidade Federal do Ceará – UFC e MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Gerente de Tributos Indiretos na Ernst Young - EY.

<sup>3</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Minas – FAMINAS. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Candido Mendes. Advogado. Assessor da Procuradoria do Município de Muriaé-MG, do Departamento Fiscal e Tributário.

partnership with publishers, they provide e-books. After more than twenty years, the Supreme Court resolved the decision on the incidence of ISSQN or ICMS on the licensing or assignment of the right to use a computer program consolidating the understanding that it is a service and therefore taxed by ISSQN. Even so, doubts remain whether, in addition to the provision of services, the sale of the products occurs. This is reflected in the form of calculation of taxes, as well as in the application of tax benefits and dishonors, may result in the action of the legal entity, by the absence of collection of taxes. This understanding originates from the erroneous interpretation given to article 28, VI, of federal law 10.865/2004, especially regarding the concept of book. While there is case law that legal provision can be applied to other text formats, there is no resemblance to what is provided through streaming. In view of this and considering that telecommunications companies, which have started to provide these services do not own the works or the definitive rights, either does it have as a business the sale of books the is no need to talk about the application of article 28, VI, of federal law 10.865/04.

**Keywords:** Telecommunication. Streaming. Taxation. PIS e COFINS.

## 1. Introdução

Com o avanço da tecnologia, houve uma verdadeira revolução na relação entre as pessoas e a cultura, com novas formas de consumir filmes, músicas e livros. Nos últimos anos, a tecnologia que mais se destacou foi o *streaming*. Com essas mudanças ocorridas na forma das pessoas consumirem conteúdos, surgiu a necessidade de atualizar também a legislação que rege tais relações. No âmbito do direito tributário, a chegada dessa nova tecnologia ensejou muitas discussões acerca de sua tributação.

A dificuldade consiste na tributação das receitas auferidas com os serviços de *streaming*, que disponibilizam *e-books* e *áudio books* aos seus clientes. Isso, porque, na prática, alguns contribuintes vêm aplicando o entendimento de que a disponibilização do conteúdo (e-books e áudio-books) está alcançada pelas disposições da legislação tributária que concede benefícios e desonerações tributárias próprias dos livros, suscitando debate sobre a aplicabilidade ou não dessas regras para essa modalidade de operação.

No Brasil, as empresas de telecomunicação estão se transformando em verdadeiros *hubs* de conteúdo. Aproveitando que a tecnologia de *streaming* está ganhando cada dia mais força, estão fornecendo plataformas que disponibilizam conteúdos aos seus clientes,

juntamente com seus outros produtos. Dentre os conteúdos ofertados, as empresas de telecomunicação, por meio de parceria com editoras, fornecem *e-books* e *áudio-books* aos usuários.

Especialmente, acerca destas plataformas que fornecem os livros digitais, verifica-se na prática da advocacia e da contabilidade, entendimento no sentido de que a própria plataforma de *streaming* pratica operação de comercialização dos livros e, portanto, estaria alcançada pelos dispositivos do art. 28, inciso VI, da Lei nº 10.865/04, que atribuem alíquota zero para essas operações.

A presente pesquisa teve como norte um referencial teórico e conceitual. Por meio da seleção e leitura de autores que abordam conceitualmente e teoricamente os assuntos relacionados à temática proposta, foi possível fundamentar os aspectos conceituais do estudo, contribuindo para se obter os melhores resultados dentro do conhecimento científico.

Dessa forma, o propósito do presente trabalho é investigar a fundo os conceitos e institutos jurídicos, que permeiam a aplicação do art. 28, da Lei nº 10.865/04 às empresas, prestadores de serviços de *streaming*, que disponibilizam *e-books* aos usuários, notadamente o conceito atribuído ao “livro”, para fins de tributação, bem como do entendimento do Supremo Tribunal Federal, quanto à possibilidade de se ampliar tais conceitos.

De modo a entender delinear melhor do que se trata a tecnologia *streaming*, foram consultados artigos que tratam sobre a comunicação de dados, armazenamento e redes de computadores, bem como o histórico da referida tecnologia no Brasil e no mundo. Além disso, estudos que analisam a tecnologia e os reflexos no Direito.

Diante disso, conforme ECHEIMBERG (2020):

A tecnologia streaming permite que um cliente possa visualizar os arquivos vídeo e áudio ainda que estes não tenham sido baixados totalmente do servidor. Assim, o cliente vai visualizando os conteúdos desejados, à maneira com que estes vão sendo sincronizados e sendo armazenados em uma memória temporária, que é denominada como (Buffer).

Se observa que é similar ao download no sentido de que há um carregamento dos arquivos para visualização, no entanto não é necessário aguardar que todo o

arquivo seja descarregado para isso, sendo esta uma das diferenças cruciais entre o download e o streaming, além do que no streaming os arquivos não são baixados ou descarregados na máquina de acesso do cliente, mas sim na memória do servidor (buffer), que após a visualização é apagada, sem que os ficheiros acessados pelo cliente, permaneçam em sua máquina.

A referida tecnologia é muito utilizada na atualidade, pois existem diversos sites e aplicativos que disponibilizam músicas, filmes e podcasts através de streaming, o que ocorre na medida em que os clientes assinam o contrato com a empresa fornecedora de conteúdos através desta ferramenta (streaming) para que os usuários a utilizem.

Ainda, importante trazer à tona o que GALVÃO (2020) expõe em seu estudo acerca do contexto legislativo brasileiro:

(...), a argumentação que vem sendo adotada por parlamentares brasileiros em alguns projetos de lei recentemente apresentados que pretendem tributar plataformas e instituir tributos sobre serviços digitais, incluindo streaming, parte de premissas incorretas e mostra amplo desconhecimento do que ocorre em matéria de tributação no Brasil e no mundo. Dentre tais projetos destacamos os PLP 218 e 241/2020, apresentados pelo Dep. Danilo Forte (PSDB-CE) que indicam a necessidade de se criar “Contribuição Social Especial” sobre serviços digitais prestados por grandes empresas; e o PL 2358/2020, apresentado pelo Dep. João Maia (PL-RN), que propõe a instituição de uma nova “Contribuição de Intervenção sobre Domínio Econômico”, nomeada CIDE-Digital, sobre receita bruta de serviços digitais, também de grandes grupos.

O ponto que merece ser ressaltado, com letras garrafais, é que o Brasil já tributa receita bruta com a cobrança do PIS e da COFINS. O IRPJ e CSLL, ainda que calculados com base no regime do Lucro Real, são tributos cuja base tributável é bastante ampla em razão das inúmeras limitações para a dedução de despesas realizadas pelas companhias. O Imposto sobre Serviços, de competência dos Municípios, também incide sobre o preço total do serviço, ou seja, receita bruta e não sobre um “valor agregado”. Ou seja, diferentemente de outros países, a tributação brasileira incide sobre a operação, isto é, sobre a receita bruta. E, em razão desta tributação da operação, a distribuição de lucros ou dividendos aos sócios é realizada sem a incidência de tributos, porque a carga tributária já foi imposta.

Além disso, para compreender os conceitos e institutos jurídicos que transpassam a aplicação da norma tributária em questão, recorreu-se à doutrina jurídica tributária, à jurisprudência dos Tribunais Superiores Pátrios e à legislação tributária em vigor.

Diante disso, foi possível verificar que, até o presente momento, não há estudos específicos que tratam sobre o tema.



Não obstante, por meio da ADI 5659, em fevereiro do ano corrente, houve a definição acerca dos conceitos e natureza jurídica dessas operações, quando o STF considerou tratar-se de prestação de serviço e, portanto, hipótese de incidência de ISSQN, de competência municipal.

Contudo, embora o STF tenha definido a natureza e competência tributária, ainda restam dúvidas quanto à tributação da receita auferida por essas empresas. Em razão disso, foram propostos vários projetos de lei, no intuito de criar contribuições específicas para as receitas auferidas por empresas de tecnologia, que abarca os serviços de *streaming*. Porém, já existem no país tributos que abarcam esse fato gerador, que são as contribuições para o PIS e a COFINS.

Assim, pretende-se analisar a aplicação do art. 29, da Lei 10.865/04 às empresas, prestadoras de serviços de *streaming*, que disponibilizam livros digitais aos usuários à luz do conceito de livro previsto na Lei nº 10.753/2003, bem como o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quanto à possibilidade de se ampliar tais conceitos, para fins de aplicação da legislação tributária.

Com efeito, tendo em vista a dificuldade encontrada, na prática, quanto à correta interpretação das normas e conceitos referentes à tributação da receita advinda da prestação de serviço de *streaming* de *e-books*, bem como da ausência de estudos acerca do tema, a presente pesquisa teve como objetivo elucidar o tema, de modo a buscar a melhor aplicação das normas tributárias ao caso concreto e maior segurança jurídica aos contribuintes.

## **2. A tecnologia *streaming***

O termo *streaming* tem origem na língua inglesa e significa “corrente” ou “algo que corre” e, tecnicamente, no ramo da tecnologia “fluxo de mídia” ou, apenas, “transmissão”. Assim, é considerada uma técnica de transmissão de dados, que são processados de forma única e contínua. Segundo FOROUZAN (2010, p. 912):

o processo de transmissão de um fluxo contínuo de áudio e vídeo em tempo real via internet é muito similar à transmissão de áudio e vídeo por estações de rádio e TV. Somente que, em vez de utilizar o ar para suas transmissões, as estações transmitem via internet.

De modo geral, de acordo com FRANCISCO; VALENTE (2016, p.276) o *streaming* é um serviço – prestado por meio da internet – no qual o usuário paga pelo acesso livre ao conteúdo em tempo real ao invés de salvar o arquivo em seu dispositivo (celular, tablet ou computador). Trata-se, portanto, de uma distribuição *on-line* de dados. Ao contrário dos *downloads*, não há armazenamento de conteúdo, sendo este produzido na medida em que o usuário o recebe.

Portanto, o *streaming* é uma tecnologia que permite que o usuário tenha acesso a filmes, séries, documentários, músicas e livros pela internet, sem ter, necessariamente que realizar o *download*.

No Brasil, nos últimos anos, houve um crescimento expressivo da utilização dessa tecnologia e a substituição dos meios tradicionais de consumo. Além de filmes e músicas, verifica-se um grande aumento do consumo de livros por meio da tecnologia *streaming* e, tendo em vista a tendência de mercado e a necessidade das empresas de se adaptarem à forma de negócio, tornou-se comum a realização de parcerias entre editoras, livrarias e empresas de telecomunicação.

Nesse sentido, por meio da cessão de direitos, editoras e livrarias passam a disponibilizar os exemplares dos livros, por meio de plataformas de *streaming*, ofertadas pelas empresas de telecomunicação, que disponibilizam o meio pelo qual o consumidor terá acesso a tal acervo.

Ou seja, por meio de um pagamento mensal, os consumidores têm acesso a diversos livros, sem que, para isso, seja necessária a circulação do item físico ou mesmo o *download* dele. O usuário realiza um pagamento mensal pelo *streaming* e, assim, tem acesso a diversos títulos. Como exemplos, podemos citar o “Kindle Unlimited”, “Prime Reading”, “Skeelo”, entre outros.

Como se trata de uma inovação no mercado cultural, a legislação tributária brasileira ainda precisa se aprimorar de modo a abarcar todas as possibilidades e regulamentar todas as relações jurídicas consequentes da implantação dessa tecnologia.

A conceituação, portanto, dos elementos que integram as operações que serão realizadas é fundamental, na medida em que a partir dela se configura a natureza jurídica, a competência tributária e, por conseguinte, todo o arcabouço de incidência tributária e aplicação das normas vigentes.

### **3. Interpretação da legislação tributária**

Como mencionado no tópico introdutório, utilizou-se como base para a pesquisa realizada um referencial conceitual. Isso, porque busca-se a correta interpretação do art. 28 da Lei 10.865/04 e dos conceitos que engendram essa norma.

Nesse contexto, o CTN, em seus arts. 107 a 112, regulamenta acerca da interpretação da legislação tributária. E, especificamente, seus arts. 109 e 110, dispõem o seguinte:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Os dispositivos transcritos disciplinam quanto à utilização de conceitos do direito privado para aplicação da legislação tributária. Assim, segundo esses dispositivos, os princípios e conceitos do direito privado não podem ser utilizados para a definição dos efeitos tributários da norma; ao passo que, a lei tributária não pode alterar a definição posta pelo direito privado.

Sobre o art. 110 do CTN, SABBAG (2020, p.820-821) ensina que:

O dispositivo traz a lume o perfeito relacionamento entre o Direito Tributário e o Direito Privado (Civil e Comercial), mostrando ser viável a comunicabilidade e o diálogo de seus princípios.

Quer-se dizer que os atos jurídicos praticados pelo contribuinte e referentes a institutos do direito privado, v.g., uma doação de bens (campo de incidência do ITCMS), serão conceituados de modo natural pela ciência privatística.

No entanto, pode ocorrer que o contribuinte, em vez de doar, proceda a uma compra e venda por valor irrisório, a fim de se submeter, arditosamente, ao pagamento do ITBI, e não do ITCMD, geralmente mais gravoso que o primeiro.

Assim, os princípios relacionados com o instituto da venda e compra devem ofertar ao aplicador da lei subsídios dogmáticos, porém os efeitos tributários relacionados com o próprio instituto serão decorrentes da lei tributária. Ainda que se tenha querido uma venda e compra, pode ser que ocorra a tributação pela doação. E é exatamente isso que deve acontecer. A fiscalização não pode se submeter ao rigor conceitual do postulado oriundo do Direito Civil – a venda e a compra -, devendo exigir o ITCMD, caso logre provar que se tratou de negócio fraudulento.

O exemplo citado nos demonstra como a correta conceituação dos elementos da norma são importantes para que a legislação seja aplicada corretamente. A manipulação dos conceitos, advindos do direito privado, não podem, portanto, determinar os efeitos da norma tributária, podendo acarretar a incorreta tributação e, por conseguinte, a autuação e penalização do contribuinte.

Nesse contexto, importante mencionar um recurso muito utilizado na interpretação da legislação – o método da analogia. Sabe-se que, no direito tributário, a analogia só pode ser utilizada a favor do contribuinte e jamais sobre elementos constitutivos da obrigação tributária, que são taxativos. Assim, se inexistir regra expressa sobre o caso analisado, busca-se no ordenamento jurídico regra de casos análogos, de modo a integrar a omissão verificada. (SABBAG, 2020).

Sobre a diferença entre integração e interpretação, NOGUEIRA *apud* SABBAG (2020, p.833) nos diz que:

O sentido jurídico-tributário de integrar é de completar o todo, de incorporar apenas o complemento que a tentativa de demonstração do todo revela estar faltando e que a “tensão” de todos os elementos gerais e especiais, lógica, teleológica e sistematicamente reunidos, exige a “construção” daquele complemento e o integra para completar a configuração. Por isso, a interpretação precede e possibilita ou não a integração.

A interpretação da legislação se faz necessária para sua melhor aplicação, contudo, por meio dela não se pode alterá-la, de modo a modificar sua real intenção. A interpretação analógica existe, como visto, para completar a lacuna da lei, buscando elementos em casos que há de fato semelhanças, no intuito de se completar a norma.

A exemplo disso, temos a Súmula Vinculante nº 57, do STF, que amplia o rol do inciso VI, alínea d, do art. 150 da CF, incluindo o livro eletrônico e os suportes exclusivamente utilizados para fixá-los, como leitores eletrônicos (*e-readers*). Isso representa a tentativa de se adaptar a legislação às evoluções tecnológicas, vez que, na época da edição do referido dispositivo constitucional, não existia o livro eletrônico ou *e-book*.

No entanto, na prática, como veremos adiante, verificamos a utilização incorreta de tal dispositivo hermenêutico, de modo a alargar as hipóteses abarcadas pela legislação e conseguir reduzir a carga tributária das empresas.

#### **4. A tributação da tecnologia *streaming***

No Brasil, há pelo menos sete propostas legislativas em andamento no Congresso Nacional, com o objetivo de criar uma “tributação digital”.

Primeiramente, importante destacar os projetos de reforma tributária - PEC nº 110/2019, cuja emenda 11 determina que a União poderá instituir impostos sobre atividades digitais; e, a emenda 117, que propõe a incidência de ICMS sobre todos os bens e serviços fornecidos por meio digital e o PEC nº 45/2019, que extingue o IPI, IOF, PIS, COFINS, Salário-Educação, CIDE-Combustíveis, ICMS e ISSQN e institui o Imposto sobre Operações com Bens e Serviços, que alcança operações digitais.

Somente com esses exemplos iniciais, das alterações propostas pelos projetos de reforma tributária, é possível perceber a dificuldade de se compreender o sistema tributário brasileiro e, principalmente, a legislação que o regulamenta.

Outro ponto importante, que será posteriormente detalhado, é a proposta referente à incidência do ICMS. Isso, porque, recentemente, o STF já decidiu acerca da natureza da

tecnologia de *streaming*, bem como de outras operações que envolvem *softwares*. Segundo a Suprema Corte, trata-se de prestações de serviços e, portanto, tributadas pelo ISSQN.

Além disso, em 2020, diversos outros projetos foram propostos: o PL n° 3.887/2020 (CBS), que extingue o PIS e a COFINS e institui a Contribuição Social sobre operações com bens e serviços incidente à alíquota de 12%, inclusive sobre operações digitais; PLP n° 131/2020 (*Digital Service Tax*), que altera a Lei n° 10.833/2003, para estabelecer regime diferenciado da COFINS sobre a receita bruta auferida pelas empresas de tecnologia; PL n° 2.358/2020 (CIDE-Digital), que institui a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a receita bruta de serviços digitais prestados pelas grandes empresas de tecnologia. Por fim, temos os projetos de leis PLP 218/20 e 241/2020, que sugerem a criação de uma Contribuição Social Especial, destinadas ao financiamento de programas de renda básica. (GALVÃO, 2020).

Verifica-se que a maior parte dos projetos de lei têm como objetivo tributar a receita das empresas de tecnologia. Isso demonstra a importância desse tema, bem como a ausência de entendimento acerca da aplicação da legislação em vigor, uma vez que, no Brasil, já há tributos que incidem sobre a receita das pessoas jurídicas.

Como outrora mencionado, embora haja controvérsias quanto à tributação da renda auferida pelas empresas que fornecem plataformas de *streaming*, o Supremo Tribunal Federal definiu a natureza das operações, bem como a competência tributária atribuída a elas, conforme veremos a seguir.

#### **4.1. ADI n° 5.659 – Enquadramento tributário da tecnologia *streaming***

Como mencionado outrora, a tecnologia *streaming* é uma plataforma que disponibiliza conteúdos por meio de licença de uso temporário, ou seja, uma autorização para a utilização das obras ali reunidas (filmes, séries, *e-books* etc.) sem que haja a transferência definitiva do direito autoral.

No Brasil, a legislação ainda não acompanha a velocidade dos avanços tecnológicos que vem surgindo e, até pouco tempo, não havia um entendimento pacificado acerca da tributação dessa tecnologia.

Em razão disso, foi ajuizada pela Confederação Nacional de Serviços (CNS) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.659, cujo objetivo era a declaração da inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei Complementar Federal nº 87/96 e do Decreto nº 46.877/15 do Estado de Minas Gerais, bem como a inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, do art. 5º, da Lei nº 6.763/75 e do art. 1º, incisos I e II, do Decreto nº 43.080/02, ambos da mesma unidade federada, “a fim de excluir das hipóteses de incidência do ICMS as operações com programas de computador – *software*”.

A autora da ação defende que é incorreto o entendimento de que *software* tem natureza de mercadoria. De sua perspectiva, “o *software* pode ser definido como um conjunto de informações e procedimentos que permite o processamento de dados no computador e comandam o seu funcionamento, segundo os objetivos do usuário”. Assim, sustenta que os programas de computador têm natureza jurídica de direito autoral, de propriedade intelectual. Também, que são abstratos, intangíveis, incorpóreos, embora sejam passíveis de serem avaliados do ponto de vista econômico, principalmente quando disponibilizados na nuvem (*cloud computing*) e a modalidade *Software as a Service (SaaS)*<sup>4</sup>

Além disso, ressaltaram que não há circulação de mercadoria nas operações com *software*, porque nesse caso não existe a transmissão da titularidade do bem ao adquirente, apenas o licenciamento/cessão de uso do direito.

---

<sup>4</sup> O uso corrente da tecnologia de software para fins exclusivo de serviço vem sendo observável em vários modelos de negócios, seja nos aplicativos de transportes (Uber, Cabify), nos aplicativos de hospedagens (Booking, Airbnb), no setor de finanças (Venmo, Bitcoins) e na indústria do entretenimento (Spotify, Netflix, Deezer), entre outros. Para além desses exemplos fáticos na realidade atual, esses aplicativos estão inseridos na modalidade de Software, conhecido como Software as a Service – SaaS, tais não apenas gestam uma novíssima maneira de fornecer soluções adequadas para efetuar diversas operações virtuais, mas, também, influenciam as preferências entre consumidores, diretos e indiretos, que optam por adquirir ou oferecer esses produtos e serviços. Descreve Verônica Cristina Moura Silva Mota, “[...] a Software as a Service (SaaS) é o modelo de computação em nuvem mais fácil de se visualizar, podendo ser acessado de qualquer computador ou dispositivo móvel pelos usuários, por meio de senha e de forma remota, por meio da internet onde o usuário acessa banco de dados que se encontram hospedados em locais indeterminados.” Ínsito a esse cenário, sob o ponto de vista jurídico, a modalidade reserva algumas inseguranças quanto a exação tributária. Em que pese a Suprema Corte já tenha se manifestado acerca da temática Software “sob encomenda” versus “prateleira”, no entanto, apesar da realidade cloud computing ser distinta, a decisão tem contribuído na interpretação desse seguimento emblemático. ALMEIDA, MARTINS e VITA (2020, p.2-3).

O Ministro, relator da ação, Dias Toffoli, em seu voto, externou seu entendimento acerca do conceito de mercadoria, para fins de incidência de ICMS. Segundo ele, o conceito abrange apenas os bens corpóreos (tangíveis) que são objeto de comércio ou destinados a sê-lo. Afirma, ainda, que a Suprema Corte, em diversos julgados, tem superado a dicotomia entre obrigação de fazer e obrigação de dar, principais argumentos observados nas discussões sobre o tema. Assim, argumenta que:

Ainda que se admita ser legítima a incidência de ICMS sobre bens incorpóreos ou imateriais, como admito, é indispensável para que ocorra o fato gerador do imposto estadual que haja transferência de propriedade do bem, o que não ocorre nas operações com software que estejam embasadas em licenças ou cessões do direito de uso. (BRASIL, 2021)

Sobre a incidência do ISSQN, discorre acerca do entendimento externado pelo STF em diversas oportunidades, no sentido de que, *“o simples fato de o serviço encontrar-se definido em lei complementar como tributável pelo ISS já atrairia, em tese, a incidência tão somente desse imposto sobre o valor da operação e afastaria a do ICMS”*.

E, continua:

Seguindo essa diretriz, o licenciamento ou a cessão de direito de uso de software, seja ele padronizado (customizado ou não), seja por encomenda, independentemente de a transferência do uso ocorrer via download ou por meio de acesso à nuvem, enquadrando-se no subitem 1.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03 - sem prejuízo de que, no caso do modelo Software-as-a-Service (SaaS), outras utilidades disponibilizadas ao usuário possam ser desmembradas do licenciamento e submetidas à tributação nos subitens 1.03 e 1.07 -, já teriam o condão de extirpar eventuais dúvidas que poderiam existir acerca da incidência do ISS nas transações com programas de computador.

(...)

Ou seja, considerando-se a LC nº 116/03 e o critério adotado pelo próprio legislador complementar, não vislumbro como deixar de se aplicar o ISS às operações com programas de computador, notadamente tendo em vista o fato de que, a meu sentir, o legislador não desbordou do conceito constitucional de “serviços de qualquer natureza”.

(...)

Com efeito, no caso de licenciamento ou cessão de uso de software personalizado por meio de transferência eletrônica direta, parece não haver controvérsia na jurisprudência da Corte quanto à incidência do ISS, com base no entendimento firmado no RE nº 176.626/SP e sinalizado na ADI nº 1.945-MC. Anote-se que esse tributo sempre incidiu sobre a operação relativa a software personalizado gravado em suporte físico realizada por meio do comércio tradicional ou do



comércio eletrônico indireto. Isso preserva a neutralidade tributária e a não discriminação. (BRASIL, 2021).

Diante do raciocínio desenvolvido em seu voto, julgou a ADI, portanto, procedente, no sentido de excluir das hipóteses de incidência do ICMS o licenciamento ou a cessão de direito de uso de programas de computador.

O Ministro Alexandre de Moraes, votou, no mesmo sentido do voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli, ressaltando que o presente caso se trata de uma evolução do entendimento até então prevalecente no STF, uma vez que a competência atribuída aos entes federados pela Constituição Federal é muito rígida e não acompanha as mudanças ocorridas na prática.

Na mesma linha, o Ministro Luís Roberto Barroso:

No caso, o Supremo Tribunal Federal tem entendido também por esta linha: na disponibilização online, sem cessão definitiva do programa de computador, o usuário remunera o detentor da licença mediante pagamentos periódicos em regime de assinatura pelo tempo de utilização do produto. Não há aqui uma transferência da titularidade do bem. O programa não é vendido, portanto penso que não é possível falar tecnicamente em circulação de mercadorias e, conseqüentemente, não é possível falar em incidência do ICMS. Essa é uma operação que, de acordo com a conformação do legislador, estará sujeita à incidência do Imposto sobre Serviços, de competência municipal, e não ao Imposto de Circulação de Mercadorias, de competência estadual. (BRASIL, 2021).

Importante ressaltar que essa decisão possui status de repercussão geral e, portanto, é vinculativa, devendo ser seguida pelos Tribunais das instâncias inferiores.

Com efeito, após mais de vinte anos, a partir do julgamento dessa ação, em fevereiro de 2021, a celeuma acerca da incidência do ISSQN ou ICMS sobre o licenciamento ou cessão de direito de uso de programa de computador foi dirimida.

Considerou-se uma interpretação mais ampla do conceito de serviços, para além da obrigação de fazer e decidiu pela incidência do ISSQN, independentemente do meio pelo qual a operação com *software* é realizada, se por licenciamento de uso ou direito de acesso (*cloud*), por transferência eletrônica de dados (*download e streaming*), ou de “prateleira” (mídia física), ou ainda customizado/desenvolvido por encomenda.

## 5. A tributação da renda auferida com o serviço de *streaming*

Como visto no tópico anterior, em fevereiro de 2021, o STF decidiu pela incidência do ISSQN sobre a atividade de *streaming*, enquadrando-a no item 1.05 e 1.07 da Lei Complementar 116/03, alterada pela Lei Complementar nº 157/16. Diante disso, não resta dúvida que se trata de um serviço.

O item 1.05 da Lei Complementar 116/03 contém como hipótese o “*Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação*” e, por sua vez, o item 1.09, prevê a:

Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdo pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS”

Por meio do conceito de serviço de *streaming* e seu enquadramento nos itens da Lei Complementar nº 116/03, traçar-se-á os parâmetros de análise da tributação da renda advinda de sua prestação. Diante disso, para uma melhor compreensão acerca do tema, é importante que repisemos o conceito de *streaming*.

Assim, segundo FUNARO e ANDRADE (2021, p.245):

Os serviços de *streaming*, em resumo, consistem na cessão temporária do direito de uso de obras audiovisuais (bens móveis incorpóreos) aos assinantes, que podem usar e fruir desse conteúdo dentro dos limites da licença concedida, durante o período da assinatura ou, ainda, durante o período em que o conteúdo estiver disponível. Como a cessão não é definitiva, os direitos de uso ou de exploração das obras audiovisuais permanecem com seus detentores originais (i.e., não há transferência do domínio ou propriedade de tais direitos).

Como se verifica, o serviço de *streaming* envolve a cessão temporária do direito de uso das obras que disponibilizam, ou seja, se trata apenas de um meio pelo qual tais obras serão disponibilizadas para os consumidores. Isso quer dizer que, a plataforma que fornece os dados de internet para o funcionamento do serviço não possui a propriedade e/ou os direitos autorais definitivos das obras ali disponibilizadas, sejam elas filmes, áudios ou

textos. Elas possuem apenas o direito de usá-las temporariamente, não havendo transferência, portanto, de sua titularidade.

Uma vez que a empresa prestadora do serviço de *streaming*, portanto, não possui a titularidade da obra, apenas e tão somente presta o serviço, a renda auferida, portanto, é advinda dessa prestação

Como já mencionado, há vários projetos de lei em tramitação para a criação de contribuições que incidam sobre a receita auferida com os serviços de *streaming*, são exemplos, o PL n° 3.887/2020 (CBS), PLP n° 131/2020 (*Digital Service Tax*), PL n° 2.358/2020 (CIDE-Digital), dentre outros. Contudo, no Brasil, já há tributos que incidem sobre a receita das empresas.

A legislação que disciplina as contribuições para o PIS e a COFINS é bastante complexa, não é à toa que sua aplicação gera muitas dúvidas nos profissionais que atuam na área tributária, bem como para os próprios contribuintes.

A lei base do PIS/PASEP é a Lei n° 10.637/02, enquanto a que rege a COFINS é a Lei n° 10.833/03. De modo geral, essas leis se aplicam às contribuições incidentes sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica.

Como se pode verificar, já existe no ordenamento jurídico brasileiro previsão de tributo que incide sobre a receita das pessoas jurídicas, não havendo qualquer especificação ou distinção sobre qual receita incidirão, muito pelo contrário, a legislação deixa claro que os fatos geradores do PIS e da COFINS são o total das receitas auferidas (não-cumulativo) e a receita bruta (presumido/arbitrado).

Diante disso, não há dúvidas que as receitas auferidas pelas pessoas jurídicas que prestam serviços de *streaming* devem ser tributadas pelo PIS e a COFINS.

### **5.1. Hipóteses de desoneração de PIS e COFINS incidente sobre a receita auferida com o serviço de *streaming***

Com efeito, a partir dos elementos utilizados no julgamento da ADI 5.659, temos que *streaming* é um serviço prestado, que disponibiliza para os usuários diversos conteúdos, cujos direitos são cedidos à prestadora do serviço, temporariamente e sem a transferência definitiva da sua titularidade.

Embora já consolidado o entendimento acerca da natureza da tecnologia *streaming*, ainda há confusão se, além da prestação de serviços, ocorre também a venda dos produtos disponibilizados pelas plataformas. Isso tem reflexo na forma de apuração dos tributos incidentes, bem como na aplicação benefícios fiscais e desonerações, gerando insegurança jurídica e, conseqüentemente, podendo acarretar na autuação da pessoa jurídica, pela ausência de recolhimento dos tributos.

Esse entendimento tem origem na interpretação errônea dada ao art. 28, inciso VI, da Lei nº 10.865/2004.

Para delinear melhor a questão em análise e os conceitos envolvidos, é importante ater-se aos corretos conceitos dos institutos jurídicos subjacentes à aplicação da legislação.

Considerando que o objeto de análise do presente estudo é o serviço de *streaming* de livros digitais - *e-books*, importante mencionar a Súmula Vinculante nº 57, que uniformiza o seguinte entendimento:

A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 aplica-se à importação e comercialização, no mercado interno, do livro eletrônico (e-book) e dos suportes exclusivamente utilizados para fixá-los, como leitores de livros eletrônicos (e-readers), ainda que possuam funcionalidades acessórias.

Por meio dessa súmula, portanto, o STF ampliou o rol de aplicação da imunidade dos livros, jornais e periódicos, para que também possa abarcar a importação e a comercialização de *e-books*.

Ainda nessa mesma linha, a Lei nº 10.865/2004, em seu art. 28, inciso VI, prevê alíquota zero de PIS e COFINS incidente sobre a receita bruta decorrente da venda, no mercado interno, de livros.

A Receita Federal do Brasil (RFB), por sua vez, editou a Solução de Consulta COSIT nº 445/2017, expondo seu entendimento acerca da interpretação do dispositivo legal acima mencionado. Segundo a RFB, portanto:

(...) extrai-se que a alíquota zero da COFINS é aplicável quando da venda no mercado interno de livros. Não é condição que a venda seja feita para consumidor final e, sim, que a venda seja de livros no mercado interno (que não seja exportação). Também é possível concluir que a aplicação da alíquota zero deve ser feita sobre as receitas de vendas de livros, não sobre as receitas de serviços de impressão de livros. Neste caso, a receita não seria de vendas, mas de prestação de serviços.

Como foi possível verificar, há duas hipóteses diferentes de desoneração tributária que abarcam os livros. Uma delas é a prevista constitucionalmente, denominada imunidade e que afasta a incidência de impostos dos livros, jornais, periódicos, vários outros impressos, os papéis utilizados em sua elaboração, bem como dos *e-books*.

A imunidade, portanto, não alcança a prestação de serviço de *streaming*, pois tem natureza objetiva e, portanto, se aplica aos objetos e não aos sujeitos. Ou seja, o fato de a plataforma de *streaming* disponibilizar *e-books* e, estes serem imunes a impostos, não atrai a norma imunizante para a plataforma.

Com efeito, não afasta a incidência do ISSQN sobre a prestação de serviços de *streaming*. Tampouco, pode ser alargado para que afaste a incidência do PIS e da COFINS, vez que são espécies tributárias diversas dos impostos.

Já no tocante à previsão do art. 28, da Lei nº 10.865/04, trata-se de forma diferente de reduzir a tributação. Nesse caso, é atribuída alíquota zero ao PIS e à COFINS, incidentes sobre as receitas auferidas com a venda de livros. Veja-se que não se trata de aplicação de alíquota zero para toda e qualquer operação relacionada aos livros, mas é direcionada, especificamente, à renda auferida com a venda deles.

Acontece que, como uma forma de tentar reduzir a carga tributária das empresas de *streaming*, que disponibiliza *e-books*, tem-se interpretado a legislações e os conceitos a ela atrelados, utilizando-se de analogia, de modo a ampliar o previsto no art. 28, inciso VI, da Lei nº 10.865/04 às rendas auferidas com seus serviços.

TORRES *apud* SABBAG (2012) esclarece que:

A analogia no Direito Tributário deve observar alguns parâmetros importantes: só se utiliza quando insuficiente a expressividade das palavras da lei; é necessário que haja semelhança notável entre o caso emergente e a hipótese escolhida para a comparação.

Como se confirma no entendimento doutrinário acima transcrito, o método interpretativo da analogia deve ser utilizado quando houver de fato e indiscutivelmente semelhanças entre as hipóteses comparadas.

Embora haja jurisprudência<sup>5</sup> no sentido de que a alíquota zero prevista no art. 28, inciso VI, da Lei nº 10.865/04 pode ser aplicada a outros formatos de texto, ampliando o conceito de livro da Lei nº 10.753/2003, não há qualquer semelhança com o que se fornece por meio de *streaming*. O próprio conceito de livro, estatuído no art. 2º, da mencionada lei, nos esclarece acerca dessa questão.

Art. 2º Considera-se livro, para efeitos desta Lei, a publicação de textos escritos em fichas ou folhas, não periódica, grampeada, colada ou costurada, em volume cartonado, encadernado ou em brochura, em capas avulsas, em qualquer formato e acabamento.

Parágrafo único. São equiparados a livro:

I - fascículos, publicações de qualquer natureza que representem parte de livro;  
II - materiais avulsos relacionados com o livro, impressos em papel ou em material similar;  
III - roteiros de leitura para controle e estudo de literatura ou de obras didáticas;  
IV - álbuns para colorir, pintar, recortar ou armar;

V - atlas geográficos, históricos, anatômicos, mapas e cartogramas;

VI - textos derivados de livro ou originais, produzidos por editores, mediante contrato de edição celebrado com o autor, com a utilização de qualquer suporte;

VII - livros em meio digital, magnético e ótico, para uso exclusivo de pessoas com deficiência visual;

VIII - livros impressos no Sistema Braille.

---

<sup>5</sup> 12. Tendo em vista que os Cards Vampire são impressos ilustrados que, associando imagens e fragmentos textuais, constituem elemento integrativo de universo de ficção infanto-juvenil, promovendo a difusão de conteúdo lúdico e cultural, resta adequada a sua equiparação a livro, na forma do artigo 2º, parágrafo único, II, da Lei nº 10.753/2003 e, conseqüentemente, sua submissão ao quanto disposto nos artigos 8º, §12, XII e 28, VI, da Lei nº 10.865/2004. 13. Apelação provida.” (TRF 3ª Região - Apelação Cível nº 0018904-57.2015.4.03.6100; publicado em 22/11/2017, g.n.)

Da leitura do dispositivo transcrito vemos que, no conceito de livro, considera-se “qualquer formato”. Contudo, o formato mencionado no texto é do livro em si e não da forma com que é disponibilizado.

O *e-book* é um livro em formato digital. A forma dele já está definida. Portanto, utilizar essa premissa para aplicação da alíquota zero, direcionada aos livros, para contemplar a plataforma de *streaming* como um formato de livro e, portanto, se enquadrar na legislação, carece de maior reflexão, pois a nosso sentir, esse não foi o objeto do legislador ao estabelecer a citada alíquota zero.

## **6. Conclusão**

A tecnologia *streaming* tem sido cada vez mais usada pelas pessoas e revolucionou o acesso à cultura. Contudo, como se trata de uma inovação, foi preciso que o Direito acompanhasse essa evolução, de modo a conseguir regulamentar as relações que envolvem essa tecnologia, principalmente no campo do Direito Tributário.

Após muitos anos sem uma definição, em fevereiro de 2021, o STF uniformizou o entendimento de que se trata de um serviço e, portanto, hipótese de incidência do ISSQN.

Contudo, embora a Suprema Corte tenha se posicionado quanto à natureza e competência tributária aplicada às operações, ainda há aspectos que causam dúvidas e insegurança quanto à correta forma de se tributar.

A tributação da receita auferida com os serviços de *streaming* é o ponto mais sensível, que ainda causa muita dúvida, entendimentos divergentes e insegurança jurídica para os contribuintes. Não por outro motivo, há vários Projetos de Lei em tramitação, objetivando a criação de contribuições, das mais diversas formas, para tributar a receita das empresas de tecnologia.

Apesar dessas iniciativas legislativas, no Brasil, já existem tributos que incidem sobre as receitas das pessoas jurídicas – o PIS e a COFINS. E, sobre esses tributos, é que ainda pairam incertezas.

Na prática, tem-se verificado uma dificuldade em interpretar a legislação tributária que regula essas contribuições, no tocante à sua incidência sobre as receitas auferidas pelas empresas que prestam serviço de *streaming*, bem como os conceitos e institutos importantes para a correta aplicação dessas normas.

Atualmente, há muitas empresas de telecomunicação que passaram a oferecer, aos seus clientes, plataformas de *streaming*. Tais plataformas disponibilizam filmes, músicas e *e-books*.

Estritamente no tocante àquelas que disponibilizam *e-books*, para que possam hospedar as obras em suas plataformas, fazem parcerias com diversas editoras e, por meio de cessão não definitiva dos direitos, ou seja, sem a transferência de sua titularidade, adquirem os livros, de modo com que possam fazer a intermediação entre a editora e os usuários.

Assim sendo, como não possuem os direitos definitivos e a titularidade das obras, bem como, tendo em vista que não são empresas que realizam a venda desse tipo de produto, elas apenas servem como um meio para a sua veiculação. Como definido, portanto, pelo STF, apenas prestam um serviço.

Ocorre que, na tentativa de diminuir sua carga tributária, as empresas, por meio da aplicação da regra do art. 28, inciso VI, da Lei nº 10.865/04, que prevê alíquota zero para as receitas auferidas com a venda de livros, estão deixando de tributar suas receitas. Contudo, essa prática demonstra um entendimento equivocado acerca dos conceitos, envolvidos, assim como da legislação e jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca do assunto.

Por meio da pesquisa realizada, foi possível identificar que o equívoco cometido quanto à aplicação da Lei nº 10.865/04 está atrelado à inexata interpretação dada ao conceito de livro, previsto na Lei nº 10.753/2003, assim como da jurisprudência existente sobre o tema e da própria norma aplicável.



Assim, o presente estudo teve o propósito de entender melhor sobre os conceitos envolvidos nessa questão, de modo a aprofundar no assunto e alcançar o real sentido da norma tributária em questão e aproximar ao máximo à sua correta aplicação.

A partir das pesquisas realizadas, verificou-se que a jurisprudência utilizada como base para deixar de tributar as receitas auferidas com os serviços de *streaming* de *e-books*, não trata especificamente sobre o tema. Na realidade, o entendimento jurisprudencial existente atualmente estende o conceito de livro a outras formas de impressos, bem como aos *e-readers*, não contemplando em seu bojo as plataformas de *streaming*.

A argumentação, utilizada para respaldar a aplicação da legislação ao caso, classifica as plataformas de *streaming* como um formato de livro, por meio do alargamento do conceito de livro e interpretação enviesada do que dispõe o art. 2º, da Lei nº 10.753/03. A partir dessa digressão, buscam deixar de tributar as receitas auferidas por essas empresas.

Ocorre que, conforme demonstrado no estudo, não se trata de uma interpretação extensiva ou analógica de casos semelhantes, como é o caso do entendimento do STF acerca da aplicação do conceito de livro aos *e-books* e *e-readers*, mas sim de uma distorção dos conceitos e dos institutos jurídicos, bem como da própria intenção da lei, com o objetivo de reduzir a carga tributária das empresas.

O conceito de livro utilizado pela legislação, para fins de aplicação da regra, engloba todos os seus formatos e acabamentos – fichas, folhas; grampeadas, coladas, costuradas etc. Contudo, a plataforma de *streaming* não é um formato de livro, vez que não serve para simular o manuscrito, assim como o *e-reader*, ele apenas serve de meio para o usuário ter acesso às obras, que serão lidas nos próprios *e-readers*, notebooks, tablets etc. - esses sim, formatos de realização de leitura.

Além do equívoco quanto ao conceito de livro considerado, não se pode olvidar que no *caput* do art. 28, da Lei nº 10.865/04, consta que a tributação deverá incidir sobre a receita de venda dos produtos no mercado interno, ou seja, incide sobre receitas de operações não praticadas pelas empresas de telecomunicação que disponibilizam plataformas de *streaming*, eis que já definido pelo STF, que se trata de prestação de serviço.

Diante disso e, considerando que as empresas de telecomunicação não possuem a titularidade das obras nem os seus direitos definitivos, tampouco tem como negócio a venda de livros, não há que se falar na aplicação do art. 28, inciso VI, da Lei 10.865/04 sobre tais receitas, pois apenas prestam um serviço e não realizam a venda dos *e-books*.

## Referências

ABDALA FILHO, Eduardo Mamed e GARCIA, Silvio Marques. A tributação dos serviços de streaming. Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca. ISSN 2675 – V. 5, N° 1, Dez/2020.

ALMEIDA, Patrícia Silva de; MARTINS, Regina Célia de Carvalho; VITA, Jonathan Barros. Tributação e Cloud Computing no Brasil: Apontamentos sobre incidência tributária em software as a servisse. Revista dos Tribunais Online. Revista de Direito Tributário Contemporâneo. Vol. 23, p.41-61, 2020. Disponível em <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/white-paper/rdtc-23-patricia-almeida-e-outras-tributacao-e-cloud-computing-no-brasil.pdf>, acessado em 12 de julho de 2021.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1967.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASÍLIA. Lei complementar n°. 157 de 29 de dezembro de 2016. Altera a Lei Complementar no 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências.

BRASÍLIA, Lei n° 10.833 de 29 de dezembro de 2003. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. Diário Oficial da União Extra, 29 de dezembro de 2003.

BRASÍLIA, Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 de setembro de 1996;

BRASÍLIA. Lei complementar nº. 116 de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/>. Acesso em 06 de junho de 2021.

BRASÍLIA, Lei Complementar nº 08, de 3 de dezembro de 1970. Institui o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 04 de dezembro de 1970;

BRASÍLIA, Lei nº 9.715 de 25 de novembro de 1998. Dispõe sobre as contribuições para os programas de integração social e de formação do patrimônio do servidor público – PIS/PASEL, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 26 de novembro de 1998.

BRASÍLIA, Lei nº 10.865 de 30 de abril de 2004 Dispõe sobre a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências. Diário Oficial da União Extra, 30 de abril de 2004.

BRASÍLIA, Lei Complementar nº 07, de 7 setembro de 1970. Institui o Programa de Integração Social, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 08 de setembro de 1970;

BRASÍLIA, Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991. Institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras e dá outras providências. Diário Oficial da União, 30 de dezembro de 1991;

BRASÍLIA, Lei nº 10.753 de 30 de outubro de 2003. Institui a Política Nacional do Livro. Diário Oficial da União Extra, 31 de outubro de 2003.

BRASIL, STF, 2020. Súmula n. 57. Imunidade Tributária para e-books. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=5966> Acesso em 009 de julho de 2021.

BRASIL. STF (Tribunal Pleno). Acórdão. ADI 5659/MG. EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Direito Tributário. Lei nº 6.763/75-MG e Lei Complementar Federal nº 87/96. Operações com programa de computador (software). Critério objetivo. Subitem 1.05 da lista anexa à LC nº 116/03. Incidência do ISS. Aquisição por meio físico ou por meio eletrônico (download, streaming etc.). (...). 6. Ação direta julgada parcialmente prejudicada, nos termos da fundamentação, e, quanto à parte subsistente, julgada procedente, dando-se ao art. 5º da Lei nº 6.763/75 e ao art. 1º, I e II, do Decreto nº 43.080/02, ambos do Estado de Minas Gerais, bem como ao art. 2º da Lei Complementar Federal nº 87/96, interpretação conforme à Constituição Federal, excluindo-se das hipóteses de incidência do ICMS o licenciamento ou a cessão de direito de uso de programas de computador, tal como previsto no subitem 1.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03. 7. Modulam-se os efeitos da decisão nos termos da ata do julgamento. Relator(a): DIAS TOFFOLI, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 19-05-2021, PUBLIC 20-05-2021)

ECHEIMBERG, Lucas Perez, 2020. Imposto sobre serviços na tecnologia streaming. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/320965/imposto-sobre-servicos-na-tecnologia-streaming>. Acessado em 25 de maio de 2021.

FOROUSAN, Behrouz A. Comunicação de Dados e Redes de Computadores [recurso eletrônico]. 4 ed. Dados eletrônicos. Porto Alegre: AMGH, 2010, p. 912.

FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). Do rádio ao streaming: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016, p.276.

FUNARO, Hugo; ANDRADE, Cesar Augusto Seijas. A tributação do streaming. Revista Direito Tributário Atual. nº 47. P.244-264, São Paulo: IBDT, 1º semestre 2021.

GALVÃO, Daniella, 2020. Tributação de plataformas e serviços digitais – O estudo da OCDE e a tributação no Brasil. Disponível em <https://cqs.adv.br/2020/10/29/tributacao-de->

plataformas-e-servicos-digitais-o-estudo-da-ocde-e-a-tributacao-no-brasil/. Acessado em 25 de maio de 2021.

PÊGAS, Paulo Henrique. PIS e COFINS – 5.ed., ver. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018.

Portal da Câmara dos Deputados. Atividade legislativa. Projetos de Lei o Outras Proposições. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2157806>. Acessado em 08 de julho de 2021.

RFB - Receita Federal do Brasil. Solução de Consulta COSIT nº 445, de 18 de setembro de 2017. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 de setembro de 2017. Seção 1, página 33. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=86420&visao=compilado>. Acesso em: 09 de julho de 2021.

SABBAG, Eduardo. Interpretação e integração da legislação tributária. Disponível em <https://eduardosabbag.jusbrasil.com.br/artigos/121933898/interpretacao-e-integracao-da-legislacao-tributaria>. Acessado em 06 de julho de 2021.

SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 12.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

## **Limites do Pacta Sunt Servanda frente aos contratos de adesão telefônicos e telemáticos**

*Rita de Cássia Melo<sup>1</sup>*

*Karoline Sousa e Silva<sup>2</sup>*

**RESUMO:** O presente trabalho tem como escopo a análise dos contratos de adesão sob a ótica dos contratos realizados pelas prestadoras de serviços de telefonia, a fim de se verificar se as mesmas, no tocante às suas atividades podem deixar de fornecer a cópia de seu conteúdo contratual para os seus consumidores. No tocante a isso, pretende-se a análise do instituto contratual e sua base principiológica, bem como a realização de um breve estudo para verificar o entendimento dos tribunais acerca de referida temática.

**Palavras-chave:** Contratos de adesão, telefonia, cópia, consumidores.

**ABSTRACT:** The scope of this work is to analyze the adhesion contracts from the perspective of the contracts carried out by the telephony service providers, in order to verify if they, regarding their activities, can fail to provide a copy of their contractual content to its consumers. In this regard, the intention is to analyze the contractual institute and its principle basis, as well as to carry out a brief study to verify the understanding of the courts on this subject.

**Keywords:** Adhesion contracts, telephony, copying, consumers.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela UNIPAC de Juiz de Fora, especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva-BH. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto – MG, Advogada Cível e Trabalhista, é professora de Direito do Trabalho na UNIPAC-Mariana e Direito Civil na UNIPAC-Itabirito.

<sup>2</sup> Bacharela em direito pela Fundação Presidente Antônio Carlos de Itabirito e Pós-graduanda em Direito Público pela Fundação Presidente Carlos de Itabirito.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo proceder a análise da sistemática do Direito Contratual, sobretudo, na ótica dos contratos de adesão, aqui tratados sobre a vertente dos contratos de adesão telefônicos e telemáticos, isto é, aqueles realizados pelas prestadoras dos serviços de telefonia, que, comumente não fornecem aos seus consumidores a cópia do instrumento contratual firmado entre as partes.

Para isso, procedeu-se a análise dos institutos cabíveis a fim de se demonstrar e contextualizar referida temática. Demonstrando, pois, no tópico inicial, os aspectos gerais dos contratos, trazendo neste tópico o conceito de contrato delineando a terminológica dos contratos desde o direito romano até o direito moderno, com a concepção a qual se tem de contratos nos dias atuais.

Em seguida, valeu-se pelo complexo dos requisitos e condições de validade no tocante a matéria contratual, tendo em vista se tratar de um instituto do ordenamento jurídico brasileiro, o qual carece de normas e princípios.

Destarte, apresentados os requisitos atinentes a matéria, passou-se pela análise dos princípios contratuais que norteiam a sistemática, dando-se atenção especial aos princípios que possui correlação direta à matéria dos contratos de adesão, com o fim de explanar e possibilitar entendimento ao tratado nos tópicos seguintes.

Quando do tópico seguinte, passou-se pela análise propriamente dita dos contratos de adesão, explicando o seu surgimento, demonstrando o seu conceito através dos posicionamentos de alguns doutrinadores, demonstrando, sobretudo, a sua correlação com o Código de Defesa do Consumidor, a Lei Nacional 8078, de 11 de setembro de 1990, de que trata sobre maneira das relações consumeristas, demonstrando-se ainda, o respaldo legal que o Código Civil de 2002, concerne também aos consumidores, hipossuficientes desta relação consumerista.

Ademais, houve a tratativa neste bloco, acerca da tipificação legal do contrato de adesão, valendo-se pela análise do artigo 54, do Código de Defesa do Consumidor, o qual, trata o cerne desta temática, realizando os comentários de parágrafo por parágrafo.

Caminhando para o objetivo em si da presente pesquisa, pretendeu-se pela análise dos contratos verbais telefônicos e telemáticos, perfazendo o tipo de relação contratual que impera nestes tipos de contratação, realizando-se o contexto dessas contratações, sobretudo, o contexto atual a que estamos submetidos para o prosseguir da presente pesquisa.

Por fim, tratou-se do tema, demonstrando a partir do Princípio da *Pacta Sun Servanda*, bem como pela análise dos tribunais, se o envio dos termos do contrato perfaz uma

obrigação por parte da contratante ou implica em uma afronta ao acordo de vontades estabelecido *inter partes*.

## ASPECTOS GERAIS DOS CONTRATOS

### Do conceito de contrato

O contrato, de forma simplista, é a principal, e mais importante forma de geração das obrigações, haja vista sua diversidade de formas e repercussões cabíveis não só no mundo jurídico, mas também, dos fatos.

Via de regra, originam-se pelos atos da vida comum, tendo em vista que já se pactuavam, por exemplo, a compra e a venda, desde os primórdios das civilizações.

Todavia, no direito moderno, suas formas típicas surgem por força da Lei, ao considerar que é a Lei, a responsável por disciplinar as suas formas e efeitos, de maneira a consagrar força para obrigar o contratante a dar, pagar, fazer, deixar de fazer e etc.

Destarte, trata-se de uma das espécies de constituição de negócios jurídicos existentes, que depende, via de regra da participação de ao menos duas partes e a vontade de contratar para sua formação.

Neste sentido, nas lições do ilustre professor Caio Mário<sup>1</sup> temos que no que tange aos contratos o

(...)fundamento ético é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu *habitat* é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações. O direito atribui, pois, à vontade este efeito, seja quando o agente procede unilateralmente, seja quando a declaração volitiva marcha na conformidade de outra congênere, concorrendo a dupla emissão de vontade, em coincidência, para a constituição do negócio jurídico bilateral (nº 85, vol. I). Em tal caso, o ato somente se forma quando as vontades se *ajustam*, num dado momento.

Aqui é que se situa a noção estrita de *contrato*. É um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o *consentimento*; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o *contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos*. Dizendo-o mais sucintamente, e reportando-nos à noção

---

<sup>1</sup> Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: volume 3: contratos / Caio Mário da Silva Pereira. – 24. ed., rev. e atual. por Caitlin Mulholland. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P.15.



que demos de negócio jurídico (nº 82, *supra*, vol. I), podemos definir contrato como o “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”.

É sabido que o contrato fora estruturado pelo direito romano, tendo caminhado, desde então até os dias atuais. É sabido também, que suas nuances e características se alteraram com o tempo, de modo que se pode denotar uma das mais sensíveis diferenças existentes no âmbito contratual desde a época romana até os dias atuais, que diz respeito diretamente ao seu poder gerador de obrigações.

Neste comento, há de se destacar que havia distinção entre contrato e convenção quando da época do direito romano, ao tratar a convenção como representativo de gênero, do qual o contrato e o pacto estavam inseridos como espécie.

Já a sua espécie moderna, surge com o Código Napoleônico, o qual manteve o contrato como uma espécie de convenção, tendo como objetivo a disciplina da aquisição de propriedade e o acordo de vontades como representativo de garantia para os burgueses, os quais dependiam do acordo entre as partes para a transferência dos bens.

De outro modo, com o avançar histórico, tem-se o Código Civil ao começar a tratativa do contrato como uma espécie de negócio jurídico, que por si só não transferia a propriedade (o qual dependia da tradição), tendo o Código Civil brasileiro seguido esta ideia.

Entretanto, tais nuances, apesar de importantes para um caminho histórico da constituição deste tão importante fato jurídico, não impede de prosseguirmos com a ideia deste trabalho, tendo em vista que, conforme precisamente demonstrado pelo professor Caio Mário, os contratos modernos podem ser conceituados como o “*acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos*”. Ademais, em suas próprias palavras a noção estrita de contrato é que este<sup>2</sup>:

É um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o *consentimento*; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o *contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos*.

Deste modo, versa o contrato como uma espécie de negócio jurídico, bilateral, construído através do consentimento, que deve seguir o rigor legal, o qual, após devidamente formalizado, cria obrigações exigíveis aos contratantes.

---

<sup>2</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil - Vol. III - Contratos. Grupo GEN, 2020. [Minha Biblioteca]. (versão eletrônica). P. 6.

Assim, trabalhado o conceito de contrato, o qual, vige verdadeiramente como acordos de vontades, dedicaremos a este instituto, principalmente, no que tange a estes acordos de vontades, ou, relativização ao acordo de vontades, durante o tear da presente pesquisa. No entanto, por ora, sabermos a origem e o conceito dos contratos, já nos dá partida para a futura compreensão do tema a ser tratado.

## **Requisitos e condições de validade dos contratos**

Conforme demonstrado anteriormente, os contratos são regidos por força de lei. Deste modo, para que esse produza seus efeitos de forma válida e eficaz, torna-se necessário que se dê prosseguimento a certas formalidades.

É dizer, que para que o negócio jurídico produza seus respectivos efeitos, possibilitando a efetiva geração/formalização da obrigação, deve-se preencher os requisitos de validade.

Assim, para que esta espécie de negócio jurídico se constitua de forma válida, deve respeitar alguns requisitos, os quais encontram-se distribuídos em três principais grupos; sendo: (a) requisitos subjetivos; (b) requisitos objetivos e, por fim, (c) requisitos formais.

Ademais, importante recordarmos que, além destes requisitos específicos aos contratos, devem seguir também os requisitos básicos a todos os negócios jurídicos (de ordem geral), tais como a capacidade do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104), e outros (de ordem especial), ligados diretamente ao contrato, tais como o consentimento recíproco ou o acordo de vontade.

Contudo, passaremos agora a trabalharmos, diretamente, com os três grupos anteriormente relatados.

### **Requisitos objetivos**

Os requisitos objetivos dos contratos referem-se, diretamente, ao objeto do contrato que, seguindo as regras do direito obrigacional, deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, tal qual exegese do art. 104, inciso II, do CC:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

**II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;**

III - forma prescrita ou não defesa em lei. (**grifo nosso**)

Ademais, neste ponto, importante rememorarmos que os objetos podem ser divididos ainda, em objetos imediatos (aqueles que se referem a uma conduta humana, consubstanciada em uma prestação de dar, fazer, ou não fazer), e mediatos, os quais se consubstanciam na obrigação que insurgem em face dos bens ou prestações que se relacionam por meio da relação jurídica obrigacional.

Assim, a validade dos contratos depende da (i) licitude do seu objeto; (ii) possibilidade física ou jurídica do objeto e (iii) determinação do seu objeto.

Neste tear, quando se diz *licitude do objeto*, temos que o objeto contratual não deve atentar contra a lei, a moral, ou os bons costumes. Assim, deve o objeto contratual atrelar-se, por exemplo, à lei, não sendo lícito contratar os serviços de alguém para ceifar a vida de outrem, uma vez que um contrato, desta ordem, seria, além de imoral, ilegal, haja vista se tratar de objeto evidentemente ilícito, porquanto, configuraria a prática de delito (art. 121, do CP).

Noutro sentido, no que tange a *possibilidade física ou jurídica do objeto*, temos que o objeto contratual deve ser possível, uma vez que quando o objeto for impossível, o negócio será nulo (art. 166, inciso II, do CC)<sup>3</sup>.

Destarte, a impossibilidade pode ser de cunho físico ou jurídico. Quando se diz impossibilidade física, remete-se, diretamente, àquelas ligadas às leis físicas ou naturais. Ainda, quando de ordem física, pode ser absoluta (deve alcançar a todos), sendo que o exemplo clássico da doutrina é determinar obrigação de tocar a lua com a ponta dos dedos sem, contudo, tirar o pé da terra. Já a de ordem relativa é aquela que atinge somente o devedor, mas não outras pessoas, não sendo essa vedada pelo ordenamento.

Já a impossibilidade *jurídica*, refere-se quando o próprio ordenamento proíbe, de forma expressa, a sua realização a respeito de determinado bem, como ocorre no caso de “herança de pessoa viva”, ou a venda de bem gravado com cláusula de inalienabilidade e etc.

Por fim, no que tange à *determinação do objeto*, temos que o objeto do contrato (negócio jurídico), deve ser determinado ou determinável.

---

<sup>3</sup> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Logicamente que, pode-se, por exemplo, contratar a venda de coisa incerta, desde que essa seja indicada por qualidade ou gênero (o que a torna indeterminada relativamente, ou suscetível de determinação).

Ou seja, de maneira simplista, importa em dizer que a obrigação deve ser “palpável” a ponto de ser possível a sua execução e o seu cumprimento.

Entretanto, além destes últimos sub requisitos objetivos, a doutrina ainda cita, *extra lege*, um quarto requisito objetivo, consubstanciado no *valor econômico*, neste sentido, leciona Carlos Roberto Gonçalves<sup>4</sup>:

Embora não mencionado expressamente na lei, a doutrina exige outro requisito objetivo de validade dos contratos: o objeto do contrato deve ter algum *valor econômico*. Um grão de areia, por exemplo, não interessa ao mundo jurídico, por não ser suscetível de apreciação econômica. A sua venda, por não representar nenhum valor, é indiferente ao direito, pois tão irrisória quantidade jamais levaria o credor a mover uma ação judicial para reclamar do devedor o adimplemento da obrigação.

Assim, a doutrina entende que o objeto do contrato deve ser economicamente relevante para o mundo jurídico, sob pena de ser irrelevante o cumprimento da obrigação.

Neste cotejo, temos os requisitos objetivos legalmente previstos e, por fim, um quarto, doutrinariamente pensado, embora pouco difundido.

### **Requisitos subjetivos**

Os requisitos subjetivos dos contratos se dividem em três sendo (a) capacidade genérica; (b) aptidão específica para contratar e (c) o consentimento.

A *capacidade genérica* é o primeiro elemento ou requisito subjetivo de ordem geral para a validade dos contratos. Tal requisito visa, precipuamente, verificar se o agente que participa do contrato possui capacidade jurídica para a contratação.

Tal aferição se torna necessária tendo-se em vista que os contratos serão nulos (art. 166, inciso I, do CC)<sup>5</sup> ou anuláveis (art. 171, inciso I, do CC)<sup>6</sup>, caso se vislumbre a existência

---

<sup>4</sup> Gonçalves, Carlos Roberto *Direito civil brasileiro*, volume 3: contratos e atos unilaterais / Carlos Roberto Gonçalves. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. P.34 *Apud* Maria Helena Diniz, *Tratado*, cit., v. 1, p. 40.

<sup>5</sup> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:  
I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

<sup>6</sup> Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:  
I - por incapacidade relativa do agente;

de incapacidade absoluta ou relativa de um dos contratantes ou de ambos, salvo, se esta for suprida pela representação ou pela assistência, quando se tratar de pessoas naturais. Em se tratando de pessoas jurídicas, será aferida por meio dos estatutos que indicarão quem é o sujeito capaz de representá-las ativa e passivamente para a realização do negócio jurídico.

Destarte, nas lições de Caio Mário, temos que<sup>7</sup>

No frontispício dos requisitos *subjetivos* está, evidentemente, a capacidade das partes. Os contratantes devem ser aptos a emitir validamente a sua vontade. Mas não se requer, tão somente, aquela capacidade genérica, que sofre as restrições contidas nos arts. 3º e 4º do Código Civil. Exige-se, mais, que nenhuma das partes seja portadora de inaptidão específica para contratar. Com efeito, a lei estabelece, muitas vezes, restrições à faculdade de contratar, ou de celebrar um dado contrato. Uns o denominam *incapacidade contratual*, outros o chamam *impedimento*, mas nós preferimos ficar com os que dizem *restrições*, a fim de que se não faça confusão com as incapacidades gerais ou com os impedimentos matrimoniais.

O segundo dos requisitos subjetivos, trata-se da *aptidão específica para contratar*. Tal especificidade se cria em razão de que, em determinados contratos ser necessário uma capacidade “especial” para sua realização, mais “intensa” ou “específica” que a normal.

Tal aptidão específica ocorre, por exemplo, nos contratos de doação, transação, alienação onerosa e outros, os quais exigem uma capacidade ou poder voltada à disposição das coisas ou dos direitos objetos do contrato. Outros exemplos, ocorrem quando da alienação de bens imóveis por pessoas casadas, das quais, para a venda, necessitam da chamada “outorga uxória”.

Assim, nestes determinados casos, não basta a capacidade geral de contratar, mas também, desta especial aptidão para o contrato, que, em verdade, está mais afeta à legitimação do que propriamente da capacidade contratual.

Por fim, o último dos requisitos é o *consentimento*. Trata-se de requisito de ordem especial, própria dos contratos. Para que ocorra o contrato, é necessário o consentimento recíproco ou acordo de vontades, o qual deve abranger três aspectos, tal qual leciona Carlos Roberto Gonçalves<sup>8</sup>, sendo:

c1) acordo sobre a existência e natureza do contrato (se um dos contratantes quer aceitar uma doação e o outro quer vender, contrato não há); c2) acordo sobre o objeto do contrato; e c3) acordo sobre as cláusulas que o compõem (se a divergência recai sobre ponto substancial, não poderá ter eficácia o contrato)

---

<sup>7</sup> Ibidem nota 2. P. 27.

<sup>8</sup> Ibidem nota 3. p.30.

Ou seja, não pode haver, entre os contratantes, dúvidas no que tange ao pacto a ser realizado. Destarte, na mesma linha de raciocínio, leciona Caio Mario que<sup>9</sup>

O consentimento, gerador do contrato, há de abranger seus três aspectos:

**A** – Acordo sobre a existência e natureza do contrato; se um dos contratantes quer aceitar uma doação e o outro quer vender, contrato não há.

**B** – Acordo sobre o objeto do contrato; se as partes divergem a seu respeito, não pode haver contrato válido, como já explicamos, ao tratarmos do *erro obstativo*, no nº 89, *supra* (vol. I).

**C** – Acordo sobre as cláusulas que o compõem; se a divergência campeia em ponto substancial, não poderá ter eficácia o contrato.

Deste modo, o consentimento, para validade do contrato, deve ser livre e espontâneo, justo e acertado, sob pena de ter sua validade afetada pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico, quais sejam, erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude.

De certo que a manifestação de vontade, por força de lei, pode ser tácita, desde que a legislação não exija que esta seja expressa. Ademais, por expressa, deve ser compreendida como aquela exteriorizada de forma clara, verbal ou por escrito, gestual ou mímica, de forma inequívoca, não sendo possível a existência de dúvida.

São estes, de forma breve, os requisitos subjetivos para a validação dos contratos. Sem estes, ou em sua fragilidade, teremos contratos nulos ou anuláveis e, via de consequência, válidos, inválidos ou até mesmo, inválidos em parte.

Passaremos agora a tratar dos requisitos formais.

## **Requisitos formais**

Os requisitos formais, por sua vez, referem-se ao meio em que é revelada a expressão da vontade, devendo essa ser prescrita ou não defesa em lei.

Ademais, conforme leciona Caio Mario, diversamente da sacramentalidade ritual que os romanos adotavam, o direito moderno, por sua vez, despreza o rigorismo exacerbado, exigindo-o somente em casos específicos. Neste sentido<sup>10</sup>:

Ao contrário do Direito Romano, em que prelevava a sacramentalidade ritual, o direito moderno, como temos visto, despreza o rigorismo da forma, atribuindo à declaração de vontade o poder de gerar efeitos diretamente, e de estabelecer um ligame jurídico entre os sujeitos. O elemento formal no direito do contrato não tem importância senão em linha de exceção. Normalmente as

---

<sup>9</sup> *Ibidem* nota 2. P. 28.

<sup>10</sup> *Ibidem* nota 2. P. 30

convenções se concluem pelo simples acordo de vontades, independentemente de qualquer materialidade que estas revistam. Os contratantes exprimem-se oralmente e assim se vinculam em numerosos atos negociais (locação, negócios em Bolsa, compra e venda manual); ou expressam a sua vontade por escrito, adotando ora o instrumento particular, ora o público, por comodidade ou segurança. Excepcionalmente, entretanto, a lei exige para a eficácia de alguns contratos a observância de certa forma. Quando isto ocorre, não como meio probatório (*ad probationem tantum*),<sup>60</sup> suprível por outras provas, mas erigida por lei em condições de validade intimamente relacionadas com a própria declaração da vontade (*ad solemnitatem*),<sup>61</sup> diz-se que a forma é essencial à eficácia do negócio jurídico e dá-lhe existência: *forma dat esse rei*.<sup>62</sup> Quando, pois, a lei impõe uma dada forma para o contrato, este não prevalece se aquela não for observada (forma *constitutiva*, na expressão de Barassi). Resumindo: em princípio, os contratos celebram-se pelo livre consentimento das partes, salvo quando a lei impõe, como essencial, a obediência ao requisito de forma (Código Civil, art. 107).

Contudo, diante das exceções que tornam necessárias as formalidades, importante recordamos que, no que tange à forma, há dois sistemas que abrangem a forma como requisito de validade contratual. O primeiro, grafado pelo consensualismo (liberdade de forma) e um segundo, grafado pelo formalismo (forma obrigatória). Assim, adotado um ou outro, os contratos poderão ser realizados de forma menos ou mais burocrática.

Em solo tupiniquim, o direito brasileiro, via de regra, traz que a forma contratual é livre. Assim, os contratantes podem formular o contrato por escrito, público ou particular ou verbalmente, salvo nos casos em que a lei, para trazer segurança jurídica ao negócio, exija a realização do contrato por forma escrita, pública ou particular. Assim, o consensualismo (como quando compramos uma coxinha em uma lanchonete) é a regra no direito brasileiro, sendo que o formalismo, é exceção.

Destarte, tal regramento é fixado pela exegese do art. 107 do Código Civil, que ditará que “*a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir*”.

Deste modo, caso o contrato (negócio) não se revestir à forma prescrita em lei ou deixar de ser realizada eventual solenidade que lei considerar essencial para sua validade, deve este ser considerado nulo, tal qual exegese do art. 166, inciso IV e V, do CC<sup>11</sup>.

Assim, considerando tais fatores, podemos dizer, ainda, que as formas contratuais podem ser distinguidas por três formas, sendo (a) *forma livre* (quando qualquer meio de manifestação de vontade é suficiente para pactuação); de (b) *forma especial ou solene* (quando a lei exige, como requisito de validade, que determinado ato seja realizado com observância a uma determinada solenidade que tem por fim garantir/assegurar

---

<sup>11</sup> *Ibidem* nota 2.

autenticidade do negócio) e, por fim, **(c)** forma contratual (sendo aquela que é convencionalizada pelas partes, tal qual exegese do artigo 109 do CC<sup>12</sup>).

Deste modo, como já dito, os contratos, na lei brasileira, podem ser realizados de forma livre, consensual. Contudo, quando a lei determinar forma específica, deve esta ser respeitada, sob pena de incorrer em nulidade contratual.

Destarte, este é o último dos requisitos contratuais, de forma que agora avançaremos aos princípios contratuais.

### **Dos princípios contratuais**

Do mesmo modo que tantas outras áreas do direito, na seara contratual há princípios que norteiam, não só sua validade, mas também a sua eficácia. Neste tear, o direito contratual também é regido por diversos princípios, alguns totalmente tradicionais, outros, contudo, mais modernos.

Todavia, buscando dar enfoque ao objetivo do presente trabalho, bem como por ser os mais importantes, vamos nos focar tão somente em alguns, quais sejam, **(a)** o princípio da autonomia da vontade; **(b)** da supremacia da ordem pública; **(c)** do consensualismo; **(d)** da obrigatoriedade; e, por fim, um dos mais importantes, **(e)** da boa-fé.

Fixadas tais premissas, passaremos, então, a discorrer, de forma breve, acerca de cada um destes princípios que, mais tarde, serão de extrema valia para compreensão total do tema.

### **Do princípio da autonomia da vontade**

O princípio da autonomia da vontade remonta-se desde o direito antigo, em especial no direito Romano. Trata-se de princípio que tem por ordem dispor que as pessoas são livres para contratar e, quando se diz livre para contratar, deve ser lido que a liberdade de contratar remonta-se ao *“direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato.”*<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Art. 109. No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.

<sup>13</sup> *Ibidem* nota 3. P.37.



Destarte, Caio Mário da Silva<sup>14</sup> assevera que no plano puramente civil, a autonomia da vontade se concretiza em quatro momentos sendo **(a)** na faculdade de contratar e de não contratar, ou seja, no arbítrio de decidir, segundo seus próprios interesses e conveniências, bem como se e quando será estabelecido com outrem um negócio jurídico-contratual; **(b)** na liberdade de escolha de com quem irá contratar, bem como qual o tipo de negócio será efetuado, salvo nos casos em que se tornar impossível a escolha do contratante, tais como os serviços públicos; **(c)** na liberdade de poder fixar o conteúdo do contrato, redigindo suas cláusulas com liberdade, salvo naqueles casos em que a Lei limita as disposições contratuais, ou naquelas modalidades em que não é permitido a um dos contratantes discutir as cláusulas contratuais (contrato de adesão, por exemplo) e, por fim **(d)** na capacidade de, concluído o contrato, este se tornar fonte formal de direito, possibilitando a qualquer um dos contratantes na execução forçada de seus termos, através da aparelhagem estatal (Poder Judiciário).

Neste aspecto, o princípio da autonomia da vontade reside, essencialmente, na liberdade contratual de cada indivíduo que poderá contratar e disciplinar seus interesses contratuais mediante o acordo de vontades a ser traçado. É dizer que a autonomia do contratante é que permite a realização do pacto e traz a ele possibilidade de existência.

Ademais, é importante princípio no que tange à realização de contratos atípicos<sup>15</sup>, uma vez que por meio dele é que os contratantes/particulares autorregulam seus interesses, autogovernam sua esfera jurídica e pactuam suas vontades.

Contudo, conforme adentraremos em momento futuro, a liberdade contratual, em razão da vida moderna, vem sofrendo limitações. É o que ocorre, por exemplo, nos contratos de adesão, alvo deste trabalho, que limitam o poder de um dos contratantes em estabelecer o *conteúdo do contrato* (e por vezes sequer têm total ciência de seu conteúdo).

Neste tear, por esta breve explanação, devemos ter em mente que o princípio da autonomia da vontade diz respeito, precisamente, da liberdade contratual.

## **Do princípio da supremacia da ordem pública**

---

<sup>14</sup> *Ibidem* nota 2. P. 20/23.

<sup>15</sup> Por contrato atípico deve-se rememorar a dicção do artigo 425 do CC que disciplina que “*é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normais gerais fixadas neste código*”. Ou seja, é aquele o ordenamento jurídico não regula, mas existe em razão do acordo de vontade pelas partes.

Como dito anteriormente, a liberdade contratual, garantida pelo princípio da autonomia da vontade, em certos momentos, encontra limitações, notadamente quando interage com a ideia de ordem pública.

Quando em interação com a ordem pública, tem-se o entendimento que o interesse da sociedade (coletivo) deve superar os interesses individuais (privados).

Neste momento é que surge a figura do princípio da supremacia da ordem pública. Tal princípio tem como origem a tentativa de limitar, através do Estado, as contratações que ocasionavam disparidades contratuais e a exploração dos economicamente mais frágeis.

Assim, surge, por exemplo, leis que visavam, através da ordem pública, limitar as disposições contratuais, visando, primordialmente, proteger os interesses dos “mais fracos”, tais como as leis do inquilinato, Lei da Usura e, uma das mais importantes, o Código de Defesa do Consumidor.

A ordem pública, neste sentido, deve ser compreendida como a ordem considerada como indispensável à organização do estado, ou seja, um estado de coisas (direitos) os quais a sociedade, em si, não existiria.

Deste modo, o princípio da supremacia da ordem pública tem o condão de sempre ocasionar uma análise aprofundada nos pactos realizados, rechaçando e coibindo abusos advindos das desigualdades econômicas existentes na sociedade, protegendo assim os mais fracos.

### ***Do princípio do consensualismo***

O princípio do consensualismo é, diretamente, o contraponto ao formalismo.

Por tal princípio, para a existência e o aperfeiçoamento do contrato basta o acordo de vontades, desnecessitando de maiores formalidades. Neste sentido, Caio Mário leciona que<sup>16</sup>

Ao se constituir o direito contratual moderno, já não encontrou obstáculo o princípio do consensualismo. Os sistemas de direito positivo consignaram a preeminência da regra segundo a qual o contrato se forma pelo consenso das partes. Retomou uma velha parêmia, *pacta sunt servanda*,<sup>32</sup> não apenas para dizer que os contratos devem ser cumpridos (princípio da força obrigatória), mas para generalizar que qualquer ajuste, como expressão do acordo de vontade das partes, tem igual força cogente.

---

<sup>16</sup> Ibidem nota 2. 18.

O princípio do consensualismo predominou em todo o século XIX e avançou pelo século XX. Segundo ele, o contrato nasce do consenso puro dos interessados, uma vez que é a vontade a entidade geradora. Somente por exceção conservou algumas hipóteses de contratos reais e formais, para cuja celebração exigiu a *traditio* da coisa e a observância de formalidades.

Assim, na compra e venda, por exemplo, bastaria que as partes acordassem acerca do objeto e no preço. Ajustado tais pontos, o contrato estaria perfeito e acabado no exato momento que o vendedor aceita o preço ofertado pela coisa, sendo que no direito moderno, para seu total aperfeiçoamento, resta tão somente a necessidade da tradição.

Logicamente que, do mesmo modo que outros princípios, o princípio do consensualismo também enfrenta limitações a partir do momento que o legislador prevê formas e solenidades específicas para validades de determinados contratos.

Contudo, em regra, todo contrato é consensual, salvo disposição em contrário.

### **Do princípio da obrigatoriedade ou da força obrigatória dos contratos**

Por sua vez, o princípio da obrigatoriedade ou intangibilidade dos contratos diz respeito à força vinculante das convenções, motivo pelo qual também denominam de princípio da força vinculante dos contratos.

Como debatido anteriormente, através do princípio da autonomia da vontade, temos que ninguém é obrigado a contratar. Neste aspecto, ao indivíduo é permitida ampla liberdade ao contratar, podendo definir os termos e o objeto do pacto celebrado.

Entretanto, uma vez pactuado e fixados os termos da avença, bem como realizando o contrato dentro de suas formalidades, trazendo validade e eficácia a estes, os contraentes devem cumpri-lo, não podendo se escusar do cumprimento da obrigação ali assumida, salvo quando houver a anuência, sendo aqui a morada do princípio da obrigatoriedade. Neste sentido, nos ensinamentos de Caio Mário<sup>17</sup>

O princípio da força obrigatória do contrato contém ínsita uma ideia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos. Esta ideia, de tão sedutora, foi levada ao extremo, quando Siegel, no fim do século XIX, sustentou que a vontade individual, independentemente do contrato, ou ao lado deste, constitui fonte de obrigações. A vontade livre

---

<sup>17</sup> Ibidem nota 2. P. 13.

liga-se a si mesma, e gera a obrigação sem a intervenção de uma outra vontade.

Deste modo, uma vez contratado, impera nos termos do contrato a irreversibilidade da palavra ali empenhada, não cabendo, por exemplo, ao judiciário preocupar-se, *a priori*, com eventual severidade das cláusulas aceitas por ambos contratantes (isto em um pensamento clássico). Assim, os termos ajustados passam a ser “Lei” entre os contratantes.

Assim, Carlos Roberto Gonçalves irá aludir que o princípio da obrigatoriedade tem por fundamentos<sup>18</sup>:

a) a *necessidade de segurança nos negócios*, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir a palavra empenhada, gerando a balbúrdia e o caos; b) a *intangibilidade* ou *imutabilidade* do contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes, personificada pela máxima *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), não podendo ser alterado nem pelo juiz. Qualquer modificação ou revogação terá de ser, também, bilateral. O seu inadimplemento confere à parte lesada o direito de fazer uso dos instrumentos judiciais para obrigar a outra a cumpri-lo, ou a indenizar pelas perdas e danos, sob pena de execução patrimonial (CC, art. 389).

Neste aspecto, em uma leitura clássica do referido princípio, a única limitação a este existente seria a escusa por caso fortuito ou força maior.

Entretanto, com o passar do tempo, o referido princípio fora mitigado, sendo verificado uma necessidade de limitação a este, consubstanciada na possibilidade do Estado e, posteriormente, do Judiciário em realizar a intervenção nos contratos para a equalização dos termos pactuados, permitindo assim a sua revisão, possibilitando assim o desequilíbrio de prestações.

De certo que tal suavização do princípio não afastou a sua existência, porquanto ainda é imprescindível que haja segurança jurídica nas relações criadas por meio de contratos, sendo que eventual inadimplência ainda gera para o credor a possibilidade de buscar a responsabilidade do devedor não só por perdas e danos, mas também juros, atualização monetária e outros consectários legais.

Assim, temos que a atual faceta do referido princípio pauta-se por uma interpretação de que a manutenção e continuidade dos contratos somente é permitida quando observado a manutenção da equidade, do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato, sendo possível, quando verificado o desequilíbrio nestes pontos, a mitigação da *pacta sunt servanda*.

---

<sup>18</sup> Ibidem nota 4. p.56.

Deste modo, a obrigatoriedade dos contratos passa a sofrer limitações quando se constate desequilíbrio contratual entre as partes.

## **Do princípio da boa-fé**

Por fim, trataremos do princípio da boa-fé.

Por tal princípio temos que as partes devem comportar de forma correta não só durante as tratativas contratuais, mas também durante a fase de formação e do próprio cumprimento do contrato.

Assim, novamente nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves temos que a regra da boa-fé *“é uma cláusula geral para a aplicação do direito obrigacional, que permite a solução do caso levando em consideração fatores metajurídicos e princípios jurídicos gerais.”*

Assim, trata-se de preceitos que não se encontram conceituados pela norma fria, devendo ser apreciado em cada caso concreto.

A boa-fé, outrossim, se divide em boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.

A primeira, de concepção psicológica, parte de uma concepção do estado de consciência ou convencimento individual da parte em agir conforme determina o direito. Deste modo, a ideia de “subjetiva” parte justamente do fato de que a sua aplicação parte de uma interpretação da intenção do sujeito em uma determinada relação jurídica, ou seja, seu estado psicológico ou íntima convicção.

Já a boa-fé objetiva, também denominada concepção ética da boa-fé, parte como uma forma de conduta ou comportamento, a qual se espera em todos os contratantes, sendo verdadeira fonte de direito e de obrigações.

No Código Civil brasileiro temos que a boa-fé objetiva é constatada em três dispositivos, quais sejam, no art. 113<sup>19</sup>, no art. 187<sup>20</sup> e no artigo 422<sup>21</sup>. Já no CDC temos o art. 4º, inciso III e no artigo 51, inciso IV.

Nestas acepções, temos por exemplo, através do artigo 422 do CC, que tal princípio parte de um conceito ético, fundando na pura lealdade, confiança e probidade, sendo

---

<sup>19</sup> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

<sup>20</sup> Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>21</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

possível, por exemplo, que em caso de judicialização de uma demanda, possa o julgador estabelecer a conduta que se esperava do contratante em determinadas circunstâncias.

Trata-se, portanto, de princípio que busca manter a linearidade das atitudes dos contratantes, vedando posicionamentos que busquem, por exemplo, o enriquecimento sem causa, vedando, portanto, o exercício do abuso da posição jurídica de determinado contratante, ao se posicionar de forma diversa da esperada.

## **DO CONTRATO DE ADESÃO E SUA CORRELAÇÃO JURÍDICA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

### **Do contrato de adesão**

Primeiramente, antes de nos socorrermos à conceituação e disciplina jurídica a qual incumbe a sistemática dos contratos de adesão, insta salientar acerca de seu surgimento, que teve início no século XX, quando do crescimento da sociedade de consumo.

Desta feita, ao considerar a evolução ocorrida na sociedade à época, a massificação de consumo, decorrente, principalmente do advento da revolução industrial, a qual emergiu a necessidade de que as contratações se dessem de maneira mais célere com o intuito de se tornarem mais eficientes, imperou a necessidade do emprego de novos artifícios de contratação, repercutindo, assim, no mundo jurídico o instituto do contrato de adesão.

Assim, concedia-se espaço à contratação em massa, realizada através de formulários com cláusulas preestabelecidas a fim de agilizar o comércio jurídico, abandonando-se, paulatinamente, a relação jurídica tradicional contratual em que se discutiam tópico a tópico as tratativas que tornar-se-iam o contrato formado entre as partes.

O termo *contrato de adesão*, cunhado no século passado pelo jurista francês Raymond Saleilles, fora utilizado para designar esta nova forma de contratação que se dava em massa, tendo sido aceito e repercutido no Brasil e exterior ao se realizar o estudo sobre a parte geral do Código Civil alemão.

Diante as considerações iniciais sobre o tema, passamo-nos a debruçar sobre o seu conceito jurídico e doutrinário.

Ao tratarmos sobre o contrato de adesão, estamos nos referindo a um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, no qual apenas uma das partes, (proponente ou estipulante), decide, previamente, quais as cláusulas serão efetivamente inseridas no contrato, de sobremaneira que a outra parte (aderente), apenas presta, ou não, a sua anuência,

acerca daquilo já estabelecido, ficando esta, em regra, impedida de modificar as condições do pactuado.

Desta maneira, tem-se uma relação jurídica que nasce do invólucro da vontade de somente uma das partes, de forma que compete somente a outra aderir, caso tenha o interesse na manutenção do negócio jurídico, ou recusar-se, de modo a abandonar o instrumento contratual.

Isto, pois, não incumbe a esta modalidade contratual a contraproposta ao aderente, como se percebe na formação de outros vínculos contratuais, vez que, nos contratos de adesão as condições da proposta são estipuladas unilateralmente pelo proponente.

Desta maneira, em se tratando de negócio jurídico consensual, basta para o nascimento do vínculo contratual de adesão, a manifestação de aceitação pelo aderente, de forma expressa ou tácita, à submissão das condições estabelecidas pelo estipulante.

Assim, seguindo-se por esta linha da manifestação do aderente com relação ao negócio jurídico a ser pactuado, ressalta Silvio Venosa que decorre da manifestação tácita, os atos inequívocos e indubitáveis da intenção de contratar. Ressalta ainda, acerca do silêncio, que só estará apto a materializar o consentimento contratual quando vier acompanhado de outras circunstâncias ou condições, de forma a envolver a vontade contratual no caso concreto.

Destarte, se faz presente denotar o posicionamento doutrinário em relação à sistemática dos contratos de adesão, na qual dispõem os autores:

Para Maria Helena Diniz<sup>22</sup>, o contrato de adesão:

[...] é aquele em que a manifestação da vontade de uma das partes se reduz a mera anuência a uma proposta da outra, como nos ensina R. Limongi França. Opõe-se a ideia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que exclui qualquer possibilidade de debate e transigência entre as partes, pois um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro [...], aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos...

César Fiuza<sup>23</sup>, ressalva que “*O contrato de adesão não é uma categoria autônoma, nem um tipo contratual, mas sim uma técnica diferente de formação de contrato, podendo ser aplicada a inúmeras categorias contratuais.*”.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>24</sup>, ensina que há nos contratos de adesão:

---

<sup>22</sup> DINIZ, Maria Helena. [Código Civil](#) anotado. 14ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.367.

<sup>23</sup> FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 470.

“[...] uma restrição mais extensa ao tradicional princípio da autonomia da vontade. [...] Em razão dessa característica, alguns autores chegaram a lhe negar natureza contratual, sob o fundamento de que lhe falta a vontade de uma das partes – o que evidencia o seu caráter institucional.”

Ainda neste íterim, Orlando Gomes<sup>25</sup> leciona que “*no contrato de adesão uma das partes tem que aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos*”.

Fran Martins<sup>26</sup>, assevera que os contratos de adesão “*cedo se desenvolveram em larga escala e hoje são grandemente usados nos negócios comerciais*”.

Na conceituação de Caio Mário<sup>27</sup>, por sua vez, haverá a distinção terminológica, preferindo-se, assim, a expressão *contratos por adesão*, o que precede de discussão doutrinária desde a adoção da terminologia “contratos de adesão”, pelo jurista francês Raymond Saleilles.

Deste modo, segundo Caio Mário, o contrato de adesão deveria se chamar por adesão, assim entendido como “aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas, provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente as cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra”.

Outrossim, é de se entender acerca da diferenciação terminológica que incumbe a referida sistemática. Para isso, entendem os contratos de adesão como aqueles em que seriam a forma de contratar na qual o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá mormente, com as estipulações unilaterais do Poder Público, tendo-se como exemplo, as cláusulas gerais para o fornecimento de energia elétrica.

Entretanto, entendem os contratos por adesão como aqueles fundados também em cláusulas estabelecidas pelo estipulante, todavia, que não seriam irrecusáveis pelo aderente, as quais possui a faculdade de aceitá-las em bloco, ou recusá-las.

Diante essa tratativa, pois, a Lei Nacional nº 8078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como o Código de Defesa do Consumidor, buscou fundir essas duas situações, estabelecendo, assim, um conceito único de contrato de adesão ao preconizar no *caput* do artigo 58, as estipulações unilaterais pelo Poder Público (aprovadas pela

---

<sup>24</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, vol. 3: contratos e atos unilaterais. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 100.

<sup>25</sup> GOMES, Orlando. Contratos, 18ª edição, atualizada e anotada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro Forense, 1998, p. 109,119.

<sup>26</sup> MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais, 8ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 99.

<sup>27</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil – Contratos, Vol. III, Forense.



autoridade competente”), como também trouxe o conceito das cláusulas redigidas prévia e unilateralmente por uma das partes em seu conceito legal de contrato de adesão.

Assim, temos que a base jurídica para a temática surge da proteção legal que assegura o Código de Defesa do Consumidor, bem como o Código Civil de 2002, o qual se demonstrará a seguir.

### **Tipificação legal dos contratos de adesão – Código Civil e Código do Consumidor- Uma análise do art. 54 do CDC**

Como já é sabido, os contratos de adesão possuem um conceito amplo e se referem àqueles em que há a estipulação unilateral de uma das partes, cabendo à outra a sua aderência, caso importe na aceitação do negócio jurídico.

É sabido também, que há uma relação de hipossuficiência *inter partes* a qual carece de proteção jurídica, estando assim amparada por Lei, como vige a despeito o Código de Defesa do Consumidor.

O que muitos ignoram, entretanto, é que ao tratar sobre a matéria de contratos, sobretudo de adesão, que nos remete automaticamente à noção da relação consumerista tratada sobre a ótica de defesa do consumidor, há o esquecimento de se valer pela análise de outros institutos, como é o caso do Código Civil.

Assim, e de sobremaneira, tem-se a tipificação da matéria do contrato de adesão no Código de Defesa do Consumidor, como também no Código Civil, que conferem maior proteção à parte hipossuficiente da relação contratual.

Desta maneira, encontra-se disposição legal nos artigos 423 e 424 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002; Código Civil (CC), bem como no artigo 54 da Lei nº [8.078](#), de 11 de setembro de 1990, [Código de Defesa do Consumidor \(CDC\)](#).

Na ótica do Código Civil, para além de guarnecer proteção jurídica ao hipossuficiente da relação, o Código também prescreve que, em havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias, adotar-se-á, a interpretação mais favorável ao aderente, destacando-se as cláusulas que determinem a renúncia antecipada do aderente, considerando-as, nulas, o que se pode denotar da leitura dos dispositivos abaixo relacionados:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Na égide do Código de Defesa do Consumidor, no entanto, há a conceituação do referido instituto, e estipula a forma como a qual se dará o vínculo contratual, tornando-se difícil, ante a esta instrumentalização, imaginar hipótese de modalidade de contrato de adesão em relações que não guardem o cunho consumerista, vez que, estamos nos tratando de contratação em massa.

Assim, define o artigo 54, do CDC, o que é o contrato de adesão, como aquele em que as cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de serviços ou produtos, sem que o consumidor possa se valer da discussão ou da modificação substancial do teor contratual, conforme o que se segue:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (Redação dada pela nº 11.785, de 2008)

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Através desse dispositivo composto por quatro parágrafos é possível perceber: (i) a prescrição da inserção de cláusula no formulário, sendo hipótese que não desfigura a natureza de adesão do contrato; (ii) a admissão de cláusula resolutória, desde que seja ela alternativa e esteja em conformidade com a vontade do consumidor; (iii) a preconização de que os contratos de adesão devem ser escritos e redigidos em termos claros e legíveis, especificando o tamanho o qual não poderá ser inferior ao corpo 12 (doze), e, por fim; que (iv) as cláusulas que limitarem o direito do consumidor, devendo ser redigidas em destaque, de modo a facilitar a rápida e fácil compreensão do consumidor.

Assim, excluindo-se a análise mais simplista realizada acima sobre a definição encontrada no código sobre os contratos de adesão, válido se torna, perpassar de

maneira mais detida a alguns pontos delineados em seus parágrafos do artigo 54, do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto a inserção de cláusulas no formulário, disposta em seu parágrafo primeiro, para além de demonstrar que a sua essência não descaracteriza o preceito de contrato de adesão, válido é entender sobre o que se relaciona.

Assim, tem-se que o principal objetivo da norma é fazer com que não se desconfigurem os contratos de adesão dos quais constem uma ou algumas cláusulas manuscritas ou datilografadas, acrescentadas ao formulário já impresso, porquanto, qualquer que sejam as cláusulas apresentadas dizendo respeito aos elementos essenciais ou acidentais do contrato, não importam em exclusão do elemento contratual; os quais permanecem íntegra a natureza do contrato de adesão, sucumbindo-se às regras do Código sobre essa técnica de formação contratual.

Ademais, o código permite as cláusulas resolutorias nos contratos de adesão, não restringindo a sua aplicação, porquanto só permitirem as cláusulas resolutorias alternativas, tendo por certo, que o estipulante poderá inserir no formulário a cláusula resolutoria, deixando a escolha entre a resolução ou a manutenção do contrato ao consumidor, observando o disposto no §2º do art. 53<sup>28</sup>, isto é, da devolução das quantias pagas, monetariamente atualizadas, descontada a vantagem auferida pelo aderente.

Neste ponto, tem-se que a escolha é do consumidor, não podendo a resolução do contrato ficar na esfera de decisão do fornecedor. Isso, pois, o Código somente considera lícita a cláusula resolutoria se a escolha entre a resolução ou manutenção do contrato, ou qualquer outra solução preconizada na estipulação, for assegurada ao consumidor aderente.

Desta maneira, na estipulação da possibilidade de resolução alternativa, dever-se-á observar os princípios fundamentais do CDC, dentre os quais ressaltam os princípios da boa-fé, (art. 4º, III; art. 51, IV)<sup>29</sup>, do equilíbrio nas relações de consumo (art. 4º, III),

---

<sup>28</sup> Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

§ 2º Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.

<sup>29</sup> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a

como também o princípio da proporcionalidade, que indica proibição de o fornecedor auferir vantagem excessiva em detrimento do consumidor (art. 51, IV, e § 1º), considerando-se abusiva a cláusula contratual que implique renúncia, direta ou indireta, do consumidor ao direito previsto neste dispositivo, por ferir de pronto o art. 51, inciso I, do CDC.

Por conseguinte, é na disposição trazida no § 3º do artigo 54 do CDC, que se percebe a relevância da matéria ao determinar que a redação contratual se dê de maneira clara em caracteres ostensivos e legais, consagrando-se pelo expediente principiológico da legibilidade das cláusulas contratuais.

Neste comento, visa o presente dispositivo que o consumidor tenha conhecimento do conteúdo contratual em uma simples leitura, sem prejuízo do dever de esclarecimento por parte do fornecedor, aclarando-se assim, o artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Outrossim, é de se observar que a contratação em massa deve ser exercida em compatibilidade aos princípios fundamentais da ordem econômica, dentre os quais está a defesa do consumidor, prevista no artigo 170, inciso V da Constituição Federal<sup>30</sup>.

Noutro sentido, é de se atentar que a rapidez com a qual se devem as informações nesse tipo de contratação, não sirva de pretexto para que se incluam no bojo de um extenso formulário de futuro contrato de adesão, cláusulas extremamente severas, consideradas abusivas à luz do CDC.

---

viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

<sup>30</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor.

Além disso, válido é salientar que no contexto fático encontra-se a inevitável tarefa pela pessoa do estipulante de se impor algumas cláusulas, uma vez que, o consumidor aderente comumente não lê os termos do formulário, quer seja por pressa, preguiça, lassidão ou ignorância, face a dificuldade trazida por aquelas letras caracteristicamente “miúdas”, dispostas nesse tipo de instrumento contratual.

A fim de se evitar tal situação, deve o estipulante esclarecer ao aderente o conteúdo contratual, dispondo-lhe, inclusive da leitura do formulário em letras de fato legíveis.

Além do mais, a disposição contratual de “letras miúdas”, não são mais admitidas pelo Código, devendo os formulários serem impressos com caracteres legíveis, muito embora não haja no Código um padrão gráfico para a impressão das cláusulas contratuais nos formulários, devendo-se pautar pela consideração de um corpo gráfico adequado para a leitura e compreensão de uma pessoa possuidora de grau médio de visão, ou, pela análise do caso concreto, caso haja a presença de partes que encontrem maiores dificuldades de compreensão.

Importante redação, também trouxe o § 4º, do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor ao preconizar que se deve redigir em destaque, as cláusulas que implicarem em limitação do direito do consumidor, permitindo assim ágil e fácil compreensão do dispositivo em destaque.

Assim, toda a estipulação que implicar em qualquer limitação ao direito do consumidor, bem como, a que indicar em desvantagem ao aderente, deverá vir notoriamente exposta no contrato de adesão.

Em relação aos destaques, adquire relevância o dever conferido ao fornecedor de informar à parte consumidora o teor contratual, assim, já exposto pela égide do artigo 46, CDC. Devendo chamar a atenção para as estipulações não vantajosas para o aderente, em nome da boa-fé que deve imperar nas relações consumeristas.

Tendo-se como exemplo quanto ao destaque das estipulações não vantajosas a hipotética situação de “se deixar de pagar três parcelas consecutivas não poderá se utilizar da prestação de serviços contratados”, o que implica na restrição de direitos que incide diretamente à classe aderente.

Diante disso, pode-se delinear que os destaques podem se dar de diversas maneiras, como: (i) em caracteres de cores diferentes das demais cláusulas; (ii) com tarja preta em volta da cláusula; (iii) com redação com corpo gráfico maior do que as demais estipulações; (iv) em tipos diferentes de letras, ou grifos em itálico, sublinhado, negrito, além de outras fórmulas que podem ser utilizadas conforme a criatividade do estipulante.

E, por fim, e não mais disposto no Código, mas o que se sugere como via de conhecimento para subsidiar a presente pesquisa, imperava o §5º, que consagrava acerca do controle administrativo das cláusulas gerais dos contratos de adesão pelo Ministério Público.

Malgrado dispositivo, referia-se na obrigatoriedade de os estipulantes fornecedores remeterem ao Ministério Público a cópia do formulário-padrão utilizado por eles no contrato de adesão.

Não obstante o veto, leia-se que o controle efetivo dessas cláusulas ainda pode ser realizado pelo Ministério Público, mediante a instauração de inquérito civil conforme declaram os artigos 8º, § 1º da Lei nº 7347, de 1985<sup>31</sup> (LACP), de que disciplina a ação civil pública, bem como, o artigo 90 do CDC<sup>32</sup>.

Desta maneira, cumpre observar, que o *Parquet*, ainda tem a atribuição funcional e legitimidade para agir nestes casos, tanto no conluio do controle administrativo das cláusulas contratuais gerais do contrato de adesão, quanto para pleitear judicialmente a sua exclusão, modificação ou declaração de nulidade sobre a cláusula que entender versar a abusividade.

Portanto, fixadas tais premissas passaremos à análise das contratações de adesão realizadas à distância em massa, praticadas notoriamente por meio das companhias de telecomunicação das quais, em sua grande maioria, realizam suas contratações de forma remota, por telefonemas, através de suas centrais de atendimento.

## **LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE CONTRATAR PERANTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TELEFÔNICOS E TEMÁTICOS**

### **Os contratos verbais telefônicos e telemáticos**

Sobre a égide da manifestação de vontade, tida como requisito de existência de validade do negócio jurídico, imperioso é rememorar o que aqui foi dito no tópico 2.2.2 do presente trabalho quanto aos requisitos subjetivos no tocante à capacidade de contratar.

Tendo sido exposto que a manifestação de vontade, por força da lei, pode se dar de maneira tácita, ou expressa, assim entendida esta última como aquela que deve ser

---

<sup>31</sup> Art. 8º, LACP. Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

<sup>32</sup> Art. 90, CDC. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

exteriorizada de forma clara, verbal ou escrita, gestual ou mímica, externada de forma inequívoca, não sendo passível da existência de dúvidas.

Diante disso, torna-se referido conceito fundamental para que se possa compreender sobre a possibilidade da existência de contratos sobre a sua forma verbal.

É o que se percebe no caso em comento, ao se verificar que o Código não restringiu o conceito de contrato de adesão às formas escritas pelo estipulante, concedendo assim, a possibilidade de haver tanto os contratos de adesão em sua forma escrita, quanto também na sua forma verbal.

Destarte, cabe-nos parafrasear o contexto fático a que estamos inseridos para fins de prosseguirmos e adentrarmos na problemática, fruto do objeto de pesquisa do presente trabalho.

Desta maneira, é mister olvidar que vivemos em uma sociedade de consumo globalizada, a qual traduz o elemento de consumo à natureza humana, por se ter em mente a sua necessidade para os fins de sobrevivência.

O faz, pois, através do capitalismo que estimula as práticas consumeristas, em detrimento da mercantilização, que contribui para a noção do aumento da necessidade dos indivíduos de forma a se trabalhar ideia de consumo como aspecto primordial às relações humanas.

De forma a auxiliar, dispõe das técnicas de marketing, dos meios de comunicação em massa e o uso da internet, como meios publicitários que facilitam o consumo e concedem a sensação de ser global, no qual, resulta da sensação do ser inserido nesta conjectura social e que não está “atrasado”, mediante as inovações tecnológicas presentes.

Do mesmo modo, é de se compreender que para além do contexto da globalização que nos enlaça, vivenciamos, pois, uma situação inesperada e de certo, dificultosa, de forma a nos reinventarmos dia a dia para o rompimento das barreiras do inédito, e o cumprimento dos desafios da vida moderna, sob a égide da grave crise sanitária instaurada no Brasil e no mundo, sob o prisma da Pandemia da Covid- 19.

Referida crise, nos obrigou a adotar novas formas de sobrevivência, tanto no aspecto da saúde, com as medidas de proteção ao vírus; quanto nas formas de adequação ao vínculo social, que se dava anteriormente de maneira presencial.

Assim, as relações de trabalho, estudos, os encontros com os familiares e amigos, modificaram, como também restaram alteradas as formas de pactuação dos negócios jurídicos, os quais, culminaram no desapego daquela premissa social de se tentar resolver as questões de maneira majoritariamente presencial.

Deste modo, pois, nos vimos diante à necessidade de nos adequar face ao estranho conceito de normal para caminharmos firmes na direção da sobrevivência. Assim, muito se visou adequar as estruturas dos serviços de telefonia e pacotes de dados e internet, para que mesmo distante fisicamente uns dos outros, pudéssemos ficar conectados através dos instrumentos que a tecnologia nos proporciona.

Desse modo, é de se destacar a presença e o aumento do volume das contratações telefônicas e telemáticas a fim de se adequar ao novo contexto social.

Para tanto, é necessário o entendimento dos referidos conceitos.

Quanto ao conceito de telefonia, como já vige de entendimento comum, refere-se aos serviços de que tratam da transmissão de voz através de uma rede de telecomunicações frente à necessidade das pessoas que estão a distância, se comunicarem.

Os serviços telemáticos, por sua vez, são aqueles que resultam do armazenamento e na troca de informações, podendo ser compreendidos como os serviços de telefonia, fibra ótica, satélite e informática que transmitem dados pela rede, seja em formato de texto, imagem ou som.

Diante essas considerações, podemos denotar que os serviços de telefonia, (aqui preferindo-se esse termo como forma de não aprofundar e separar os assuntos), são um dos temas mais recorrentes sobre a área do Direito do Consumidor.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o percentual de brasileiros em 2018, acima de 10 (dez) anos de idade que possuíam aparelho celular era de 79,3%, estando concentrado neste percentual a maior incidência de uso nas áreas urbanas, conforme os dados acostados pelo suplemento da Pesquisa Nacional Por Amostra De Domicílios (Pnad).

Outrossim, o elevado uso de aparelhos telefônicos evidenciam uma maior busca por planos e pacotes de dados, seja pelos consumidores pessoa física e ou jurídica, não sendo raro, o recebimento de ligações por parte das operadoras de telefone para oferecer planos que almejam grandes vantagens econômicas.

O Código Civil na sua redação do artigo 107<sup>33</sup>, disporá que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, exceto quando a Lei exigir. Desta maneira, tem-se que é livre a forma com a qual se realizará o negócio jurídico, entre os quais se encontram o contrato verbal, que por essência poderá ser demonstrado pelo simples aceite ou manifestação de vontade das partes. Estando o formalismo, revestido na propositura do contrato escrito, apto a trazer a segurança e a efetiva garantia do negócio jurídico.

---

<sup>33</sup> Art. 107,CC. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.



Desta feita, entende-se que o contrato verbal é válido, desde que impere os aspectos da licitude e não contrarie disposição legal, devendo atender de igual modo a vontade das partes contratantes.

Por analogia, subsistem os contratos firmados via gravações telefônicas e o questionamento que nos cercam é: Podem estes serem considerados válidos? E a não existência de contrato físico pode gerar nulidade contratual? Uma vez coexistir aquela dúvida de “eu não assinei nada”!

São estas, uma das considerações que se visam responder com a pesquisa do presente trabalho, uma vez que, todos nós enquanto seres viventes estamos suscetíveis a essas situações de fato, enquanto o que nos interessa é saber, como proceder diante essas tratativas que nos parecem que as garantias de defesa do consumidor encontram-se distantes, estando presos aos estipulantes que de maneira abusiva nos enlaça diante uma situação desconfortável dada escassez de informações.

### **Do envio dos termos do contrato – obrigatoriedade e infração ao *Pacta Sunt Servanda*?**

Eis o tópico chave para o desvendar da problemática que insurge da pesquisa do presente trabalho, ao tratarmos sobre a temática dos “Limites do *Pacta Sunt Servanda* frente aos contratos de adesão telefônicos e telemáticos”.

Assim, como se buscou desde o início referenciar as informações essenciais para a compreensão do objeto delineado, façamos nova recordação ao citado no tópico 2.3.4, sobre o princípio da obrigatoriedade ou da força obrigatória dos contratos, o que diz respeito diretamente ao *Pacta Sunt Servanda*.

Desta maneira, é que se pode construir o entendimento para responder à pergunta fundante deste tópico “Do envio dos termos do contrato- obrigatoriedade ou infração ao *Pacta Sunt Servanda*?”

Todavia, elevando o caráter crítico para o caso em comento, para o desenvolvimento de uma melhor construção jurídica deste tópico, façamos novo questionamento a despeito do princípio do *Pacta Sunt Servanda*.

Assim, é de se buscar responder o seguinte questionamento:

“Será, o envio dos termos do contrato obrigatório? Se o *Pacta Sunt Servanda* se funda na obrigatoriedade do cumprimento dos termos do contrato, como passar a obrigar o contratante a cumprir os termos do pactuado, se o mesmo não dispõe do conhecimento destes?”

Para tanto, recorremo-nos, primeiramente, o que diz o Supremo Tribunal Federal- STF, em seu vocabulário jurídico (Tesauro)<sup>34</sup> quanto ao significado da expressão- *Pacta Sunt Servanda*:

**Os contratos existem para serem cumpridos.** Este brocardo é tradução livre do latim *pacta sunt servanda*. É muito mais que um dito jurídico, porém. Encerra um princípio de Direito, no ramo das Obrigações Contratuais. **É o princípio da força obrigatória, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes.** "Assim, se pode dizer que **pacta sunt servanda** é o princípio segundo o qual **o contrato obriga as partes nos limites da lei.**" ZUNINO NETO, Nelson. (Grifos nosso).

No entanto, não há como se falar em *Pacta Sunt Servanda* que diz respeito diretamente à força obrigatória dos contratos, sem mencionar o aspecto da teoria da imprevisão, relativo ao brocardo jurídico latino, *Rebus Sic Standibus* traduzido nas expressões “estando as coisas assim”, ou, “enquanto as coisas estão assim”.

Embora sejam princípios antagônicos, um leva ao outro ao mesmo destino, uma vez que, é a garantia jurídica de um fim protegido ou ao menos almejado, por se tratar o primeiro princípio (*Pacta Sunt Servanda*) sobre a preservação da autonomia da vontade e a liberdade de contratar, conquanto, tratar o segundo princípio, (*Rebus Sic Standibus*), sobre a missão de proteger o bem comum, o equilíbrio contratual, e a igualdade entre as partes.

O princípio da força obrigatória tangencia a regra, cuja exceção tem merecido destaque, como aqui tem se demonstrado, ao denotar sobre a vinculação contratual entre as partes do contrato, como se norma legal fosse atingindo-se assim, o aspecto da imutabilidade.

Com efeito, a teoria da imprevisão, revestida sobre o princípio do *rebus sic standibus*, prevê a possibilidade de alteração do pacto celebrado, quando houver a percepção de que as circunstâncias envolvidas no caso para a formação, não foram as mesmas quando do momento da execução, culminando no prejuízo de uma parte em detrimento de benefício auferido à outra.

Em sendo assim, há a interligação de malgrados conceitos, uma vez que eles giram em torno do cumprimento do contrato quanto à sua necessidade de cumpri-lo integralmente, ou alterá-lo, substancialmente.

Assim, diante do assinalado anteriormente, temos que os contratos existem para serem cumpridos, delineando-se na égide prevista para a conceituação terminológica do *Pacta Sunt Servanda*.

Para Orlando Gomes, em discussão acerca da força obrigatória dos contratos, tem-se que o contrato deve ser *celebrado diante a observância de todos os pressupostos e*

---

<sup>34</sup> Acessível em: [encurtador.com.br/yHTW6](http://encurtador.com.br/yHTW6). Acessado em: 26/05/2021.

*requisitos necessários à sua validade, devendo ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos.*

*A autora Maria Helena Diniz disporá que o referido princípio se justifica, pois, “o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito”.*

*Para a gaúcha Cláudia Mara Martins, a vontade das partes é o fundamento da força obrigatória dos contratos, uma vez que manifestada esta vontade, as partes se ligariam a um vínculo, de onde nasceriam as obrigações e os direitos para cada um dos participantes, força obrigatória esta, reconhecida pelo direito e podendo ser tutelada judicialmente.*

*O que se percebe ademais, é que a obrigatoriedade não é absoluta, tendo que se respeitar para o cumprimento deste, outros princípios previstos no ordenamento jurídico, como os princípios da boa-fé, legalidade, igualdade, dentre outros, os quais, devem se considerar ainda que há limites quanto ao ajuste de vontades.*

*Neste sentido, é de se prever que o contrato só passa a ser obrigatório entre as partes a partir do momento em que são atendidos os pressupostos de validade, em que a autora Maria Helena Diniz irá denominar de elementos essenciais, que são aqueles requisitos subjetivos, objetivos e formais, transvertidos na manifestação de vontades, no consentimento e na capacidade genérica e específica dos contraentes, (requisitos subjetivos); na licitude do objeto, possibilidade física e jurídica, na determinação e na economicidade (requisitos objetivos), e, ainda na forma legalmente exigida ou não vedada como os requisitos formais.*

Desde que atendidos esses pressupostos de validade, o contrato obriga as partes de forma quase absoluta. Só não o faz assim, pois, ainda há a possibilidade de ocorrer eventos alheios à vontade das partes, conquanto, estranhos à formação do contrato, no que importam nas exceções a serem vistas no último tópico deste capítulo, de que trata mais detidamente sobre a cláusula *rebus sic stantibus* e a possibilidade de revisão contratual.

Assim, realizada a recordação no que tange ao princípio da obrigatoriedade ou da força obrigatória dos contratos, passamo-nos a versar sobre o disposto no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 46:

**Art. 46. CDC. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos**

instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. **(Grifos nossos)**

Neste ponto, como há em se falar em cumprimento ao *Pacta Sunt Servanda*, se o dispositivo que versa sobre as relações de consumo e defesa do consumidor, preconiza a oportunidade de se tomar o conhecimento prévio do conteúdo do pactuado?

Ademais, mesmo se tendo ciência que o artigo 47 do mesmo diploma, preconiza que “*as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*”, como aplicá-las, se, ao consumidor não lhe for ofertado a ciência dos termos de seu contrato?

Em se tratando de contratos de adesão, pela ótica dos contratos telefônicos e telemáticos contratados remotamente (por meio de *call center*), não há como o consumidor, saber de todas as condições do pactuado, se ao menos não lhe é ofertado a ciência de seu conteúdo contratual, estando nessa égide o contraponto às disposições relativas à forma de contratações verbais, que se dão majoritariamente nesses instrumentos contratuais.

Sabe-se que pode haver a contratação verbal, porém, a forma que os realizam é de certo, inadequada.

Pois, imperam nos contratos de consumo para além do objeto em si pactuado, a presença de outros elementos, utilizando-se como exemplo os serviços de pacote de voz e dados para *internet*, as informações elementares da existência (ou não) de multa por rescisão contratual, se em caso afirmativo, o seu *quantum*, e em quantas parcelas se dariam, ou, a porcentagem desta, qual seria a data de início e fechamento da fatura, sabendo-se que esta informação possui relação direta com o limite de dados disponíveis para utilização, de forma que se não houver referida informação, fácil é de se extrapolar o limite base, culminando-se assim, na cobrança adicional dos serviços prestados.

Ainda neste íterim, como saber de todas essas informações, se no momento do aceite verbal do contrato junto ao *call center*, o estipulante normalmente se furta a tão somente informar as questões relativas ao preço a ser pago, e a sua data de vencimento, não informando outras questões tais como a existência de multa por atraso de pagamento e juros de mora?

É de se levar em consideração, entretanto, que, em que pese o direito do consumidor em possuir todas as informações atinentes ao produto/serviço contratado,

não lhe são fornecidas todas as informações, seja por desinteresse por parte do vendedor/estipulante, lassidão, ou até mesmo, por falta de conhecimento de maneira mais profunda sobre o objeto celebrado, tendo em vista que se almeja de maneira precípua, mais um quantitativo vendido daquele produto ou serviço pactuado.

Assim, é dizer que tais tipos de contratos, além de ferir a lógica da *pacta sunt servanda*, ferem, também direitos básicos do consumidor, tendo em vista que já no inciso III, do artigo 6º, do CDC temos que:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Sendo assim, percebe-se claro ferimento à legislação consumerista no tocante ao dever que tem as operadoras de telefonia em seguir os princípios básicos do consumidor que são os princípios da transparência e informação, no que diz respeito em informar, ao consumidor, de forma adequada e clara sobre os produtos e serviços, especificação, características, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos, caso houver.

Lado outro, verifica-se que para além das normas federais, verifica-se por parte das empresas de telefonia, a inobservância de normas regulamentadoras da ANATEL, como vige a despeito do Anexo I da Resolução nº 632, de 07 de março de 2014, que no inciso IV, do artigo 3º (em conluio ao já citado artigo 46 do CDC), prescreve:

Art. 3º O Consumidor dos serviços abrangidos por este Regulamento tem direito, sem prejuízo do disposto na legislação aplicável e nos regulamentos específicos de cada serviço:

IV - ao prévio conhecimento e à informação adequada sobre as condições de contratação, prestação, meios de contato e suporte, formas de pagamento, permanência mínima, suspensão e alteração das condições de prestação dos serviços, especialmente os preços cobrados, bem como a periodicidade e o índice aplicável, em caso de reajuste;

Ato contínuo, para além do conhecimento prévio das informações contratuais, é direito do aderente, através da exegese do inciso XVI, do mesmo artigo supracitado, “*de receber o contrato de prestação de serviço, bem como o Plano de Serviço contratado, sem qualquer ônus e independentemente de solicitação*” (grifos nosso).

Neste diapasão, nos casos dos contratos de adesão contratados via *call center*, denota-se efetivo descumprimento de regras básicas para a constituição legal do negócio jurídico travado entre estipulante e aderente, porquanto, há notória infração ao cumprimento de preceitos básicos para a formação do negócio jurídico, principalmente no que tange à determinação do objeto contratual, fator este determinante para a formação do negócio jurídico, a despeito do constante no inciso II, do art. 104 do Código Civil.

Deste modo, verificada a necessidade de ampla informação dos termos contratados, bem como do fornecimento de tais informações em contratações realizadas via *call center*, trataremos de demonstrar a anulabilidade de tais contratos, bem como a solução dada para superação de tal imbróglio perante os tribunais.

### **Da anulabilidade contratual por ferimento ao dever de informação e da solução dada pelos tribunais**

Conforme relatado no tópico anterior, constata-se a necessidade de ampla informação ao aderente, quando da contratação, de todos os termos do contrato de adesão aderido.

Ainda, conforme demonstrado, é obrigação do estipulante, fornecer todas as informações acerca do contrato ao aderente, bem como é obrigatório o fornecimento do contrato, sem custos, a estes.

Lado outro, conforme narrado, para a constituição válida de um negócio jurídico, deve restar configurado o preenchimento de alguns requisitos, estes consagrados no artigo 104 do Código Civil, sendo a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável e, c) forma prescrita ou não defesa em lei.

Além disto, quando levado à ótica da teoria dos contratos, devem estar preenchidos todos os requisitos objetivos, subjetivos e formas, já descritos anteriormente nos tópicos de nº 2.2.1 a 2.2.3.

Contudo, em caso de infração ao dever de informar, bem como à infração aos requisitos legais para constituição dos negócios jurídicos/contratos, quais seriam as consequências contratuais?

Neste aspecto, conforme demonstrado, pela lógica do princípio da força obrigatória (*pacta sunt servanda*), uma vez contratado, deve ser cumpridas as estipulações contratuais.

Ocorre que, em determinados casos, há limitação aos termos contratados, de forma a mitigar a lógica da *pacta sunt servanda*.

Esta mitigação se dá exatamente quando constatado que, nas contratações via *call center*, houve a infração ao dever de informar. A lógica que se tem utilizado é que, não havendo a demonstração por parte da estipulante que o aderente tinha plena ciência dos termos contratados, não há que se dizer em cumprimento obrigatório da cláusula não informada, mitigando assim a lógica da *pacta sunt servanda*.

Ademais, em razão desta mitigação, haveria que se dizer, em determinados casos, que, por não ter ocorrido a informação acerca de determinada cláusula, teria que ocorrer a revisão contratual, em razão da premissa *rebus sic stantibus*, neste caso dada a impossibilidade de obrigatoriedade do cumprimento.

Deste modo, a título de demonstração da solução dada pelos tribunais, citamos alguns julgados que demonstram que a infração ao dever de informação, quebra a premissa do *pacta sunt servanda*. Senão, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CONTRATAÇÃO DE PLANO DE TELEFONIA - REAJUSTE IMEDIATO - INFORMAÇÃO INADEQUADA - CLÁUSULA NULA - COBRANÇA INDEVIDA - DANOS MORAIS - FIXAÇÃO DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. **O Código de Defesa do Consumidor assegurou ao consumidor o direito básico à informação, de modo que as cláusulas sejam redigidas com clareza, facilitando a compreensão e a imediata e fácil visualização do conteúdo contratual, em especial nos contratos de adesão. Se a cláusula restritiva referente a reajuste foi redigida sem destaque e a fornecedora não comprovou ter prestado informações ao consumidor sobre a restrição, tal cláusula não se aplica ao contrato.** É indevido o reajuste do valor de plano de telefonia já no primeiro mês de uso, se não comprovada, pela operadora de telefonia, quaisquer das hipóteses previstas para aumento do valor contratado. Sofre danos morais a pessoa que é induzida a erro, por meio de propaganda enganosa, a contratar serviço telefônico, mas é surpreendida com a cobrança de valores acima do contratado e, ao tentar solucionar a questão, fazendo inúmeros contatos, é tratada com descaso. A fixação do valor da indenização por danos morais pauta-se pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (TJMG - Acórdão Apelação Cível 1.0439.16.008079-2/001, Relator(a): Des. Rogério Medeiros, data de julgamento: 17/05/2018, data de publicação: 25/05/2018, 13ª Câmara Cível) **(Grifos nosso)**

No caso colacionado, a aderente explicitou na ação que “*no mês de dezembro de 2015, solicitou a portabilidade de seu número e contratou plano de telefonia da operadora Vivo, pelo valor de R\$ 29,90 por mês, para pagamento todo dia 06*”.

Ocorre que, na primeira fatura enviada, a rede de telefonia teria lhe cobrado a quantia de R\$ 34,99, motivo pelo qual a aderente teria entrado em contato com a prestadora de serviços, que teria informado ter ocorrido erro na cobrança.

Entretanto, por mais de uma vez aconteceu a cobrança a maior, até que em determinado momento, após uma nova ligação ao *call center*, teria lhe sido informado que o valor a maior se dava em razão de reajuste nos valores do plano contratado.

Ocorre que, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao analisar o caso, verificou que além de não estarem preenchidos os requisitos para reajuste do valor contratado, também constatou que a rede de telefonia não teria comprovado no momento da contratação, que teria informado adequadamente a aderente/autora sobre a forma e possibilidade de reajuste dos valores contratados, logo no primeiro mês de utilização do serviço, havendo, portanto, quebra deste dever.

Ainda, constatou que a rede de telefonia durante toda a propaganda e contratação, teria sempre destacado o valor do plano contratado como sendo de R\$ 29,90, não fazendo qualquer menção, sobre a possibilidade e forma de reajuste contratual.

Assim concluiu que a estipulante não teria atendido ao disposto no CDC acerca da informação adequada, de forma que não se poderia obrigar ao consumidor no cumprimento da obrigação, conforme exegese do artigo 46 do CDC, determinando, naquele caso, que a rede de telefonia mantivesse, ainda que por 12 (doze) meses, o valor inicial da contratação.

Contudo, este não é um caso isolado.

Vejamos este outro julgado:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - EMPRESA DE TELEFONIA - RELAÇÃO DE CONSUMO - CANCELAMENTO DE LINHAS TELEFÔNICAS - ALTERAÇÃO DE PLANO - FIDELIZAÇÃO - MULTA - COBRANÇA INDEVIDA - INSCRIÇÃO IRREGULAR EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - DANOS MORAIS - REPARAÇÃO DEVIDA - QUANTUM INDENIZATÓRIO ADEQUADO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1- Verificada a presença de vulnerabilidade na relação entre fornecedor e consumidor, cabível a subsunção do fato ao sistema do Código de Defesa do Consumidor. 2- Tendo a parte autora demonstrado de forma inquestionável a ilegalidade da multa aplicada em virtude de suposta "fidelização" de plano telefônico, sua cobrança pela empresa de telefonia se mostra completamente descabida, assim como o consequente registro nos cadastros de proteção ao crédito. 3- O arbitramento da reparação por danos morais deve atender à dupla finalidade, compensatória e pedagógica, sendo suficiente para desestimular o ofensor, mas sem ensejar enriquecimento indevido para a vítima. 4- Os honorários advocatícios de sucumbência arbitrados conforme diretrizes do art. 20, § 3º do Código de Processo Civil, não comportam majoração ou redução. (TJMG - Acórdão Apelação Cível 1.0145.14.042557-3/001, Relator(a): Des. José Flávio de Almeida, data de julgamento: 03/12/2015, data de publicação: 15/12/2015, 12ª Câmara Cível)



Neste caso em questão, o embate se dá na incidência ou não de multa por rescisão unilateral em contrato com prazo de fidelidade, sendo que, mais uma vez, ante a ausência da demonstração do cumprimento do dever de informação, de forma que não se tornaria possível a aplicação da lógica do *pacta sunt servanda*.

Contudo, há também questões atinentes à propaganda enganosa, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TELEFÔNICOS - PROPAGANDA ENGANOSA - DANOS MORAIS - CONFIGURAÇÃO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - FIXAÇÃO DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. Sofre danos morais a pessoa que é induzida a erro, por meio de informações inverídicas e imprecisas, a contratar serviço telefônico, mas é surpreendida com a cobrança de valores acima do contratado e o cancelamento unilateral do seu antigo plano de telefonia, além de ser tratada com indiferença e descaso ao tentar solucionar a questão. A fixação do valor da indenização por danos morais pauta-se pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (TJMG - Acórdão Apelação Cível 1.0447.13.001948-5/001, Relator(a): Des. Rogério Medeiros, data de julgamento: 30/03/2017, data de publicação: 07/04/2017, 13ª Câmara Cível)

Neste caso, a lide teria originado em razão da estipulante ter alterado unilateralmente o antigo plano da autora, denominado "Fale 230 Residencial", cobrando valores por serviços não contratados, descumprindo a oferta realizada por telefone, que se resumia a desconto em conta de telefone e ao envio de modem gratuito para acesso à internet, sendo que, em sentença de 1º grau, o Juízo sentenciante declarou inexistente a mudança dos termos do contrato.

Destarte, aos argumentos do Juízo de 1º Grau (autos nº 0447.13.1949-5), consignou que:

Da análise das provas produzidas nos autos e considerando que se trata de relação consumerista, observo a inexistência de qualquer documento juntado pela ré no sentido de comprovar que a autora, seja pessoalmente ou através de seu filho, tenha solicitado a alteração do plano.

Ressalte-se que, se o envio de tais itens gerou tal mudança, tal fato deveria ter sido comunicado à autora ou ao seu filho previamente, o que, de acordo com as provas dos autos, não ocorreu.

Note-se que mesmo tratando-se de contratação via telefone, tal fato não exime a ré de exibir documento comprobatório da contratação em questão, denotando uma conduta displicente e negligente para com os consumidores.

Neste caso, tratando-se de responsabilidade objetiva, deve a ré trazer aos autos documentos em nome da autora que estão em seu poder, bem como algum outro que demonstre a aceitação da mudança de plano alegada, mesmo

que de forma singela, observando-se que se aceitou o risco de contratar por telefone, deveria ao menos ter apresentado gravação a fim de demonstrar a prática de tal ato, o que, contudo, não o fez.

Deste modo, verifica-se, sem sombra de dúvidas que com a quebra do dever de informar, nos contratos realizados por meio de *call center*, há efetiva anulabilidade das cláusulas contratuais não explicitadas ao consumidor, quebrando a primazia do *pacta sunt servanda*, porquanto não se pode obrigar o cumprimento de cláusulas desconhecidas pelo aderente.

Ademais, é dizer que o objeto contratual deixou de ser determinado ou determinável, porquanto não se teve informação suficiente para que este se tornasse determinado/determinável.

Neste tear, verifica-se a completa limitação da *pacta sunt servanda* frente aos contratos de adesão realizados por via telefônica, notoriamente nos contratos para contratação de serviços telefônicos, ante a quebra do dever de informação da completude das cláusulas contratuais, sendo este direito do aderente e dever do estipulante, sendo que, com a quebra do dever de informação, a via que se tem é no reconhecimento da limitação da força obrigatória dos contratos, com sua nulidade ou revisão.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O desenvolvimento do presente estudo, possibilitou a uma análise de maneira mais detida sobre a ótica do contrato de adesão, vez que, perpassando por sua base principiológica e institucional, possibilitou a expansão do tema em comento.

Assim, através da análise dos princípios que norteiam a matéria dos contratos, analisada a sua teoria, em especial ao exame do contrato de adesão possibilitamos a explanação exercida.

Ademais, a tratativa do presente trabalho versava diretamente sobre o instituto do contrato de adesão, na vertente daqueles contratos telefônicos e telemáticos, sendo que, para que se tornasse possível o entendimento da problemática involucra do presente trabalho, mister era compreender inicialmente os aspectos gerais e fundamentais aos contratos.

Destarte, pode-se aduzir que a entrega da cópia do contrato firmado entre o estipulante e aderente perfaz obrigação do estipulante, conquanto, não há de se compreender a totalidade do objeto pactuado, caso não houver a ciência do que ali está envolvido.

Para esta análise então, nos valem do caráter crítico do conceito principiológico do *Pacta Sun Servanda*, ao tratar da preservação da liberdade de contratar, conquanto, pela existência de outro princípio atrelado a sua lógica contratual, *Rebus Sic Standibus*, que diz respeito a possibilidade de revisão contratual para o reestabelecimento do equilíbrio do contrato e isonomia entre as partes.

Demonstrou-se entendimento favorável ao questionamento do dever de fornecer o conteúdo contratual ao consumidor, através da leitura do artigo 46 do CDC, que consubstancia que o direito de se tomar conhecimento prévio do instrumento contratual, não os obrigando em matéria contratual, caso não seja lhe seja exercida essa oportunidade.

Ademais, verificou-se que a própria ANATEL, responsável por regular as normas para a gerência das atividades de telefonia, regula em sua Resolução nº 632, de 2014, artigo 3º, inciso XVI, do Anexo I, que constitui direito do consumidor receber o contrato de prestação de serviço, sem qualquer ônus e independentemente de solicitação.

Isto, pois, cabe ao estipulante o cumprimento do dever de informação, de forma a não lesar o direito do aderente sobre o entendimento das condições dos produtos e serviços ofertados.

Ademais, é o que tem decidido os tribunais nas matérias que envolvem os serviços de telefonia que deve o estipulante assegurar o direito de informação dos termos do contrato ao consumidor, de modo que cabe ao fornecedor dos serviços a comprovação ao consumidor de que prestou as informações, que por ventura sejam restritivas no contrato, sob pena de não se aplicar ao contrato e afastar, assim, a lógica do *pacta sunt servanda*.

Portanto, o presente trabalho teve como intuito a explanação deste direito do consumidor, conquanto, todos nos encaixamos na presente classe, visto que um aspecto relevante da vida é estabelecer contratos, tendo, sobretudo, a sensibilidade de se tratar de especial forma de contratação, que, durante o período pandêmico que vivemos, tornou-se mais recorrente.

De longe, esgotar todos os questionamentos no tocante a matéria não foi a intenção, porém, considerando que a academia é o espaço de que precisamos para o debate de ideias, e propagação do conhecimento, tratar de conteúdo extremamente importante e afeto a qualquer pessoa, independentemente de classe social, fora o intuito, para trazer destaque e elucidar com maior clareza de detalhes o tema.

## REFERÊNCIAS

Código Civil Brasileiro – Acessível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm).

Código de Defesa do Consumidor. Acessível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm).

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 14ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos, 18ª edição**, atualizada e anotada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, vol. 3: contratos e atos unilaterais**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais** / Carlos Roberto Gonçalves. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. P.34 *Apud* Maria Helena Diniz, *Tratado*, cit., v. 1, p. 40.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**, 8ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1958.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: volume 3: contratos** / Caio Mário da Silva Pereira. – 24. ed., rev. e atual. por Caitlin Mulholland. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. III - Contratos**. Grupo GEN, 2020. [Minha Biblioteca]. (versão eletrônica).

Resolução nº 632, de 07 de março de 2014. Acessível em:  
<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2014/750-resolucao-632>.

Vocabulário Jurídico (TESAURO) – Supremo Tribunal Federal. Acessível em:  
[encurtador.com.br/yHTW6](http://encurtador.com.br/yHTW6). Acessado em: 26/05/2021

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Julgado autos nº 1.0439.16.008079-2/001. Acessível em: [encurtador.com.br/hvw89](http://encurtador.com.br/hvw89).

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Julgado autos nº 1.0145.14.042557-3/001. Acessível em: [encurtador.com.br/ioxJM](http://encurtador.com.br/ioxJM).

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Julgado autos nº 1.0447.13.001948-5/001. Acessível em: [encurtador.com.br/cwCU5](http://encurtador.com.br/cwCU5).

