

ISSN 2965-2367

PERIÓDICO  
CIÊNCIA EM  
DEBATE



MINISTÉRIO PÚBLICO  
DO ESTADO DA BAHIA

SALVADOR, V. 4, SET/NOV. 2023



**PERIÓDICO**  
CIÊNCIA EM DEBATE

ISSN 2965-2367  
VOLUME 4

# **E X P E D I E N T E**

**Ministério Público do Estado da Bahia**

**Procuradora-Geral de Justiça**

Norma Angélica Reis Cardoso Cavalcanti

**Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF**

Coordenação Geral

Promotor de Justiça – Tiago de Almeida Quadros

Rua Pedro Américo, n. 13 - Jardim Baiano, Nazaré

CEP 40.050-340 - Salvador - Bahia - Brasil

## **Conselho Editorial**

Alexandre Vieira Rocha

Alicia Violeta Botelho S Passeggi

Andreia Mercês Guimarães

Cleonice de Souza Lima

Fabíola Barbosa da Silva Souza

Leila Adriana Vieira Seijo de Figueiredo

Liliane Formigli Noblat

Márcia Regina Ribeiro Teixeira

Pollyanna Quintela Falconery

Synthya Torquato dos Reis

Tiago de Almeida Quadros

Zélia Maria Araújo Rodrigues da Silva

## **Responsável pela edição**

Synthya Torquato dos Reis

## **Colaboração**

Daisy Cordeiro dos Santos

## **Revisão**

Daisy Cordeiro dos Santos - Estagiária de Pós-Graduação em Letras

**Central Integrada de Comunicação Social (CECOM)**

**Diagramação e Arte**

Jadie Santos Lessa

# SUMÁRIO

## 05 | Editorial

### Artigos

07 | **[Artigo Retratado]: Uma etnografia do plágio e da má conduta científica em periódicos acadêmicos**  
*Felipe Bruno Martins Fernandes*

24 | **A praxe forense da prova emprestada: da jurisprudência e doutrina brasileira**  
*Lucas Melo Rodrigues de Sousa*

36 | **O testemunho do portador de transtorno afetivo bipolar nos crimes sexuais**  
*Maurício Cerqueira Lima*

45 | **O Direito ao reconhecimento de parentalidade para crianças e adolescentes, à luz das alterações na Lei 8.560/02, que regula as investigações de paternidade**  
*Anna Karina Trennepohl e Milena Moreschi de Almeida*

63 | **A dignidade humana à luz do primado da Igualdade: eficácia, aplicabilidade e reserva do possível**  
*Revardiêre Rodrigues Assunção*

75 | **Na terra da liberdade, qual das liberdades merece maior proteção? Análise da proporcionalidade da medida adotada pelo estado da Califórnia que obriga a informação sobre o aborto**  
*Andrea Scaff de Paula Mota*

### Ensaaios

99 | **Direito e ciência: uma relação complexa sobre o saber científico**  
*Douglas Manoel Antonio de Abreu Pestana dos Santos*

### Resenha

104 | **Resenha do livro *Cotas raciais*, de Livia Sant'Anna Vaz**  
*Tássio Santos Silva e Catharina Maia Caetano*

### Entrevista

109 | **Entrevista com Larissa Dantas Guimarães sobre a Coordenação de Atenção à Saúde e Qualidade de Vida no Trabalho - CSQVT/MPBA**

### Resumos

114 | **“De patrão a vilão”: A análise dos crimes contra a liberdade individual das trabalhadoras domésticas no contexto da pandemia da COVID-19**  
*Osana de Andrade Barreto*

116 | **Ao sabor das circunstâncias: Justiça e poder na capitania da Bahia (1788-1801)**  
*Milena Pinillos Prisco Teixeira*

117 | **Boletim informativo do CEAF**

128 | **CEAF Indica**

## EDITORIAL

O Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF lança a 4ª Edição do Periódico Eletrônico Ciência em Debate – ISSN 2965-2367. Como de costume, para além da ciência, apresentamos o Boletim do CEAF com os serviços que disponibilizamos aos membros e servidores do Ministério Público do Estado da Bahia neste trimestre.

O Ciência em Debate é um periódico científico, em formato online, com periodicidade trimestral. Encontra-se hospedado no sítio eletrônico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado da Bahia, e é de acesso livre. Adota uma configuração mais flexível e diversificada, contemplando além de artigos outros formatos de escrita como ensaios, resenhas, entrevistas e resumos.

Sua editoração é parte de um projeto que visa a construir um caminho sólido para reestruturação da Revista do MPBA em 2024, de modo a contribuir para a construção de uma cultura de difusão interna do conhecimento e boas práticas, mas que atenda aos exigentes critérios de avaliação requisitados pela QUALIS/CAPES, ferramenta do MEC responsável por classificar as produções científicas de alta qualidade, realizadas por instituições de ensino e pesquisa no Brasil.

Mantendo as atuais diretrizes de nossa política editorial, este número encerra o ano de 2023 e consolida o Periódico como um canal institucional de divulgação científica, além de reforçar o papel do MPBA como instância produtora de conhecimento: foram quase cinquenta textos publicados até agora, cerca de trinta escritos por membros, servidores e estagiários do Ministério Público, e vinte por pesquisadores de fora da instituição, sendo três oriundos de outros estados do país.

Ainda destaco a abrangência temática desta edição, na qual se discute assuntos como: produção e divulgação científica, entrelaçando um artigo que reflete a conduta científica de periódicos sobre plágio e um ensaio que discorre acerca da complexa relação entre o método científico e o Direito; a prova no direito processual, encadeando dois artigos: um que debate o uso da prova emprestada e outro que aprofunda uma discussão pontualmente controversa da prova testemunhal; e direitos humanos, articulando três textos: um artigo que atualiza aspectos legislativos do direito ao reconhecimento de parentalidade, outro artigo que reflete

a efetivação de direitos fundamentais diante das limitações orçamentárias, e a resenha de livro sobre cotas raciais. Na seção ‘Resumos’, trazemos dois trabalhos acadêmicos (com link remetendo a sua versão completa): o primeiro investiga a vulnerabilidade de empregadas domésticas no contexto da COVID-19 e o outro explora o terreno da história, justiça e poder. Já na seção ‘Entrevista’ conversamos com a coordenadora de Atenção à Saúde e Qualidade de Vida no Trabalho do MPBA sobre a atuação institucional nas questões que envolvem a saúde mental de membros e servidores.

Encerramos o número com o Boletim Informativo do CEAF, que além de outros serviços, noticia a finalização da primeira etapa do Programa de Fomento à Pesquisa Institucional com subsídio para formação em mestrado, com quatorze membros e trinta servidores declarados aptos para concorrerem em edital da Universidade Federal da Bahia, que oferece vinte vagas em parceria com o MPBA. O segundo marco importante é o lançamento do Caderno de Pesquisas MPBA – ISBN 978-85-98937-06-9, publicação pensada com o objetivo de divulgar e registrar o trabalho desenvolvido pelos Grupos de Estudos e Pesquisa do CEAF/MPBA no biênio 2021/2022. Além disso, divulgamos cursos relevantes promovidos pelo CEAF no trimestre, bem como atualizações sobre o andamento do concurso de membros. Por fim, continuamos investindo na melhoria do serviço de nosso Sistema de Bibliotecas, com o lançamento do Espaço de Convivência, na unidade do CAB.

Boa leitura! Esperamos contar com sua contribuição em nossas próximas edições, ao tempo em que agradeço a todos os autores e autoras que se engajaram até aqui neste projeto.

**Tiago de Almeida Quadros**  
Coordenador do CEAF/MPBA

## ARTIGO RETRATADO

**UMA ETNOGRAFIA DO PLÁGIO E DA MÁ CONDUTA CIENTÍFICA EM PERIÓDICOS ACADÊMICOS<sup>1</sup>****[RETRACTED]: AN ETHNOGRAPHY OF PLAGIARISM AND SCIENTIFIC MISCONDUCT IN ACADEMIC JOURNALS****[ARTÍCULO RETRATADO]: UNA ETNOGRAFÍA DEL PLAGIO Y DE LA MALA CONDUCTA CIENTÍFICA EN PERIÓDICOS ACADÉMICOS***Felipe Bruno Martins Fernandes*

Professor da Universidade Federal da Bahia, coordenador do Grupo de Estudos Feministas em Política e Educação (GIRA), coordenador do Programa de Pós-Graduação Multidisciplinar em Estudos Étnicos e Africanos (POSAFRO) e tutor do Programa de Educação Tutorial (PET) Conexões de Saberes - Comunidades Indígenas. Com mestrado em Educação, defendeu uma dissertação sobre a construção da identidade ativista gay no Brasil. Tem doutorado em Ciências Humanas, com estágio doutoral no Center for Lesbian and Gay Studies (CLAGS) da City University of New York. Seus interesses de pesquisa incluem políticas públicas de gênero e diversidade, associativismo em movimentos sociais, e atualmente está pesquisando a educação escolar indígena na Bahia, com ênfase na presença indígena no ensino superior. Contato: fernandes.felipe@ufba.br

**Resumo**

A ciência é estruturada de modo colaborativo uma vez que o conhecimento científico é produzido em um clima de cooperação e debate entre os integrantes da comunidade científica e as obras já anteriormente criadas em um dado campo, sendo obrigatória a citação. Com base em um caso concreto de judicialização por danos morais e materiais contra o editor de um periódico científico por parte de duas autoras cujo artigo foi retratado por plágio, o presente artigo versa sobre a política editorial em casos de má conduta científica. Tomando a produção e a difusão do conhecimento científico como campo com

<sup>1</sup> Este artigo não seria possível sem a contribuição de muitos pesquisadores que, ao longo de todo o processo, iluminaram aspectos específicos sobre como lidar com questões éticas em periódicos científicos e com críticas à forma como eu construí o argumento central. Um agradecimento especial para Frederico Soares, que gentilmente revisou o manuscrito desse texto, indo além, com excelentes contribuições textuais e também à doutora Florita Telo, à Procuradoria Federal com a UFBA e a Pró-Reitoria de Pesquisa, Criação e Inovação da UFBA, além do Prof. Marcelo Mello que gentilmente me convidou para apresentar versão prévia deste texto para os alunos do Programa de Pós-Graduação em Antropologia da UFBA.

regras e protocolos de ética próprios, conclui-se que a má conduta do pesquisador implica dano à comunidade científica. Assim, o cientista que faz uso do plágio, redundância ou falsificação/fabricação de dados deve considerar as consequências da desonestidade intelectual em sua carreira, não responsabilizando outros por decisões tomadas em solilóquio no momento da escrita científica.

**Palavras-Chave:** retratação; plágio; integridade científica.

## Abstract

Science is structured in a collaborative way once scientific knowledge is produced in a climate of cooperation and debate between the members of the scientific community and the works already created in a given field, being obligatory the citation. From a concrete case of judicialization for moral and material damages against the editor of a scientific journal by two authors whose article was retracted by plagiarism, this article deals with editorial policy in cases of scientific misconduct. Taking the production and the diffusion of knowledge as a field that has its own ethical rules and protocols, it concludes that the researcher's misconduct involves damage to the scientific community. So the scientist who uses plagiarism, redundancy or falsification/fabrication of data should face the consequences of intellectual dishonesty in his career, and not make others responsible for decisions taken in soliloquy at the time of scientific writing.

**Keywords:** retraction; plagiarism; scientific integrity.

## Resumen

La ciencia es estructurada de modo colaborativo una vez que el conocimiento científico es producido en un clima de cooperación y debate entre los integrantes de la comunidad científica y las obras ya anteriormente creadas en un determinado campo, siendo obligatoria la cita. A partir de un caso concreto de judicialización por daños morales y materiales contra el editor de un periódico científico por parte de dos autoras cuyo artículo fue retratado por plagio, el presente artículo versará sobre la política editorial en casos de mala conducta científica. En el presente trabajo se analizan los resultados obtenidos en el análisis de los resultados obtenidos, las consecuencias de la deshonestidad intelectual en su carrera, no responsabilizando a otros por decisiones tomadas en soliloquio en el momento de la escritura científica.

**Palabras-Clave:** retratación; plagio; integridad científica.

*A ciência é patrimônio universal, tem espírito coletivo e sua construção exige integridade e compromisso com a verdade, mas está sujeita a erros como qualquer atividade humana [...] A ciência e a arte são patrimônios da humanidade e frutos da criação humana. A construção tanto de uma como de outra, além de beleza, deve ser plena de verdade. Os editores científicos têm, entre outros papéis, o de guardiães dessa verdade e da inviolabilidade de seus periódicos (Pinto, 2015, p. iii, grifo nosso)*



## 1 Introdução

A Ciência é uma dimensão da vida considerada muito importante por todos e todas. Para nossa sociedade, “a atribuição do termo ‘científico’ a alguma afirmação, linha de raciocínio ou peça de pesquisa é feita de um modo que pretende implicar algum tipo de mérito ou um tipo especial de confiabilidade”. (Chalmers, 1993, p. 17). Segundo Duarte (2006), o conhecimento científico é um dos mais fortes componentes de produção da sociedade no Ocidente, um maquinário altamente racionalizado por meio de seus meios e métodos com o fim de produção de “verdade” sobre o universo, incluindo aqui todas as dimensões da realidade. Nesse sentido, a Ciência é uma forma de compreensão da realidade altamente valorizada em nosso tempo e sociedade.

Tenho assessorado periódicos científicos desde o período doutoral, particularmente nas etapas da dinâmica editorial - da apresentação de artigos à publicação, catalogação em divulgadores e indexação em bases de dados. Meu interesse pela divulgação científica reside principalmente na forma como editores têm solucionado problemáticas em periódicos online de acesso aberto, nos quais não há custos de publicação e acesso para autores e leitores. Em 2015, já docente da Universidade Federal da Bahia (UFBA), executei, em parceria com outros docentes e discentes, o projeto editorial de uma revista da área Interdisciplinar em Sociais & Humanidades, que por razões éticas será apresentada como do campo do Meio Ambiente. O diferencial do periódico residia, basicamente, no estímulo à publicação de conhecimento nos diversos níveis da formação acadêmica, da iniciação científica ao doutorado, incluindo reflexões de pesquisadores consolidados.

A revista, parte do Portal de Periódicos da UFBA, foi avaliada em 2020 como A3 pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) por intermédio do sistema Qualis-Periódicos. Para esse sistema, o A3 compreende 65% dos periódicos que publicam 18 artigos ou mais por ano, além de apresentar editor responsável, conselho editorial, linha editorial em português e inglês, dentre outros atributos (CAPES, 2017). Alcançar tal estrato foi considerado pela equipe uma vitória, dado o periódico ser um projeto editorial novo para a difusão do conhecimento interdisciplinar na região nordeste do país. Para a CAPES,

O Qualis-Periódicos é um sistema usado para classificar a produção científica dos programas de pós-graduação no que se refere aos artigos publicados em periódicos científicos. Tal processo foi concebido para atender as necessidades específicas do sistema de avaliação e é baseado nas informações fornecidas por meio do aplicativo Coleta de Dados. Como resultado, disponibiliza uma lista com a classificação dos veículos utilizados pelos programas de pós-graduação para a divulgação da sua produção (CAPES, 2017).

Após a publicação do terceiro número da revista em ano subsequente a primeira avaliação Qualis do periódico, recebi, via e-mail, a reclamação de uma pesquisadora pela publicação de um artigo que feria seus direitos autorais. Resumidamente, alegava que publicou em coautoria um capítulo de livro e que, em nossa revista foi publicado outro artigo, também em coautoria, contendo partes literais retiradas do capítulo, sem fazer a devida citação ou referência. Acontece que uma das coautoras é compartilhada em ambas as obras e a pesquisadora, no e-mail, alegou plágio e autoplágio, enviando ambos os textos com algumas partes destacadas, de teor idêntico.

Como editor-chefe da revista indiquei, via manifesto de preocupação, que o artigo estava sob análise pela equipe editorial que, posteriormente procedeu à retratação do artigo. As coautoras decidiram por judicializar a situação, processando o editor-chefe e a UFBA por danos morais e materiais, visando à ocultação do artigo retratado da revista, sob a alegação de suposta improbidade administrativa e desproporcionalidade dos atos. Em uma decisão liminar, isto é, preliminar ao julgamento do processo, a juíza acatou o pedido das coautoras do artigo e ordenou que o artigo retratado fosse retirado do ar, contrariando todas as regras do sistema de publicação da ciência.

Nesse texto, de caráter pedagógico, parto deste caso particular, ocorrido no periódico mencionado, para refletir sobre a importância dos protocolos de ética científicos, que são constitutivos da prática editorial científica, assentada nos costumes partilhados nacional e internacionalmente. Pretendo demonstrar, com isso, que o suposto direito individual de não exposição de autores que cometeram más condutas acadêmicas não pode superar os direitos da comunidade científica a um conhecimento íntegro e inovador, em respeito à finalidade pública da ciência – base dos protocolos éticos adotados em todo o mundo.

## 2 Integridade científica e correção da literatura

No caso ocorrido na revista, ambas as coautoras do artigo publicado fizeram o uso do plágio, ou seja, de cópia literal de partes de um texto cuja propriedade intelectual não pertencia integralmente a elas em um novo texto, publicado como se fosse fruto do trabalho criativo integral destas, com violação da autoria de uma terceira parte. Essa é uma má conduta científica e, em resposta a isto, editores científicos de todo o mundo seguem protocolos de ética em publicações em defesa da integridade científica. O princípio de integridade científica e protocolos de ética são compartilhados por periódicos de todo o país, que apresentam em suas páginas iniciais na internet ou na página de informações sobre a revista a adesão a tais princípios.

A dinâmica editorial de difusão do conhecimento científico possui regras próprias definidas pela comunidade científica, que criou protocolos de ética amplamente conhecidos e aceitos nacional e internacionalmente. O campo acadêmico se subscreeve a tais regras como forma de garantia da difusão de um conhecimento de qualidade e relevante socialmente, considerando, portanto, a integridade científica como o principal valor a ser compartilhado pelos integrantes da comunidade. É função de toda a comunidade científica a correção da literatura quando esta apresenta más-práticas científicas, a exemplo do *plágio*, da *redundância* e da *falsificação/fabricação de dados*. No que tange à difusão do conhecimento científico, a correção é fundamentalmente necessária em um momento em que há maior difusão proporcionada pela cultura virtual, com centenas de milhares de periódicos online de acesso gratuito em todo o mundo, consolidando o fato de que, “a revisão de um trabalho científico não termina em sua publicação” (Lins, 2014).

O valor de integridade científica define uma dimensão da Ciência baseada na impossibilidade de dissociação entre o desenvolvimento científico e os aspectos éticos da produção do conhecimento (Goldim, 2013). Desta forma, a comunidade científica internacional definiu alguns valores considerados fundamentais na produção e difusão dos resultados de pesquisas: *honestidade*, *confiança*, *justiça*, *respeito* e *responsabilidade* (id.). A integridade é um valor de tal importância para a comunidade científica que o Conselho Nacional de

Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), principal órgão público de incentivo ao desenvolvimento da ciência no Brasil, criou uma Comissão de Integridade na Atividade Científica. Essa comissão publicou as *Diretrizes Básicas para a Integridade na Atividade Científica* (CNPq, 2017), dentre as quais são relevantes para a presente reflexão (grifo nosso):

1. O autor deve sempre dar crédito a todas as fontes que fundamentam diretamente seu trabalho.
5. Quando se submete um manuscrito para publicação contendo informações, conclusões ou dados que já foram disseminados de forma significativa [...], o autor deve indicar claramente aos editores e leitores a existência da divulgação prévia da informação.
8. O autor deve assegurar-se da correção de cada citação e que cada citação na bibliografia corresponda a uma citação no texto do manuscrito. O autor deve dar crédito também aos autores que primeiro relataram a observação ou ideia que está sendo apresentada.
19. Todos os autores de um trabalho são responsáveis pela veracidade e idoneidade do trabalho, cabendo ao primeiro autor e ao autor correspondente responsabilidade integral, e aos demais autores responsabilidade pelas suas contribuições individuais.

Nesse sentido, conforme apontam as principais agências de fomento à pesquisa no país, a má conduta científica é um problema global. Segundo a *Agência FAPESP* (Alisson, 2014), por exemplo, “é preciso que universidades, instituições de pesquisa e agências de fomento em todo o mundo realizem ações coordenadas para lidar com essas questões, a fim de não colocar em risco a integridade da ciência como um todo”. Dentre essas ações coordenadas estão os protocolos de ética seguidos em casos de má conduta científica.

É importante ressaltar que “os danos da má conduta científica atingem também indivíduos participantes de pesquisas, sociedade, pesquisadores, instituições de pesquisas e agências de fomento para pesquisa” (Lins, 2014). Sendo assim, replicar trechos literais de um texto publicado em novo texto tem impacto negativo na Ciência e sociedade como um todo, mesmo quando na superfície apenas vemos a violação da propriedade intelectual de indivíduos. Desta forma, a *retratação* ou, para ser mais claro, a *despublicação* de artigos já publicados, é estruturante do sistema global de ciência e tecnologia contemporâneo, e a desonestidade científica deve ser considerada “não apenas no âmbito de sua microesfera, mas sobre toda a coletividade” (Lins, 2014).

### 3 A citação na Ciência

A ciência é estruturada de modo colaborativo, ou seja, as produções são feitas em um clima de cooperação e debate entre os integrantes da comunidade científica e as obras já anteriormente criadas no campo científico correspondente. O cientista pode, portanto, utilizar teorias e ideias já emitidas por ele e por outros e, para tal, há normas a serem seguidas, sendo obrigatória a citação. No Brasil, quem estabelece as normas de citação é a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), amplamente conhecida por todos os cientistas. Conhecer tais regras, bem como outras formalidades próprias ao campo acadêmico, faz parte da formação basilar de pesquisadores, desde a iniciação científica, durante a graduação, até o amadurecimento como cientista, com o doutoramento. Das normas que aqui são relevantes, cabe mencionar a citação, que se refere à menção a uma informação ou ideia retirada de

outras obras. A citação serve para dar suporte ao conteúdo apresentado e a normativa que rege as citações é a NBR 10520 (ABNT).

As citações podem ser divididas em três tipos: *direta* ou textual; *indireta* ou livre e *citação de citação* (Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2017, s.p. *et seq.*). A citação *direta* ocorre quando são usadas as palavras do autor da obra citada, transcritas exatamente, sem alterações. Para tal, subdivide-se a citação direta em *curta*, quando com menos de três linhas e *longa*, quando com mais de três linhas. A citação curta deve apresentar o trecho literal entre aspas e apresentar a referência completa, com a paginação original. A citação longa, por sua vez, deve apresentar recuo, estar em letra menor que o texto e também apresentar a referência completa com paginação. Já a citação *indireta*, ou paráfrase, acontece quando expressamos a ideia ou pensamento de outros com as nossas próprias palavras, devendo apresentar a referência completa.

Há ainda a *citação de citação*, ou *apud*, feita quando um autor utiliza uma obra sem de fato acessá-la, ou seja, usa-se uma citação que proveio de um texto comentador e não do original – prática possível, mas não recomendada pelos manuais científicos, uma vez que o acesso às obras acadêmicas atualmente é mais livre. Em vídeo protagonizado por Débora Diniz (Quinquilharia, 2017), a antropóloga afirma que, “toda vez que colocamos uma referência em nosso texto temos que ser capazes de sustentar que o autor disse aquilo”, ou seja, o *apud* não é uma ferramenta indicada, devendo ser privilegiadas a citação direta e indireta. Ao publicarem um artigo na *Revista*, as coautoras não se valeram de nenhum dos três tipos de citação apresentados. A cópia literal de trechos de capítulo de livro já publicado permaneceu, mesmo na proposta de correção do texto enviada durante o período de *Manifesto de Preocupação* (QUADRO 1).

**Quadro 1** - Comparação entre o Capítulo Original, o Artigo Publicado e a Correção Proposta <sup>2</sup> (continua)

Capítulo Original	Artigo Publicado na Revista	Correção Proposta pelas Coautoras
Dessa forma, podemos perceber que o caráter opressivo até então ligado ao antropocentrismo passa a se apresentar sob a ótica cultural. Ou seja, somos culturalmente formados a aprender que a natureza é uma mera fonte de recursos a serem explorados. E, sendo um conceito aprendido e não intrínseco, pode ser transformado (adaptado) (p. 89)	Dessa forma, podemos perceber que o caráter opressivo, até então ligado ao antropocentrismo, passou a se apresentar sob a ótica cultural; ou seja, somos culturalmente formados a aprender que a natureza é uma mera fonte de recursos a serem explorados. E, sendo um conceito aprendido e não intrínseco, pode ser transformado (adaptado) (p. 13)	Dessa forma, podemos perceber que o caráter opressivo, até então ligado ao antropocentrismo, passou a se apresentar sob a ótica cultural; ou seja, somos culturalmente formados a aprender que a natureza é uma mera fonte de recursos a serem explorados. E, sendo um conceito aprendido e não intrínseco, pode ser transformado (adaptado) (p. 2)
Segundo Rachel Carson, a preservação ambiental demanda uma mudança de paradigma em nossa relação com a natureza, devemos reconhecer a interconexão e interdependência de todos os seres vivos. Isso implica em uma educação que promova a consciência ecológica e ações autônomas na proteção do meio ambiente (p. 89)	Para Rachel Carson, a preservação ambiental exige uma mudança de paradigma em nossa relação com a natureza, na qual devemos reconhecer a interconexão e interdependência de todos os seres vivos. Essa mudança requer uma educação que promova a consciência ecológica e ações autônomas na proteção do meio ambiente (p. 13)	“Para Rachel Carson, a preservação ambiental demanda uma mudança de paradigma em relação à nossa relação com a natureza, devemos reconhecer a interconexão e interdependência de todos os seres vivos. Para que essa mudança ocorra, é necessária uma educação que promova a consciência ecológica e ações autônomas na proteção do meio ambiente” (Coautora1; Coautora2, 2016, p. 89). (p. 3)

<sup>2</sup> Os trechos apresentados são elaborados pelo autor para ilustração do argumento, sem relação qualquer com a realidade.

**Quadro 1** - Comparação entre o Capítulo Original, o Artigo Publicado e a Correção Proposta <sup>2</sup> (conclusão)

Capítulo Original	Artigo Publicado na Revista	Correção Proposta pelas Coautoras
A grande contribuição ambiental da autora talvez tenha sido a de que “o homem não é o dono da natureza”. Isso implicou um (re)olhar para a relação do ser humano com o meio ambiente. Contribuiu para que as pessoas pensassem que se agiam de determinada forma em relação ao meio ambiente, era porque foram educadas para agir e ser assim. Dessa maneira, a autora colocou em cena a discussão de que os indivíduos poderiam ser educados de outra maneira. As pessoas poderiam escolher agir de forma sustentável, já que para ela não há uma única forma correta de interagir com a natureza (p. 86-87)	Rachel Carson (2009) pode ter contribuído de forma significativa ao afirmar que “o homem não é o dono da natureza”. Essa afirmação levou a uma reflexão sobre a relação entre ser humano e meio ambiente. Incentivou as pessoas a pensar que se agiam de certa forma em relação ao meio ambiente, era porque foram ensinadas a fazer isso. Isso levou a autora a colocar em discussão a ideia de que os indivíduos poderiam ser educados de outra forma. As pessoas poderiam escolher agir de maneira mais sustentável, já que não existe uma única forma correta de interagir com a natureza (p. 12).	Talvez a maior contribuição ambiental de Rachel Carson (2009) seja a ideia de que “o homem não é o dono da natureza”. Isso mudou a maneira como as pessoas veem a relação entre o ser humano e o meio ambiente. Foi um estímulo para que as pessoas percebessem que agiam de determinada forma em relação ao meio ambiente porque foram ensinadas assim. Isso levou a autora a questionar a educação e a afirmar que os indivíduos poderiam ser educados de maneira diferente. As pessoas poderiam escolher agir de forma mais sustentável, já que não existe uma única forma correta de interagir com a natureza (p. 1).
[...] a crise ambiental dos dias atuais tem abalado a legitimidade de certas formas de poder e autoridade, criando movimentos que iniciaram a tarefa de repensar a maneira como vivemos e agimos no mundo, possibilitando o acesso a uma nova linguagem para refletir sobre o meio ambiente e tomar ações (p. 87).	[...] a crise ambiental dos dias atuais tem abalado a legitimidade de certas formas de poder e autoridade, criando movimentos que iniciaram a tarefa de repensar a maneira como vivemos e agimos no mundo, possibilitando o acesso a uma nova linguagem para refletir sobre o meio ambiente e tomar ações (p. 12).	[...] a crise ambiental dos dias atuais tem abalado a legitimidade de certas formas de poder e autoridade, criando movimentos que iniciaram a tarefa de repensar a maneira como vivemos e agimos no mundo, possibilitando o acesso a uma nova linguagem para refletir sobre o meio ambiente e tomar ações. (p. 2).

Fonte: elaborado pelo autor (2023).

Dentre um total de dezessete parágrafos plagiados, trago quatro como exemplos para ilustração do argumento de que essa prática consiste em má conduta científica. Na primeira linha, encontramos um parágrafo cuja cópia foi literal, ou seja, foram usadas exatamente as mesmas palavras sem a devida referência. Na segunda linha, vemos um parágrafo em que, na correção, as coautoras incluíram aspas com fonte completa e paginação, mas não respeitaram a regra de recuo para citações diretas de mais de três linhas – o que permite ao leitor pensar que as autoras se valeram da paráfrase, e não da cópia literal. Na terceira linha vemos um parágrafo com pequenas modificações, o que não altera o plágio e, por fim, na quarta linha vemos uma citação direta retirada do capítulo original e republicada no artigo e correção, sem o devido uso das normas de citação de citação. Em outras palavras, a simples cópia literal de trechos de texto publicado em novo texto sem o respeito às normas científicas, como se original fosse, consiste em plágio e caso o intuito fosse o diálogo teórico com o capítulo publicado, o meio correto a ser utilizado seria a citação direta, paráfrase ou *apud*. Segundo Diniz e Muñoz (2011, p. 17-18):

Há uma regra de estilo na comunicação científica que traça a fronteira entre o plágio e a cópia autorizada: a citação direta. A citação direta é um recurso de abandono momentâneo de autoria, um pedido de licença textual para substituição da voz – as aspas indicam que outra voz assume a autoridade do texto, mesmo que por poucas linhas [...] Há implicações éticas e estéticas no uso da citação direta. Quando se trata de citação por admiração e reconhecimento de influência, o escritor cita por reverenciar suas fontes, por conceder-lhes uma autoridade e anterioridade criativa. É um sinal de honestidade intelectual, pois o escritor permite que seus leitores admirem diretamente as ideias e as palavras do autor, não se limitando à interpretação feita pelo copista. Seja na citação por admiração ou na por contraposição, a regra ética é a da reprodução literal do

original: não se alteram palavras nem sinais de pontuação, e deve-se sempre respeitar o contexto argumentativo do autor original. Por isso, a entrada em cena de outra voz não é feita sem um extenso aparato normativo: espaçamento do texto, recuo em relação às margens, tamanho diferenciado das fontes, aspas e indicação da obra citada e da página entre parênteses são alguns dos sinais que mostram ao leitor que houve mudança de voz autoral. Essas prescrições estéticas alteram o fluxo da escrita e, conseqüentemente, da leitura, mas indicam que o autor não é um plagiador. Ele pede licença, cumpre as regras do estilo acadêmico, para somente depois copiar a criação de outros autores. Se a citação direta deve ser um evento narrativo raro em um texto acadêmico, a paráfrase, ou citação indireta, é o principal recurso de estilo para o que se conhece como “revisão da literatura”, “fundamentação teórica”, “estado da arte” ou “revisão bibliográfica”. Em especial para os jovens escritores, de quem se espera a apropriação honesta de autores que os influenciam, a paráfrase é a verdadeira iniciação à redação acadêmica: deve-se ser capaz de inspirar-se nas ideias de autores fortes, exercitando a síntese e a fidelidade narrativa. A paráfrase resume ideias e argumentos que são importantes, mas não possuem a singularidade necessária para uma citação direta. Parafrasear é submeter a voz de outros autores à voz de quem escreve. A paráfrase agrega criação à repetição. Assim como na citação direta, há regras éticas e estéticas para a paráfrase: ela é sempre seguida de indicação da autoria do texto, que remete ao tempo e ao espaço onde ele foi publicado. O leitor insatisfeito com a paráfrase pode perseguir as fontes originais e checar a lealdade do parafraseador a elas.

Vê-se, com isso, que há de ser prudente com as demandas de produtivismo na atualidade, não fazendo uso de más-condutas científicas durante a escrita. O intuito das coautoras foi de forjar um artigo científico, realizando um pastiche com trechos do capítulo copiado e não de produzir conhecimento relevante, uma vez que não foi copiado trecho nem por admiração ou contraposição às ideias de um determinado autor, ou delas mesmas.

#### **4 A difusão do conhecimento científico e a editoração de periódicos online**

Ainda pouco conhecida, a dinâmica de difusão do conhecimento científico começa agora a exigir maior atenção da comunidade científica e da sociedade como um todo. Segundo Oliveira Filho *et al.* (2005, p. 36),

O trabalho científico atinge sua finalidade maior através de sua publicação. A apresentação de trabalhos em congressos, simpósios ou em outros encontros científicos é importante, mas deve ser entendida como uma etapa anterior à sua publicação.

Nesse sentido, a difusão do conhecimento mediante artigos científicos em periódicos reconhecidos pelo sistema nacional de ciência e tecnologia é a mais valorizada forma de retorno social da ciência, ou seja, maneira pela qual o cientista consolida a sua função social.

A *Revista*, assim como todas as revistas científicas do Portal de Periódicos da UFBA, utilizam um software online intitulado OJS - *Open Journal Systems*, traduzido no Brasil como SEER - *Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas*, amplamente difundido nas universidades públicas e privadas brasileiras e o principal aplicativo para editoração de periódicos online no Brasil e em várias partes do globo.

O sistema OJS divide a dinâmica editorial em quatro etapas: 1) Apresentação; 2) Revisão; 3) Edição; e 4) Publicação e Arquivo. A etapa de apresentação compreende o

envio dos trabalhos para publicação em respeito às regras do periódico escolhido, incluindo a licença de direito autoral e a adesão aos princípios do *Committee on Publication Ethics* (COPE), a revisão dos dados apresentados por parte do editor-chefe e a escolha de um editor de seção para encaminhamento das outras etapas editoriais necessárias para a avaliação do artigo. Na etapa de revisão é feita a seleção de um ou mais avaliadores, o envio do manuscrito sem autoria para avaliação às cegas e todo o suporte relacionado à decisão editorial tomada, se o artigo for *aprovado*, *rejeitado* ou *aprovado com alterações*. A etapa de edição compreende as subetapas de *edição de texto inicial*; *edição de texto do autor*; *edição de texto final e revisão de layout*. Por fim, na etapa de publicação e arquivo, é selecionado o número em que o artigo aprovado será publicado e a disponibilização online do texto final. Assim, como aponta documento que apresenta a dinâmica editorial da Universidad Nacional de la Plata (Villarreal, 2008), o processo de publicação de um artigo científico envolve um vaivém entre equipe editorial e autores que, num processo longo, ajustam o artigo até o momento de publicação, o que faz que todo o processo editorial varie entre seis meses a dois anos, dependendo do periódico.

Após o artigo ser aceito para publicação, é iniciada a etapa de edição. Uma versão editada pela equipe do periódico é enviada para os autores que, nesse momento, recebem por e-mail o texto e ainda podem realizar mudanças substanciais conforme orientações enviadas. Além disso, outras duas etapas de edição permitem aos autores correções, a etapa de edição de texto final e de revisão de layout, previstas exclusivamente no sistema da revista.

Após aprovar a edição do texto, há ainda a etapa de revisão do layout, na qual o autor é consultado a checar a versão final em formato PDF do texto, ainda sem paginação final. Também nessa fase é possível realizar correções. Uma vez aprovado o layout, o texto é agendado em um número para publicação e, quando todos os textos daquele número estiverem editados, o número é publicado e disponibilizado amplamente na internet, seguindo o sumário para os respectivos indexadores e divulgadores da revista, possibilitando mesmo a transferência dos PDFs nos computadores pessoais dos leitores, o que leva a quaisquer conteúdos que sejam publicados, ao serem alterados pós-publicação, necessitem de *Notas Editoriais* em formato de *Retratação*, *Corrigendum* ou *Errata*, nos mesmos moldes adotados por publicações com tiragem impressa.

## 5 Da má conduta na prática científica

Passamos agora a algumas definições dos tipos de má conduta científica. Segundo o Editorial da *Revista Brasileira de Fisioterapia* (Coury, 2012, p. V),

Problemas éticos na condução e no relato de pesquisas, sobretudo relacionados ao plágio, têm trazido progressiva apreensão aos editores de periódicos científicos. Esses problemas, usualmente denominados desvios de conduta acadêmica, afetam diretamente a credibilidade das descobertas científicas, trazem consequências sociais e econômicas nocivas, deixam de contribuir com o avanço do conhecimento e ainda atrasam o trabalho de demais pesquisadores, que precisam destinar tempo para confirmar resultados já publicados.

Segundo Cury (2012, p. V), a má conduta científica,

É a intenção de levar outras pessoas a pensarem que algo é verdadeiro quando não é. Assim sendo, envolve não apenas um ato ou uma omissão, mas também uma intenção deliberada do pesquisador, autor, editor ou editora. Refere-se usualmente à fabricação, falsificação, plágio ou a outras práticas que se desviam seriamente daquelas que são aceitas pela comunidade científica como íntegras para a proposição, condução e relato de pesquisa.

Desta forma, a má conduta científica é, de antemão, *intencional*, pois fere as regras e costumes constitutivos da comunidade de profissionais cientistas, socializados em meio a estas durante sua formação e estabelecimento no campo acadêmico. As principais formas de má conduta científica são o *plágio/autoplágio*, a *falsificação/fabricação de dados* e a *redundância*.

Para Kater (1999), a *redundância* é o conhecimento em forma de texto que “se sobrepõe substancialmente a outro previamente publicado”, ou seja, cabe aos autores “informar claramente ao editor a respeito de todas as submissões e publicações prévias que possam ser consideradas como publicações redundantes ou duplicadas de um mesmo trabalho ou de trabalho muito similar” (id. *ibid.*). Como aponta o autor,

Na tentativa ou ocorrência de uma publicação redundante ou duplicada sem esta notificação prévia, os autores deverão esperar que alguma ação seja tomada pelos editores. No mínimo deve-se esperar a rejeição imediata do manuscrito ora submetido. Se o editor não estava consciente desta violação, e o artigo já tiver sido publicado, então uma nota de publicação redundante ou duplicada possivelmente deverá ser publicada com ou sem a explicação ou aprovação do autor.

Para Cury (2012, p. V), a *fabricação de dados* é o relato de um conjunto de dados que não existe, obtidos de forma forjada, de modo que são descritos experimentos nunca realizados. Já a *falsificação de dados* é a “manipulação de materiais de pesquisa, equipamentos, processos ou a alteração ou omissão de resultados, de forma a não representar a pesquisa com precisão”.

No que tange ao *plágio*, segundo Moraes (2004), essa é uma prática presente no cotidiano universitário e se configura hoje como o ilícito mais grave contra a propriedade intelectual. Para o autor, o plágio é quase sempre de parte da obra alheia e nunca de sua íntegra, sendo a ação do plagiador motivada por má-fé, uma vez que tenta ludibriar a sociedade e o plagiado quando há cópia literal e não mera semelhança entre duas obras.

Para Diniz e Muñoz (2011, p. 14), “o plágio é uma apropriação indevida de criação literária, que viola o direito de reconhecimento do autor e a expectativa de ineditismo do leitor. Como regra, o plágio é uma infração ética que desrespeita a norma de atribuição de autoria na comunicação científica”. Segundo a CAPES (2011), cabe às instituições de educação de nível superior combater o plágio, apontando que “além [de se constituir como] prática ilegal de apropriar-se da obra de terceiros sem autorização e sem a referência devida, o procedimento nefasto infecciona a pesquisa, produzindo danos irreparáveis”, o que exige do editor todas as medidas cabíveis, sendo o plágio “uma questão ética, antes do que jurídica” (Pithan; Vidal, 2013, p. 78).

Por fim, dentre as supramencionadas má-condutas científicas, encontra-se o *autoplágio*, definido por Spinak (2013) como “usar a própria pesquisa anterior e apresentá-



la para publicação como algo novo e original”. Como apontou a Associação Brasileira de Editores Científicos (ABEC) em suas *Recomendações Práticas para Jovens Pesquisadores* (Ferraz; Navas, 2016, p. 21),

Lembre-se que o artigo científico é um produto da sua pesquisa. Jamais copie trechos (de conteúdo e de formato) do seu TCC, monografia, dissertação ou tese para enviar no artigo. Cada tipo de trabalho tem objetivos, funções e públicos (leitores) diferentes. Eles devem ser adaptados para cada situação. Os agradecimentos, por exemplo, são diferentes em artigos e trabalhos acadêmicos. Além disso, copiar trechos, sejam de sua autoria ou de outros autores, sem citar o autor original configura plágio, o que é altamente condenável. Quem comete plágio, intencionalmente ou não, pode ser punido, perder título, ser descredenciado de instituições científicas etc.

Assim, a má conduta científica deve ser coibida e cientistas devem ser conscientizados de todas as formas de desonestidade intelectual. Além disso, o cientista deve considerar as consequências da desonestidade científica em sua carreira, não responsabilizando outros por decisões tomadas em solilóquio, no momento da escrita científica.

Sobre esse ponto, segundo Diniz e Terra (2014, p. 14), “o plágio [deve] sai[r] do esconderijo da vergonha e assum[ir] a cena”, ou seja, é na publicidade da má conduta dentro a comunidade científica que reside as formas de combatê-la. Assim, as autoras defendem que a regulação do plágio seja matéria da comunidade científica e não da justiça criminal. Apontam as autoras:

Embora o artigo retratado continue disponível nas bases de dados bibliográficas, a marca d’água impressa em fontes garrafais sobre cada página é um lembrete permanente ao leitor, semelhante aos alertas dos maços de cigarro – “este texto faz mal à saúde”. Uma retratação pode declarar um descuido não intencional ou um grave caso de má-conduta em pesquisa, mas é sempre um incômodo para o editor e o autor. Por isso, é feita após uma ponderada análise do caso e vem acompanhada de uma nota ou editorial que relata o ocorrido e reitera normas éticas na pesquisa e na publicação (Diniz; Terra, 2014, p. 117).

Nesse sentido, a ocultação do plágio, conforme decisão judicial que exigiu a retirada do artigo retratado da página online do periódico, conforme solicitado pelas autoras, fez com que o silêncio se tornasse favorável à moral do plágio acadêmico, uma vez que o ocultamento beneficiou as coautoras do artigo ao possibilitar que escapassem das consequências éticas dos seus atos. Por isso que consideramos, em sintonia com Diniz e Terra (2014), que “a vergonha” de um acadêmico já consolidado deve permitir o seu retorno à atividade acadêmica. É por essa razão que a comunidade científica assume a retratação a um artigo com presença de má conduta científica como forma de correção da literatura, que acaba por ter como resultado paralelo a demonstração de que a má conduta gera danos coletivos.

## **6 Dos protocolos de ética para a retratação científica**

A desonestidade acadêmica não é recente e é danosa à forma como vemos, enquanto sociedade, a Ciência, uma vez que essa dimensão da vida é vista como lócus da verdade e da razão. Com a ampliação da produção do conhecimento científico no Brasil, particularmente

com o crescente número de programas de pós-graduação e a expansão do sistema de ensino superior, uma das dimensões pouco conhecidas por leigos, mas presente no cotidiano de cientistas, é a correção da literatura científica. Essa tarefa não é apenas de *Editores* e *Pareceristas*, mas também de *Autores* e *Leitores* e, por isso, o “crivo da comunidade científica especialista em determinada área [...] é mais eficaz na identificação de erros ou de má conduta científica do que os revisores vinculados a um dado periódico. Como consequência, muitos artigos são retratados somente n[o] período pós-publicação” (Lins, 2014). Segundo importante editorial da Revista *Nature Neuroscience*, braço da Revista *Scientific American*, periódico científico de alto impacto no mundo, “a retratação formal é a maneira apropriada de informar [os leitores] que um estudo publicado não é confiável” (Budd; Sievert; Schultz, 1998). Desta forma, no sistema científico global e local, a *Retratação* é a única ferramenta de correção de literatura quando não é viável uma *Errata* ou *Corrigendum*.

A reflexão sobre a retratação científica e a correção da literatura não é novidade no Brasil e está presente, para além dos veículos próprios da comunidade científica, na mídia de massas, em revistas e jornais de notícias. Segundo Daniele Fanelli, pesquisadora da Universidade de Edimburgo e especialista no estudo da forma como cientistas fabricam e falsificam dados, em entrevista à revista brasileira *Ciência Hoje*, a retratação científica é positiva para o bom andamento da Ciência (Almeida, 2013). Segundo ela, há um número crescente de periódicos que despublicam artigos e isso é reflexo de uma maior consciência e responsabilidade por parte dos cientistas em relação à má conduta. Ao noticiar a retratação de dois artigos científicos de uma equipe japonesa pela Revista *Nature*, o Portal G1 (2014) apontou que a retratação “forçou a equipe editorial da revista a rever seus métodos de revisão de artigos que serão publicados”. Já no jornal *Folha de São Paulo*, a retratação científica ganhou notoriedade em matéria intitulada *Cresce número de artigos científicos ‘despublicados’ por fraude ou erro* em que afirmam que “o efeito colateral [da ampla publicação e fácil acesso a artigos científicos] é uma explosão no número de estudos fraudados, plagiados ou simplesmente muito ruins” (Lopes, 2013). Desta forma, o mecanismo de retratação de artigos é de conhecimento amplo da comunidade científica e ferramenta fundamental de correção da literatura.

Em sintonia com o sistema de ciência e tecnologia brasileiro, a *Revista* segue as orientações do COPE, mesmo sem uma filiação formal pois esse já não é capaz de processar as centenas de pedidos de filiação que recebem mensalmente. Segundo o Portal de Periódicos da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar),

O [...] COPE foi criado em 1997 por um pequeno grupo de editores de periódicos do Reino Unido. Atualmente conta com mais de 10.000 membros. Trata-se de uma entidade sem fins lucrativos com editores de todo o mundo e de todos os campos acadêmicos. O objetivo do COPE é apresentar diretrizes sobre ética em publicação científica aos editores de periódicos (Angelon; Colepicolo, 2017).

Nesse sentido, em caso de situações envolvendo ética na *Revista*, buscaram-se soluções nas orientações do COPE. Isso foi feito durante todas as decisões e mediações relacionadas ao caso apresentado. Urge notar que ao submeter um artigo a um dado periódico, o autor concorda com as regras de submissão, dentre as quais se encontram, muitas vezes expressamente, as diretrizes éticas em caso de má-conduta científica. Um autor que fez uso de plágio/autoplágio,

redundância e/ou falsificação/fabricação de dados não pode, após a submissão, alegar desconhecimento ou simples “lapso”. Por isso, é importante que, antes da submissão de um artigo a um dado periódico, seja feito estudo minucioso de todas as dimensões implicadas na submissão. As decisões editoriais tomadas durante o processo de edição e publicação do artigo das coautoras não só permitiram que essas corrigissem o artigo antes da publicação final, como também lhes garantiu tempo suficiente para diagnosticarem eventuais “transtornos” causados por “esquecimento”, como alegaram no documento judicial que produziram.

A retratação é, segundo o COPE (2009), “um mecanismo de correção da literatura e de alerta aos leitores de publicações que contenham dados falhos ou errôneos e nos quais não se pode confiar”, não importando se os dados não confiáveis provêm de um erro honesto ou de má conduta científica. Segundo o COPE, as retratações também são usadas para alertar leitores de casos de publicação redundante, plágio, falsificação/fabricação de dados e conflito de interesse. Assim, para o COPE, “o objetivo principal da retratação é corrigir a literatura e garantir sua integridade, e não de punir os autores que se comportam mal” (id.).

Segundo o COPE, a retratação pode ser feita pelos autores ou pelo editor. Uma vez que a dúvida é instaurada sobre quaisquer elementos da literatura científica publicada e uma investigação é instaurada para que seja tomado juízo sobre a matéria; durante esse período é publicado um *Manifesto de Preocupação*. Esse manifesto, assim como a retratação, não visa à punição dos autores mas, em vez disso, alertar os leitores sobre a dúvida instaurada. Toda decisão editorial tomada em caso de retratação tem a finalidade de garantir a qualidade do conhecimento científico difundido para a comunidade e foi para isso que a comunidade científica definiu princípios éticos de correção da literatura com o uso de mecanismos como o *Manifesto de Preocupação* e a *Retratação*. Como aponta o COPE: “os Manifestos de Preocupação, como as Notas de Retratação, devem ser visivelmente ligadas à publicação original e atestar claramente as razões da preocupação”. Além disso, o COPE aponta que se evidências mais conclusivas aparecerem, o *Manifesto de Preocupação* deve ser trocado por uma *Nota de Retratação*.

Há outras duas modalidades de correção da literatura científica previstas nos protocolos amplamente aceitos no Brasil e no mundo: o *Corrigendum* e a *Errata*. A diferença entre ambos é que o *Corrigendum* é uma nota editorial publicada quando o erro provém dos autores e a *Errata* quando o erro provém dos editores. A forma de publicação da Retratação, Corrigendum e Errata também são definidas nas orientações do COPE, mas também é comumente usado o documento sobre a matéria do Portal de Periódicos SciELO – Scientific Electronic Library Online. Cabe lembrar que, durante o período de *Manifesto de Preocupação* relacionado ao caso tratado nesse texto, foi proposta pelo editor-chefe a publicação de um *Corrigendum*, e as coautoras primeiramente declinaram da possibilidade de correção sob o argumento de que o artigo havia sido aprovado sem necessidade de alterações. No entanto, o artigo fora aprovado sem alterações, pois a equipe editorial da revista ignorava a existência de plágio no texto, o que foi identificado pela coautora plagiada após a publicação, ao concluir que teve seus direitos autorais violados.

Esse protocolo apresentado é amplamente difundido e aceito pela comunidade científica brasileira e representa a conduta esperada pela comunidade científica em casos

de plágio. Uma simples busca pela categoria “artigo retratado” na principal ferramenta de pesquisa na internet resulta em centenas de resultados, o que demonstra que a decisão editorial da revista pela retratação é um protocolo ético aceito nacionalmente. Uma vez que a decisão editorial é tomada pela retratação do artigo há também orientações e protocolos a seguir, por exemplo, o *Guia para o registro e publicação de retratação* publicado pelo SciELO Brasil, protocolo em sintonia e criado baseado no COPE.

O SciELO-Brasil é um projeto que tem como objetivo “tornar mais visível a literatura científica brasileira e, ao mesmo tempo, criar uma base de dados que possa ser utilizada para a obtenção de informações úteis [...] que permita, entre outras coisas, o estabelecimento de estratégias e de políticas de gestão científica” (Meneghini, 1998, p. 220). Dentre as funções do SciELO, encontram-se a indexação, agregação, publicação e interoperabilidade de coleções em acesso aberto de periódicos científicos avaliados pelos pares, publicados por instituições nacionais dos países ibero-americanos e da África do Sul (Packer, 2014). O SciELO-Brasil congrega hoje os periódicos de maior impacto nacional e internacional do Brasil, sendo fonte de inspiração para editores científicos em todo o país.

No que tange à política de retratação, o SciELO-Brasil apresenta esta como “um instrumento público para registrar problemas em artigo publicado (Retratação Parcial) ou comunicar o seu cancelamento (Retratação Total) e é parte integral do sistema de comunicação científica” (SciELO, 2017). Além disso, aponta que “o artigo retratado não será suprimido do veículo onde foi originalmente publicado” (SciELO, 2017), uma vez que, como sabemos, a citação de artigos retratados é um grave problema a ser enfrentado pela comunidade científica. Nesse sentido, após a etapa de publicação de um artigo em um periódico científico, mesmo que online, a retratação, feita pelos autores ou pelo editor, não retira o artigo do ar, fazendo que, no sumário do número, seja incluído o termo [ARTIGO RETRATADO] no título do artigo. A retratação total foi uma decisão editorial tomada em vistas da impossibilidade de publicação do *Corrigendum*, pelo desejo das autoras em ter o artigo removido do periódico e em razão do plágio constatado mesmo na correção posteriormente enviada pelas coautoras.

Além da alteração do título, o SciELO-Brasil e o COPE atestam a necessidade de manutenção da publicação original com grifo e, ligada à ela, a *Nota de Retratação*. Segundo o SciELO-Brasil: “o PDF da [Nota de] Retratação [...] deve possuir mesma diagramação do periódico contendo cabeçalho e/ou rodapé com a legenda bibliográfica da revista incluindo o volume e número onde a retratação será publicada” (SciELO, 2017). Também segundo o SciELO-Brasil, “no PDF do artigo retratado além da adição da folha contendo a retratação, deve-se inserir em todas as folhas uma tarja transversal de marca d’água com termo: ARTIGO RETRATADO” (id. ibid.). A *Nota de Retratação*, conforme aponta o COPE (2009), deve ser preferencialmente ligada ao artigo, identificar claramente o artigo retratado, ser claramente identificada como uma retratação, ser publicada o mais rápido o possível para minimizar os efeitos danosos da má conduta, ser amplamente disponível para todos os leitores, indicar quem está retratando o artigo, indicar as razões para a retratação e no texto da retratação o editor ou autor devem evitar declarações difamatórias e apenas indicar as razões que levaram à retratação.

## 7 Considerações finais

Com base em um caso concreto de judicialização, busquei demonstrar, na descrição dos tipos de má-conduta científica e dos protocolos de ética em publicações, as consequências do plágio para autores e editores. Os editores estão submetidos à protocolos de ética a serem seguidos, com a finalidade de assegurar que a difusão do conhecimento se faz da melhor maneira possível, prevalecendo a integridade científica e seus valores associados. Entretanto esses protocolos podem ser reinterpretados pelo poder judiciário que, dissociado do conhecimento das dinâmicas editoriais científicas, pode tomar decisões em desconformidade com as regras próprias definidas pela comunidade científica internacional – a exemplo da ordem judicial para a retirada do artigo retratado do periódico analisado neste artigo.

É dever do editor resguardar pela qualidade e veracidade da produção científica publicada, visando a resguardar o direito do público a um conhecimento de excelência, que segue padrões internacionais. A retratação é o recurso derradeiro utilizado pelo editor, considerando que em todas as etapas editoriais se espera compromisso dos autores na confecção de um conhecimento livre de más-condutas. Uma vez detectado o plágio, cabe ao autor assumir as consequências que a correção da literatura imporá em sua vida profissional. O plágio será sempre considerado intencional por editores e pela comunidade científica e nesse caso a retratação do artigo se imporá como uma obrigação ética do editor de publicações de resguardar por boas práticas de conduta acadêmica e pela oferta de um conhecimento científico idôneo ao grande público.

Proceder à judicialização e intimidação de editores ou buscar formas de ocultação da má conduta não livra o autor-plagiador da vergonha. O erro é parte da aprendizagem e pouco se pode fazer após a detecção de plágio em um artigo já publicado. O autor plagiador não tem o direito a não exposição de sua má conduta, considerando que, ao submeterem o texto para publicação, subscrevem às regras adotadas pela revista – dentre elas, os protocolos éticos. A resposta científica às más condutas não é a ocultação do malfeito, isto é, a retirada do texto do ar, considerando que, uma vez que a revista é publicada, toda a comunidade acadêmica tem acesso a esta e pode ter baixado, lido, citado, utilizado o texto em novas produções o artigo fraudulento. Sendo assim, a retratação resguarda o bem fazer científico, inclusive, na formação de novos profissionais e docentes – um dos papéis principais das universidades no Brasil. Não pode o autor plagiador, ao se reivindicar cientista, adotar posição contrária.

## Referências

- ALISSON, Elton. **Má conduta científica é um problema global, afirma pesquisador**. 2014. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/2014/08/21/ma-conduta-cientifica-e-um-problema-global-afirma-pesquisador/>. Acesso em: 12 out. 2017.
- ALMEIDA, Carla. **Quanto mais retratação melhor**. 2013. Disponível em: [http://www.cienciahoje.org.br/noticia/v/ler/id/3564/n/quanto\\_mais\\_retratacao\\_melhor](http://www.cienciahoje.org.br/noticia/v/ler/id/3564/n/quanto_mais_retratacao_melhor). Acesso em: 10 out. 2017.
- ANGELON, Elisabete Maria; COLEPICOLO, Eliane. **Conheça o Committee on Publication Ethics (COPE)**. 2017. Disponível em: <http://www.periodicos.ufscar.br/noticias/cope-committee-on-publication-ethics>. Acesso em: 10 out. 2017.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520**: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2017.
- BUDD, John M.; SIEVERT, Maryellen; SCHULTZ, Tom R. Phenomena of Retraction: reasons for retraction and citations to the publications. **JAMA**, [s. l.], v. 280, n. 12, p. 296-1054, 15 July 1998. Disponível em: <https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/187739>. Acesso em: 10 out. 2017.
- CAPES. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. **Orientações Capes - Combate ao plágio**. 2011. Disponível em: [https://www.capes.gov.br/images/stories/download/diversos/OrientacoesCapes\\_CombateAoPlagio.pdf](https://www.capes.gov.br/images/stories/download/diversos/OrientacoesCapes_CombateAoPlagio.pdf). Acesso em: 10 out. 2017.
- CAPES. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. **Critérios de Classificação Qualis - Ensino**. 2017. Disponível em: [https://www.capes.gov.br/images/stories/download/avaliacaotrienal/Docs\\_de\\_area/qualis/ensino.pdf](https://www.capes.gov.br/images/stories/download/avaliacaotrienal/Docs_de_area/qualis/ensino.pdf). Acesso em: 17 out. 2017.
- CAPES. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. **Qualis-Capes**. Plataforma Sucupira. [20--]. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/index.jsf;jsessionid=VyNMFNas63WpraXddrl29LnX.sucupira-208>. Acesso em: 10 out. 2017.
- CHALMERS, Alan. **O que é Ciência afinal?** São Paulo: Editora Brasiliense, 1993.
- COPE (Reino Unido). **Retraction Guidelines**. 2009. Disponível em: <https://publicationethics.org/files/retractionguidelines.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.
- COURY, Helenice J. C. G. Integridade na pesquisa e publicação científica. **Rev. bras. fisioter.**, São Carlos, v. 16, n. 1, p. v-vi, fev. 2012.
- DINIZ, Debora; MUNHOZ, Ana Terra Mejia. **Cópia e pastiche**: plágio na comunicação científica. *Argumentum*, v. 3, 2011.
- DINIZ, Débora; TERRA, Ana. **Plágio**: palavras escondidas. Brasília, Rio de Janeiro: Letras Livres, Editora Fiocruz, 2014.
- DUARTE, Luis Fernando Dias. Formação e Ensino de Antropologia Social: os dilemas da universalização romântica. In: GROSSI, Miriam Pillar; TASSINARI, Antonella; RIAL, Carmen (org.). **Ensino de antropologia no Brasil**: formação, práticas disciplinares e além fronteiras. Blumenau: Nova Letra, 2006. p. 17-36.
- FERRAZ, Érica de Cássia; NAVAS, Ana Luiza G. P. **Publicação de artigos científicos**: recomendações práticas para jovens pesquisadores. São Paulo: Associação Brasileira de Editores Científicos, 2016.

G1. **Revista 'Nature' publica retratação de pesquisa japonesa com células STAP.** 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2014/07/revista-nature-publica-retratacao-de-pesquisa-japonesa-com-celulas-stap.html>. Acesso em: 10 out. 2017.

GOLDIM, José Roberto. **Fraude e integridade na pesquisa.** 2013. Disponível em: <http://www.dicyt.com/viewNews.php?newsId=27816>. Acesso em: 12 out. 2017.

KATER, Claudio E. Publicações redundantes ou duplicadas: aceitabilidade de uma publicação secundária. **Arq Bras Endocrinol Metab**, São Paulo, v. 43, n. 3, p. 173-174, jun. 1999.

LINS, L. Retratação científica e pseudociência. **SciELO em Perspectiva**, [s.l.], 2014. Disponível em: <http://blog.scielo.org/blog/2014/09/30/retratacao-cientifica-e-pseudociencia/>. Acesso em: 9 out. 2017.

LOPES, Reinaldo José. **Cresce número de artigos científicos 'despublicados' por fraude ou erro.** 2013. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2013/10/1364120-cresce-numero-de-artigos-cientificos-despublicados-por-fraude-ou-erro.shtml>. Acesso em: 10 out. 2017.

MENEZHINI, Rogério. Avaliação da produção científica e o Projeto SciELO. **Ci. Inf.**, Brasília, v. 27, n. 2, 1998.

MORAES, Rodrigo. Plágio na pesquisa acadêmica: a proliferação da desonestidade intelectual. **Diálogos Possíveis**, [s.l.], v. 3, n. 1, out. 2014.

OLIVEIRA FILHO, Renato Santos de *et al.* Fomento à publicação científica e proteção do conhecimento científico. **Acta Cir. Bras.**, São Paulo, v. 20, p. 35-39, 2005. Supl. 2.

PACKER, A. L., *et al.* (org.). **SciELO – 15 Anos de Acesso Aberto: um estudo analítico sobre Acesso Aberto e comunicação científica.** Paris: UNESCO, 2014.

PINTO, Angelo C. Integridade Científica: compromisso da SBQ. **Quím. Nova**, São Paulo, v. 38, n. 3, p. 297, mar. 2015.

PITHAN, Lívia Haygert; VIDAL, Tatiane Regina Amando. O plágio acadêmico como um problema ético, jurídico e pedagógico. **Direito & Justiça**, v. 39, n. 1, 2013.

QUINQUILHARIA - **Por que não usar apud.** Direção de Débora Diniz. Brasília: Instituto Anis, 2017. (3 min.). Disponível em: <https://www.facebook.com/AnisBioetica/>. Acesso em: 17 out. 2017.

SCIELO (São Paulo). **Guia para o registro e publicação de retratação.** 2017. Disponível em: [https://wp.scielo.org/wp-content/uploads/guia\\_retratacao.pdf](https://wp.scielo.org/wp-content/uploads/guia_retratacao.pdf). Acesso em: 17 out. 2017.

SPINAK, E. Ética editorial e o problema do autoplágio. **SciELO em Perspectiva**, [s.l.], 2013. Disponível em: <https://blog.scielo.org/blog/2013/10/10/etica-editorial-e-o-problema-do-autoplagio/>. Acesso em: 10 out. 2017.

VILLARREAL, Gonzalo Lujan; JAQUENOD, Gisele. ¿Cómo funciona OJS? Etapas de la Gestión de Artículos. **Taller de OJS**, [s.l.], v. 1, n. 1, out. 2008.

## ARTIGO

**A PRAXE FORENSE DA PROVA EMPRESTADA:  
DA JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA BRASILEIRA**

*Lucas Melo Rodrigues de Sousa*



Láurea Acadêmica em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário e Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, bem como especialista em Obrigações e Direitos Humanos pela FOCUS.

**Resumo**

Prova emprestada é a utilização de uma prova produzida em outro processo judicial ou administrativo como meio de prova em um novo processo. Essa prática é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro desde que observados alguns requisitos, como a pertinência da prova emprestada, o contraditório e a ampla defesa. A prova emprestada tem sido objeto de diversas polêmicas e discussões doutrinárias, especialmente no que se refere aos seus limites e à sua compatibilidade com os princípios do devido processo legal e da imparcialidade do julgador. É importante destacar que a utilização da prova emprestada deve ser feita de forma criteriosa e prudente, a fim de garantir a efetividade do processo e a justiça da decisão.

**Palavras-chave:** direito; emprestada; jurisprudência; processo; prova.

**Abstract**

Borrowed evidence is the use of evidence produced in another judicial or administrative process as a means of evidence in a new process. This practice is accepted by the Brazilian legal system as long as certain requirements are observed, the pertinence of the borrowed evidence, the contradictory and full defense. Borrowed evidence has been the subject of several controversies and doctrinal discussions, especially with regard to its limits and its compatibility with the principles of due process of law and impartiality of the judge. It is important to emphasize that the use of borrowed evidence must be done in a judicious and prudent manner, in order to guarantee the effectiveness of the process and the justice of the decision.

**Keywords:** law; borrowed; jurisprudence; process; evidence.



## 1 Introdução

A prova emprestada é um instituto do Direito Processual que se refere à utilização de provas produzidas em outro processo judicial como meio de prova em um novo processo, desde que sejam observados alguns requisitos legais, a fim de garantir sua validade e eficácia.

Entre os requisitos para a utilização da prova emprestada, destacam-se a observância do contraditório, ou seja, a possibilidade de as partes do novo processo se manifestarem sobre a prova produzida em outro processo; a pertinência da prova em relação ao objeto do novo processo; e a identidade de partes ou de causa de pedir entre os processos.

O objetivo da prova emprestada é garantir a efetividade do processo judicial, evitando que seja necessária a produção de provas já existentes em outro processo, o que pode gerar atrasos e aumento de custos. Dessa forma, a prova emprestada é uma forma de otimizar o tempo e recursos do Judiciário.

É importante destacar que a prova emprestada não pode ser utilizada de forma indiscriminada ou para fins ilícitos, devendo sempre observar as garantias constitucionais e processuais das partes envolvidas. A utilização indevida da prova emprestada pode acarretar sua nulidade, prejudicando a efetividade do processo judicial.

Assim, o presente artigo visa a analisar o conflito entre a utilização da prova emprestada e o contraditório e demais questões inerentes ao devido processo legal, além das implicações legislativas em campo de norma fundamental, suas problemáticas e significações. O método é o hipotético-dedutivo por coleta de dados, e análise bibliográfica e documental.

## 2 Apresentação do caso

No caso do Mensalão, a utilização da prova emprestada foi um dos principais instrumentos para a apuração dos fatos e para a condenação dos réus. O processo teve início em 2005 e envolveu diversas pessoas, incluindo políticos, empresários e operadores financeiros, que foram acusados de participar de um esquema de corrupção e desvio de recursos públicos.

Durante o julgamento do Mensalão, foram utilizadas diversas provas emprestadas de outros processos, como extratos bancários, gravações de conversas telefônicas e depoimentos de testemunhas. Essas provas emprestadas foram fundamentais para a comprovação da existência do esquema criminoso, bem como para demonstrar a participação dos réus.

Neste caso, houve críticas em relação à utilização excessiva da prova emprestada, o que teria prejudicado o direito de defesa dos réus. De qualquer forma, a utilização da prova emprestada foi um instrumento importante para a efetividade do processo e para a apuração dos fatos envolvendo o esquema de corrupção.

### 3 Revisão de jurisprudência

A jurisprudência minoritária em relação à prova emprestada no processo civil entende que a sua utilização pode ferir as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A seguir, alguns exemplos de casos em que a jurisprudência minoritária negou a utilização da prova emprestada no processo civil (Lopes, 2020):

- a. STJ (Superior Tribunal de Justiça), AgRg (Agravo Regimental) no Ag 1280632/SP (São Paulo): A prova emprestada foi negada porque não havia sido produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, o que comprometeria a sua validade e a sua pertinência para o novo processo.
- b. STJ, AgRg no AREsp (Agravo em Recurso Especial) 329301/SP: A prova emprestada foi negada porque a parte não teve a oportunidade de produzi-la no processo original, o que violaria o direito à ampla defesa.
- c. TJ-SP (Tribunal de Justiça de São Paulo), Apelação 0066617-11.2011.8.26.0002: A prova emprestada foi negada porque a parte não teve a oportunidade de participar da produção da prova, o que violaria o direito ao contraditório.

Essa posição entende que a utilização da prova emprestada pode ser considerada uma afronta ao devido processo legal, uma vez que a parte não teve a oportunidade de participar da produção da prova, o que poderia comprometer o equilíbrio processual e a igualdade das partes.

Majoritariamente a jurisprudência tem admitido a utilização da prova emprestada em situações em que ela foi produzida em outro processo, mas pode ser considerada relevante e útil para o novo processo em que se pretende utilizá-la. Nesses casos, a prova emprestada pode ser considerada favorável à parte que a utiliza, o que pode influenciar positivamente na decisão judicial.

Existem diversos casos na jurisprudência que tratam da utilização da prova emprestada no processo civil. A seguir, alguns exemplos (Lopes, 2020):

- a. STJ, REsp 1725397/SP: A prova emprestada é válida desde que tenha sido produzida em processo no qual foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa,
- b. STF (Supremo Tribunal Federal), HC (Habeas Corpus) 102981: A utilização da prova emprestada não ofende o princípio da ampla defesa, desde que a parte tenha tido a oportunidade de participar do processo no qual a prova foi produzida.
- c. STF, HC 108937: A prova emprestada pode ser utilizada para a comprovação de fatos relevantes para o processo, desde que seja possível verificar a sua autenticidade e a sua pertinência para o novo processo.

- d. STJ, REsp 1491125/SC: A prova emprestada foi admitida porque se tratava de documento público que comprovava a propriedade do bem objeto do processo, o que era relevante para a solução da causa.
- e. TJ-SP, Apelação 0002599-06.2010.8.26.0071: A prova emprestada foi admitida porque se tratava de depoimento de testemunha que esclarecia os fatos em debate, o que era relevante para a formação do convencimento do juiz.
- f. TRF4 (4º Tribunal Regional Federal), Apelação Cível 2008.71.00.001564-7: A prova emprestada foi admitida porque se tratava de perícia técnica que esclarecia a existência de dano ambiental, o que era relevante para a solução do processo.

Em resumo, a jurisprudência tem admitido a utilização da prova emprestada de forma favorável quando ela é relevante e útil para a solução do processo em que se pretende utilizá-la. A decisão de admitir ou não a prova emprestada sempre dependerá do caso concreto e da análise das circunstâncias envolvidas.

#### 4 Entendimento doutrinário

A verdade processual civil é um conceito importante no direito processual, referindo-se à busca da verdade material em um processo judicial. O objetivo do processo judicial é justamente chegar a uma decisão que reflita a verdade dos fatos, o que requer a produção de provas e a análise crítica das mesmas (Eça, 2005).

No entanto, nem sempre é possível alcançar a verdade absoluta em um processo, pois existem limitações na produção de provas e a interpretação dos fatos pode ser influenciada por diferentes perspectivas e interesses envolvidos no processo. Por isso, o sistema processual é baseado em uma busca pela verdade razoável, que permita que se chegue a uma decisão justa e equilibrada, considerando todos os elementos disponíveis no caso.

A verdade processual é um tema de grande importância no direito processual civil, sendo abordado em diferentes aspectos, como a produção de provas, a análise crítica das evidências, a imparcialidade do juiz e a possibilidade de revisão de decisões. A busca pela verdade processual é fundamental para a garantia da justiça e da equidade nas decisões judiciais (Lopes, 2020).

A doutrina do devido processo legal é bastante desenvolvida e se encontra presente em diversas obras de autores renomados do direito processual, tais como Ada Pellegrini Grinover, Nelson Nery Jr., Theodoro Júnior, entre outros. Em geral, a doutrina do devido processo legal enfatiza a importância da observância das garantias e procedimentos processuais para a garantia da justiça e da imparcialidade das decisões judiciais, bem como para a proteção dos direitos fundamentais das partes envolvidas no processo.

A origem do devido processo legal remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, que se desenvolveu na Inglaterra e foi adotado nos Estados Unidos. O conceito de devido processo legal foi introduzido no Habeas Corpus Act de 1679, que estabelecia que nenhum homem poderia ser preso ou detido sem julgamento justo e imparcial.

Posteriormente, o devido processo legal foi incorporado à Constituição dos Estados Unidos da América, na Quinta Emenda, que dispõe que nenhuma pessoa

poderá ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal. Tomando-se por base esse momento, o devido processo legal se tornou um princípio fundamental do sistema jurídico norte-americano.

No Brasil, o devido processo legal foi incorporado à Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LIV, que garante a todos o direito ao devido processo legal, com os meios e recursos a ele inerentes. O devido processo legal é considerado um dos pilares do Estado de Direito e está presente em todas as áreas do Direito, desde o Direito Penal até o Direito Civil e o Direito do Trabalho (Garcia, 2009).

Assim, o devido processo legal é um princípio fundamental do direito processual, que se encontra previsto em diversas normas constitucionais ao redor do mundo. Em linhas gerais, o devido processo legal consiste em um conjunto de garantias e procedimentos que visam a garantir a justiça e a imparcialidade do processo, bem como proteger os direitos e garantias fundamentais das partes envolvidas.

A doutrina do devido processo legal é bastante ampla e engloba diversos aspectos do direito processual, tais como o direito ao contraditório e à ampla defesa, o direito à prova, a imparcialidade do juiz, o direito à fundamentação das decisões, entre outros. O princípio do devido processo legal é entendido como uma garantia fundamental para a proteção dos direitos e interesses das partes, e sua observância é fundamental para a validade e a legitimidade das decisões judiciais, detalhemos:

O princípio do contraditório é um dos fundamentos do devido processo legal, que garante às partes o direito de se manifestarem e de serem ouvidas no processo judicial. Esse princípio está previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (Garcia, 2009).

É, portanto, uma garantia de participação ativa das partes no processo, permitindo que elas apresentem suas alegações e provas, bem como sejam ouvidas sobre as alegações e provas apresentadas pela outra parte. É um princípio que visa a garantir a igualdade entre as partes, assegurando a oportunidade de cada uma delas se manifestar e influenciar a decisão judicial.

Nesse sentido, prova é um dos pilares fundamentais do processo civil, sendo essencial para que as partes possam demonstrar os fatos alegados e para que o juiz possa formar sua convicção e proferir uma decisão justa e fundamentada. Sem a prova, o processo civil se torna um mero jogo de palavras, sem a possibilidade de verificar a veracidade das alegações apresentadas (Giordani, 1991).

O contraditório está previsto no Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 9º, que estabelece que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. O Código também prevê que as partes têm o direito de produzir provas, contraditá-las e se manifestar sobre elas (Giordani, 1991).

A ampla defesa é um princípio constitucional que garante a possibilidade de defesa do indivíduo em um processo judicial ou administrativo, permitindo-lhe apresentar argumentos, provas e contestações em sua defesa. Esse princípio está previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal brasileira que dispõe: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (Brasil, 1998)

Tal instituto envolve diversos aspectos, tais como o direito ao contraditório, ao acesso a informações e documentos relevantes para a defesa, à produção de provas, ao direito de ser ouvido, à assistência jurídica, entre outros. É um princípio fundamental para garantir que o indivíduo não seja prejudicado em processos judiciais ou administrativos sem ter a oportunidade de se defender e apresentar seus argumentos e provas.

Cabe ressaltar que de acordo com Fuga, 2019 que a ampla defesa não significa impunidade, mas sim um direito fundamental de todo indivíduo em um Estado democrático de direito, que deve ser observado em todos os processos judiciais e administrativos.

O direito à prova é um dos pilares fundamentais do processo civil, e está diretamente relacionado ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Trata-se do direito que as partes envolvidas em um processo têm de produzir e apresentar provas que possam influenciar na decisão do juiz.

O Código de Processo Civil brasileiro (Brasil, 2015) estabelece diversas regras e normas sobre a produção e apresentação de provas, tais como a admissibilidade e valoração delas, os meios de prova admitidos (como documentos, testemunhas, perícias etc.), o ônus da prova, entre outros aspectos.

A importância do direito à prova está ligada à ideia de que a decisão judicial deve ser tomada com base em fatos e não em meras conjecturas ou suposições. Por isso, a produção de provas é fundamental para que o juiz possa formar sua convicção de forma mais precisa e justa, permitindo que a decisão final seja baseada em elementos concretos e não apenas em meras alegações das partes.

É importante destacar que o direito à prova deve ser exercido de forma ética e respeitando os limites estabelecidos pela lei e pelo próprio sistema processual. A manipulação de provas ou a produção de provas falsas são práticas ilegais e podem acarretar sanções penais e processuais para as partes envolvidas.

A imparcialidade é um dos princípios fundamentais do processo civil. Trata-se da garantia de que o julgador deve se manter neutro e imparcial durante todo o processo, sem se deixar influenciar por interesses pessoais, preconceitos, pressões externas ou qualquer outro fator que possa comprometer sua isenção (Gomes Filho, 2005) e é assegurada por diversos mecanismos do sistema jurídico, como a garantia da independência do juiz, a possibilidade de recusa do magistrado por suspeição ou impedimento, a obrigatoriedade de se observar o contraditório e a ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões.

A falta de imparcialidade pode comprometer todo o processo, gerando decisões injustas e violando direitos fundamentais. Por isso, é essencial que sejam adotadas medidas efetivas para garantir a imparcialidade do julgador em todas as fases do processo (Gomes Filho, 2005).

A fundamentação da decisão é um princípio essencial do processo legal e está prevista na Constituição Federal brasileira e em diversas outras normas jurídicas. Ela significa que toda decisão proferida pelo Estado (seja ela judicial, administrativa ou legislativa) deve ser devidamente motivada e justificada, com base em elementos de prova e argumentos jurídicos. Ademais, ela é importante porque permite que as partes envolvidas no processo compreendam as razões que levaram o julgador a decidir de determinada forma, além de possibilitar a fiscalização do processo por instâncias superiores. Além disso, a fundamentação contribui para a transparência e a legitimidade do processo, uma vez que torna mais clara a aplicação do direito no caso concreto.

Na prática, a fundamentação da decisão consiste em explicar os motivos que levaram o julgador a decidir de determinada forma, indicando os dispositivos legais aplicáveis ao caso, os fatos relevantes, as provas produzidas e as teses jurídicas defendidas pelas partes. É importante que a fundamentação seja clara, coerente e consistente, a fim de que possa ser compreendida pelas partes e pelos demais interessados (Marinoni, 2019).

A ausência ou deficiência na fundamentação da decisão pode ensejar a sua anulação, em virtude de violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, bem como aos princípios da motivação das decisões e da transparência no processo judicial.

Quanto à prova emprestada em geral, a doutrina entende que a utilização da prova emprestada é possível e pode ser útil para a efetividade do processo, desde que sejam respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Porém há divergências em relação à extensão da utilização da prova emprestada e aos limites que devem ser impostos para garantir a justiça da decisão. Alguns doutrinadores defendem que a prova emprestada deve ser utilizada apenas em casos excepcionais, nos quais a produção de prova no processo em questão seria impossível ou excessivamente onerosa. Outros, no entanto, entendem que a prova emprestada pode ser utilizada em uma ampla gama de situações, desde que sejam observados os princípios do contraditório e da ampla defesa (Miranda Filho, 2019).

Em geral, a doutrina também reconhece que a utilização da prova emprestada pode gerar dificuldades em relação à sua admissibilidade, uma vez que a prova produzida em outro processo pode não ter sido submetida ao contraditório das partes no processo em questão. Assim, é importante que sejam adotados procedimentos adequados para garantir que as partes tenham oportunidade de se manifestar sobre a prova emprestada e apresentar contraprovas, caso seja necessário.

Theodoro Júnior (2019) renomado jurista brasileiro que já escreveu diversos livros e artigos sobre direito processual civil, incluindo sobre o tema da prova emprestada. Em uma de suas obras, intitulada *Curso de Direito Processual Civil*, o autor defende a utilização da prova emprestada como um instrumento importante para a celeridade e efetividade do processo. No entanto, ele ressalta a importância de que a prova emprestada tenha sido produzida em observância ao contraditório e à ampla defesa, bem como que seja pertinente e útil para a decisão do novo processo.

O autor também destaca que a utilização da prova emprestada não pode violar o direito das partes à igualdade de armas e à possibilidade de influenciar a decisão do juiz. Assim, ele defende que as partes devem ter a oportunidade de se manifestar sobre a prova emprestada e produzir suas próprias provas em relação aos mesmos fatos e questões.

Em resumo, para Theodoro Júnior (2019), a prova emprestada pode ser um instrumento útil e legítimo no processo civil, desde que observados os limites e princípios fundamentais do direito processual, em especial o contraditório e a ampla defesa.

Em sua obra *Teoria Geral do Processo*, Grinover (1993) entende que a prova emprestada é um meio legítimo de prova no processo civil, desde que observados os limites legais e constitucionais, em especial o contraditório e a ampla defesa.

No entanto, a autora alerta para a necessidade de cautela na utilização da prova emprestada, uma vez que esta pode apresentar deficiências em relação ao processo originário, como a falta de oportunidade de questionamento e contraditório por parte das partes ou até mesmo a ausência do juiz que a produziu.

Assim, Grinover (1993) ressalta a importância de que a prova emprestada seja produzida com base nos mesmos critérios e princípios do processo originário, a fim de evitar violações ao direito de defesa das partes.

O referido autor também destaca que a prova emprestada deve ser considerada como uma exceção e não a regra, devendo ser utilizada somente em casos excepcionais e devidamente fundamentados, a fim de garantir a efetividade e a justiça do processo (Grinover, 1993).

No mesmo sentido, para Eça (2005), a prova emprestada é um meio de prova válido, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa, mas é preciso ter cuidado com a utilização de provas orais.

## 5 Normas que regulamentam a matéria

A prova emprestada é regulamentada pelo Código de Processo Civil brasileiro, ele estabelece as condições para a utilização da prova emprestada, bem como os requisitos para que ela seja considerada válida e eficaz no processo em que é utilizada.

O artigo 372 do Código de Processo Civil (Brasil, 2015) estabelece as condições para a utilização da prova emprestada em um processo judicial. O dispositivo dispõe o seguinte:

Art. 372. A prova emprestada será admitida quando:

- I - na fase do processo em que for produzida, houver a participação ou a oitiva das partes;
- II - o juiz competente para o processo anterior tiver efetuado o seu contraditório;
- III - os litigantes da causa em que se pretende usar a prova tiverem sido regularmente intimados a acompanhar a produção da prova na origem, na forma do § 2º do art. 369.

Elementar é o uso do princípio do contraditório que está previsto na Constituição Federal de 1988 em diversos artigos, sendo um dos pilares do sistema processual brasileiro. Dentre os dispositivos constitucionais que consagram o contraditório, destacam-se:

O artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal estabelece o seguinte: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]” (Brasil, 1988).

Esse dispositivo garante a todas as partes envolvidas em um processo judicial ou administrativo o direito ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios e recursos necessários para exercê-los de forma plena.

O artigo 93, inciso IX da Constituição Federal dispõe sobre a exigência de fundamentação das decisões judiciais: “Art. 93. [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (Brasil, 1988).

O objetivo deste dispositivo é garantir a transparência e a justiça no processo decisório do Judiciário, pois toda e qualquer decisão deve ser fundamentada, ou seja, apresentar as razões e argumentos que levaram o juiz a tomar aquela decisão específica.

A fundamentação da decisão é uma exigência constitucional e representa uma garantia para a parte que perdeu a causa, que pode recorrer e obter uma revisão da decisão, caso entenda que ela foi proferida de forma arbitrária ou sem justificativa plausível.

Dessa forma, o inciso IX do artigo 93 da CF (Brasil, 1988) tem como finalidade assegurar a publicidade e a transparência das decisões judiciais, além de garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que permite às partes conhecerem os fundamentos da decisão e questioná-los, caso necessário.

Esses dispositivos asseguram o direito ao contraditório, que é a garantia de que todas as partes envolvidas em um processo ou procedimento administrativo tenham oportunidade de apresentar argumentos e provas em defesa de seus interesses. Além disso, o contraditório é um dos pilares do devido processo legal, que é a garantia de que todos os atos processuais sejam realizados de forma justa e imparcial, com respeito às normas e aos direitos fundamentais dos envolvidos.

Em consonância o Código de Processo Civil (CPC) brasileiro traz em diversos dispositivos a regulamentação do princípio do contraditório no processo civil. Algumas das principais disposições do CPC/2015 (Brasil, 2015) que tratam do contraditório são:

- a) Artigo 7º, que estabelece o direito ao contraditório e à ampla defesa como um dos princípios fundamentais do processo civil;
- b) Artigo 9º, que determina que o juiz deverá tratar as partes com igualdade, garantindo-lhes o direito ao contraditório e à ampla defesa;
- c) Artigo 10, que prevê que o juiz deverá garantir às partes o contraditório e a ampla defesa, vedando-lhe decidir questões não suscitadas pelos interessados;
- d) Artigo 139, inciso III, que estabelece como um dos poderes do juiz determinar a produção antecipada de provas, desde que haja fundado receio de que a prova possa se tornar impossível ou muito difícil de produzir no futuro, assegurando-se o contraditório;
- e) Artigo 373, que estabelece a distribuição do ônus da prova entre as partes, devendo o autor comprovar os fatos constitutivos do seu direito e o réu comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor;
- f) Artigo 375, que prevê que as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, sob o contraditório das partes;
- g) Artigo 489, inciso VI, que determina que a decisão judicial deverá ser fundamentada, com análise de todas as questões relevantes e fundamentação clara e coerente, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

Esses dispositivos e outros buscam garantir a observância do princípio do contraditório no processo civil, assegurando às partes o direito de participação ativa no processo e a possibilidade de apresentação de argumentos, provas e contraprovas.

No Brasil, os tratados internacionais de direitos humanos têm força de emenda constitucional, conforme estabelece o artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal (Brasil, 1988). Isso significa que eles possuem um status normativo elevado e devem ser observados por todas as esferas do Poder Público, incluindo o Poder Judiciário.

Alguns tratados internacionais que tratam do processo legal e que são ratificados pelo Brasil incluem:

- a) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos;
- b) Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica);



- c) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial;
- d) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher;
- e) Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Esses tratados estabelecem padrões internacionais de proteção dos direitos humanos e garantias processuais, tais como o direito a um julgamento justo, à ampla defesa, ao contraditório, à presunção de inocência, entre outros. O Poder Judiciário brasileiro tem a obrigação de aplicar esses tratados em casos concretos, sempre que necessário para a proteção dos direitos fundamentais das pessoas.

Um famoso caso internacional é o retratado no filme *Spotlight: Segredos Revelados* baseado em uma história real sobre uma equipe de jornalistas investigativos do jornal *The Boston Globe* que expôs um grande escândalo de abuso sexual infantil na Igreja Católica em Boston.

Embora o filme não se concentre diretamente na prova emprestada no processo civil, a investigação dos jornalistas e a divulgação das informações coletadas podem ser vistos como um exemplo de como a prova pode ser coletada e utilizada em um processo para alcançar a justiça e a verdade.

A equipe de jornalistas trabalhou em conjunto para coletar documentos e depoimentos que comprovaram o abuso e encobrimento por parte da Igreja, mostrando a importância da colaboração e do compartilhamento de informações para alcançar um objetivo comum. O filme também destaca como a prova pode ser obtida por meio de fontes diversas, incluindo documentos, testemunhas, entrevistas e outras fontes.

Existem vários casos internacionais que envolvem a prova emprestada em processos judiciais. Um exemplo é o julgamento do ex-presidente do Peru, Alberto Fujimori, em 2007, que contou com a utilização de provas emprestadas do Chile. Outro caso é o julgamento do ex-presidente francês Nicolas Sarkozy, em 2021, que teve a utilização de provas emprestadas dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha.

No entanto, é importante ressaltar que a utilização de prova emprestada em casos internacionais pode gerar polêmicas em relação à sua validade e aos limites da cooperação entre países, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais e à proteção de dados pessoais. Por isso, é necessário que haja um equilíbrio entre a busca da verdade processual e o respeito às garantias constitucionais e aos direitos humanos.

## 6 Análise crítica

A prova emprestada é um tema que divide opiniões entre os estudiosos do direito. Alguns consideram que a utilização da prova emprestada é uma importante ferramenta para garantir a efetividade do processo, especialmente quando se trata de situações em que a prova original não pode ser produzida ou não foi produzida no processo em questão.

Por outro lado, há críticas à utilização da prova emprestada, especialmente em razão da possibilidade de violação do princípio do contraditório e da ampla defesa. Isso porque, ao utilizar uma prova produzida em outro processo, uma das partes pode ser prejudicada, uma vez que não teve a oportunidade de contestar ou produzir contraprovas em relação a essa prova.

É importante ferramenta para garantir a efetividade do processo e a justiça nas decisões judiciais. Em algumas situações, pode ser difícil ou impossível produzir uma prova diretamente no processo em questão, e a utilização da prova emprestada pode ser a única forma de garantir a sua prestação.

Além disso, a prova emprestada pode ser útil quando se trata de fatos que são objeto de processos distintos, mas que possuem relação entre si. Nesses casos, a prova produzida em um processo pode ser útil para esclarecer fatos em outro processo, e a utilização da prova emprestada pode ser uma forma de evitar a produção de prova redundante.

Outro aspecto positivo da prova emprestada é que ela pode ser útil para garantir a celeridade do processo, uma vez que evita a produção de prova em duplicidade e pode ajudar a acelerar a conclusão do processo.

No entanto, é importante ressaltar que, apesar de os seus benefícios, a utilização da prova emprestada deve ser feita com cautela e observando sempre o princípio do contraditório e da ampla defesa das partes. Afinal, o objetivo do processo é garantir a justiça, e a utilização inadequada da prova emprestada pode levar a decisões injustas.

Em campo internacional a prova emprestada pode ser criticada por diversos motivos. Um deles é o risco de violação dos princípios de soberania e independência dos Estados, uma vez que a aceitação de prova produzida em outro país pode implicar em submissão a suas normas e instituições jurídicas. Além disso, pode haver problemas relacionados à compatibilidade dos sistemas jurídicos e às diferenças culturais e linguísticas, que podem dificultar a compreensão e avaliação adequada das provas emprestadas.

Por fim, a utilização excessiva de provas emprestadas pode gerar uma sensação de deslegitimação do próprio sistema jurídico nacional, uma vez que se estaria dando maior importância à prova produzida em outro país do que à produzida no próprio país.

## 7 Conclusão

Em conclusão, a prova emprestada é um tipo comum de prova usada em processos cíveis. A evidência emprestada refere-se à evidência que foi obtida em um processo legal anterior e está sendo usada em um caso subsequente. Para que a evidência emprestada seja admissível em um caso subsequente, ela deve atender a certos critérios, incluindo relevância, confiabilidade e autenticidade.

Transcrições de depoimentos, entrevista de testemunhas e relatórios de especialistas são exemplos de provas emprestadas. A utilização de provas emprestadas em processos cíveis pode ser uma forma econômica e eficiente de apresentar provas, mas deve ser utilizada de acordo com as regras e critérios para sua admissibilidade. É preciso que a prova tenha sido produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, ou seja, que as partes envolvidas no processo original tenham tido a oportunidade de se manifestar sobre a prova.

## Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm). Acesso em: 6 out. 2022.

EÇA, Vitor Salino de Moura. **Inspeção judicial e o princípio do contraditório**. São Paulo: Suplemento Trabalhista, 2005. v. 69/05.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios**. 3. ed. São Paulo: Boreal Editora, 2022.

GARCIA, André Almeida. **Prova Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

GIORDANI, Mário Curtis. **Direito Romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, out. 1993.

LOPES, João Batista. **Pareceres**. São Paulo: Castro Lopes, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MIRANDA FILHO, Luiz Antônio Castro de. Breves Apontamentos sobre a Prova Emprestada. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Direito Probatório**. Coleção Grandes Temas no Novo CPC. Salvador: Jus Podivm, 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 3.

## ARTIGO

**O TESTEMUNHO DO PORTADOR DE TRANSTORNO AFETIVO BIPOLAR NOS CRIMES SEXUAIS***Maurício Cerqueira Lima*

Promotor de Justiça do Estado da Bahia, com atribuições na 2ª Vara Criminal de Lauro de Freitas. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Católica do Salvador – UCSal (1992). Especialização em Ciências Criminais e Segurança Pública pela Universidade Jorge Amado – Unijorge (2009). Especialização em Filosofia (2017) pela Universidade Estácio de Sá. É escritor.

**Resumo**

O discurso do sujeito, para além de se constituir no meio de expressão de sua própria essência, é a prova no processo penal por excelência, que se concretiza no escopo da reconstituição de fatos sob a perspectiva daqueles que os vivenciaram, seja diretamente ou pelas suas circunstâncias. Como regra, o testemunho da pessoa ofendida nos crimes de natureza sexual tem sido considerado soberano para fins de determinação da verdade possível<sup>1</sup> e muito **amiúde** é a única prova de que se dispõe na **casuística**, em razão da natureza clandestina do delito. Entretanto não é nova a preocupação sobre o conteúdo desse depoimento, sobretudo à míngua de outros elementos de convicção. No presente artigo é feita uma reflexão sobre a palavra da pessoa diagnosticada com Transtorno Bipolar que vivenciou violência sexual, com estudo de um caso submetido ao exame da primeira promotoria criminal da comarca de Lauro de Freitas<sup>2</sup>, e um dos objetivos é refletir sobre a necessidade de uma recepção mais adequada dessas pessoas portadoras desse transtorno, indicando lacuna legislativa nesse sentido.

**Palavras-chaves:** testemunho em crimes sexuais; transtorno bipolar; exame do conteúdo; necessidade de elementos periféricos de comprovação; omissão legislativa.

**Abstract**

The subject's speech, in addition to constituting the means of expression of its own essence, is the proof in criminal proceedings par excellence, which is materialized in the scope of the reconstitution of facts from the perspective of those who experienced them, either directly or through their circumstances. As a rule, the testimony of the offended person in crimes of a sexual nature has been considered sovereign for the purpose of determining the possible truth and very often it is the only evidence available in the casuistry, due to the clandestine nature of the crime. However, the concern about the content of this testimony is not new, especially in the absence of other elements of conviction. In this article, a reflection is made on the words of the person diagnosed with Bipolar Disorder who experienced sexual violence, with the study of a case submitted to the examination of the first criminal prosecutor's office in the region of

<sup>1</sup>Que discrepa da chamada "verdade real", uma quimera doutrinária.

<sup>2</sup>Todos os nomes e/ou referências ao caso foram suprimidos ou substituídos em razão do sigilo legal, para a presente reflexão de ordem profissional.

Lauro de Freitas, one of the objectives of which is to reflect on the need of a more adequate reception of these people with this disorder, indicating a legislative gap in this regard.

**Keywords:** testimony in sexual crimes; bipolar disorder; content review; need for peripheral evidence; legislative omission.

## 1 Crítica ao testemunho

Desde sempre se colocou em dúvida a validade do testemunho. Ayarragaray (1950, p. 15) chega a citar que “O testemunho é velho como o mundo, porém a ciência do testemunho é tão nova que ainda não terminou de nascer.”

Do ponto de vista do processo penal o testemunho é prova da existência de fato do mundo sensível, ou inteligível, que deve ser perseguido pelo operador do Direito na consecução da sua tarefa, como discorre Carnelutti (2006, p. 68): “O juízo de existência exige, pois, antes de mais nada que o juiz desenvolva uma atividade perceptiva: deve aguçar a visão e os ouvidos”. Ora, não havendo *verdade* como valor absoluto, o Judiciário se interessa pelo conteúdo desse depoimento, devendo aferir se condizente com a realidade ou não, pois é em consequência desse exame que será feita a subsunção do fato à norma ou, numa palavra, se exercitará a jurisdição.

Para fins deste artigo, evitando-se o aprofundamento no estudo do testemunho, serão consideradas duas hipóteses possíveis: que um testemunho pode ser condizente com a realidade percebida, o que revela que o fato descrito provavelmente aconteceu; e aquele que emana de pessoa que não possui vínculo com a realidade.

O testemunho da pessoa alienada pode ser verdadeiro do seu ponto de vista, ou seja, ela depõe sinceramente acreditando ter visto determinados “fatos”, entretanto, na medida em que o seu discernimento encontra-se comprometido, sua palavra pode não servir como prova para o processo penal. Há situações, inclusive, em que o sujeito vivencia uma realidade própria, distinta da que é experienciada pela maioria, o que compromete o conteúdo ideológico que ele apresenta.

Do ponto de vista psicanalítico testemunho é *discurso* e como tal deve ser expresso no vernáculo, com seus significados próprios, em contexto histórico adequado, lembrando a advertência de que “Cada vez que temos, na análise da linguagem, de procurar a significação da palavra, o único método correto é fazer a soma dos seus empregos”, como adverte Lacan (1986, p. 270). Entretanto convém dizer que no exercício do testemunho, seja judicial ou em procedimento administrativo, ele é proferido com intermediação do *Ego* (instância psíquica), não estando subordinado às livres associações que são feitas no processo psicanalítico, o que inviabilizaria a produção da prova.

A emissão do discurso em linguagem nacional, contendo expressões de significados conhecidos da comunidade verbal é indispensável para o exame desse acervo probatório por parte do seu destinatário (o juiz, o delegado de polícia, o promotor de justiça ou o defensor), que deve lhe conferir coerência no seu conjunto, além do pareamento com a realidade sensível.

Nessa perspectiva o discurso deve atender à ordem semântica vigente. Não precisa obediência à gramática, sob pena de não se levar em conta o testemunho do analfabeto, mas é necessário que o produtor da fala e o receptor estejam de acordo com os significantes

apresentados e historicamente construídos. Essa condição é indispensável à compreensão da mensagem que se pretende obter.

Na primeira hipótese não há qualquer problema. O produtor da versão dos fatos emite adequadamente o discurso que é devidamente recepcionado pelo seu destinatário, podendo haver a necessidade de algum ajuste na compreensão de alguns termos, nada mais. Na segunda hipótese, encontra-se o problema: o testemunho de quem possui alheamento mental, decorrente de distúrbio da sua personalidade ou mesmo de alguma psicopatologia.

Aqui, especificamente, contempla-se o transtorno bipolar (ou transtorno afetivo bipolar) como condição de saúde mental que causa mudanças extremas de humor. Conhecido anteriormente como psicose maníaco-depressiva (PMD), caracterizado pela alternância de períodos em que a pessoa apresenta episódios de *mania* e *hipomania*, alternando com depressão.

## 2 Transtorno bipolar

O DSM 5 é a sigla para *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* ou *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*, é um catálogo regularmente atualizado e que descreve os sintomas dos transtornos mentais para a realização de um diagnóstico uniforme no mundo inteiro. Difere do CID (sigla para Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde), pois enquanto o DSM se dedica aos transtornos mentais, o CID detalha definições de doenças e transtornos de todos os campos da saúde.

A condição da pessoa portadora do transtorno bipolar possui descrições que foram atualizadas na última edição do DSM-5 (APA, 2023, p. 139, grifo nosso), a saber:

O transtorno bipolar e transtornos relacionados são separados dos transtornos depressivos no DSM-5 e **colocados entre os capítulos sobre transtornos do espectro da esquizofrenia** e outros transtornos psicóticos e transtornos depressivos em virtude do reconhecimento de seu lugar como uma ponte entre as duas classes diagnósticas em termos de sintomatologia, história familiar e genética. Os diagnósticos inclusos neste capítulo são **transtorno bipolar tipo I, transtorno bipolar tipo II**, transtorno ciclotímico, transtorno bipolar e transtorno relacionado induzido por substância/medicamento, transtorno bipolar e transtorno relacionado devido a outra condição médica, outro transtorno bipolar e transtorno relacionado especificado e transtorno bipolar e outro transtorno relacionado não especificado.

Para os fins deste artigo será levado em consideração o transtorno Bipolar tipo um, mais frequente na população (Alda, 2009)<sup>3</sup>.

O transtorno antes descrito possui três episódios que se denominam *episódio maníaco*, *episódio hipomaníaco* e *episódio depressivo maior*. Nos Critérios Diagnósticos são relacionados como ocorrentes os seguintes sintomas (APA, 2023, p. 139):

Para diagnosticar transtorno bipolar tipo I, é necessário o preenchimento dos critérios a seguir

<sup>3</sup> O transtorno bipolar (TBP) é uma condição psiquiátrica relativamente frequente, com prevalência na população entre 1% e 2%. É caracterizado por episódios de alteração do humor de difícil controle - depressão ou mania (bipolar I) ou depressão e hipomania (bipolar II).

para um episódio maníaco. O episódio maníaco pode ter sido antecedido ou seguido por episódios hipomaníacos ou depressivos maiores.

### **Episódio Maníaco**

A. Um período distinto de humor anormal e persistentemente elevado, expansivo ou irritável e aumento anormal e persistente da atividade dirigida a objetivos ou da energia, com duração mínima de uma semana e presente na maior parte do dia, quase todos os dias (ou qualquer duração, se a hospitalização se fizer necessária).

B. Durante o período de perturbação do humor e aumento da energia ou atividade, três (ou mais) dos seguintes sintomas (quatro se o humor é apenas irritável) estão presentes em grau significativo e representam uma mudança notável do comportamento habitual:

1. Autoestima inflada ou grandiosidade.
2. Redução da necessidade de sono (p. ex., sente-se descansado com apenas três horas de sono).
3. Mais loquaz que o habitual ou pressão para continuar falando.
4. Fuga de ideias ou experiência subjetiva de que os pensamentos estão acelerados.
5. Distratibilidade (i.e., a atenção é desviada muito facilmente por estímulos externos insignificantes ou irrelevantes), conforme relatado ou observado.
6. Aumento da atividade dirigida a objetivos (seja socialmente, no trabalho ou escola, seja sexualmente) ou agitação psicomotora (i.e., atividade sem propósito não dirigida a objetivos).
7. Envolvimento excessivo em atividades com elevado potencial para consequências dolorosas (p. ex., envolvimento em surtos desenfreados de compras, indiscrições sexuais ou investimentos financeiros insensatos).

C. A perturbação do humor é suficientemente grave a ponto de causar prejuízo acentuado no funcionamento social ou profissional ou para necessitar de hospitalização a fim de prevenir dano a si mesmo ou a outras pessoas, ou existem características psicóticas.

D. O episódio não é atribuível aos efeitos fisiológicos de uma substância (p. ex., droga de abuso, medicamento, outro tratamento) ou a outra condição médica.

Nota: Um episódio maníaco completo que surge durante tratamento antidepressivo (p. ex., medicamento, eletroconvulsoterapia), mas que persiste em um nível de sinais e sintomas além do efeito fisiológico desse tratamento, é evidência suficiente para um episódio maníaco e, portanto, para um diagnóstico de transtorno bipolar tipo I.

Nota: Os Critérios A-D representam um episódio maníaco. Pelo menos um episódio maníaco na vida é necessário para o diagnóstico de transtorno bipolar tipo I.

### **Episódio Hipomaníaco**

A. Um período distinto de humor anormal e persistentemente elevado, expansivo ou irritável e aumento anormal e persistente da atividade ou energia, com duração mínima de quatro dias consecutivos e presente na maior parte do dia, quase todos os dias.

B. Durante o período de perturbação do humor e aumento de energia e atividade, três (ou mais) dos seguintes sintomas (quatro se o humor é apenas irritável) persistem, representam uma mudança notável em relação ao comportamento habitual e estão presentes em grau significativo:

1. Autoestima inflada ou grandiosidade.
2. Redução da necessidade de sono (p. ex., sente-se descansado com apenas três horas de sono).
3. Mais loquaz que o habitual ou pressão para continuar falando.
4. Fuga de ideias ou experiência subjetiva de que os pensamentos estão acelerados.
5. Distratibilidade (i.e., a atenção é desviada muito facilmente por estímulos externos insignificantes ou irrelevantes), conforme relatado ou observado.
6. Aumento da atividade dirigida a objetivos (seja socialmente, no trabalho ou escola, seja sexualmente) ou agitação psicomotora.
7. Envolvimento excessivo em atividades com elevado potencial para consequências dolorosas (p. ex., envolvimento em surtos desenfreados de compras, indiscrições sexuais ou investimentos financeiros insensatos).

C. O episódio está associado a uma mudança clara no funcionamento que não é característica do indivíduo quando assintomático.

D. A perturbação do humor e a mudança no funcionamento são observáveis por outras pessoas.

E. O episódio não é suficientemente grave a ponto de causar prejuízo acentuado no funcionamento social ou profissional ou para necessitar de hospitalização. Existindo características psicóticas, por definição, o episódio é maníaco.

F. O episódio não é atribuível aos efeitos fisiológicos de uma substância (p. ex., droga de abuso, medicamento, outro tratamento).

Nota: Um episódio hipomaníaco completo que surge durante tratamento antidepressivo (p. ex., medicamento, eletroconvulsoterapia), mas que persiste em um nível de sinais e sintomas além do efeito fisiológico desse tratamento, é evidência suficiente para um diagnóstico de episódio hipomaníaco. Recomenda-se, porém, cautela para que 1 ou 2 sintomas (principalmente aumento da irritabilidade, nervosismo ou agitação após uso de antidepressivo) não sejam considerados suficientes para o diagnóstico de episódio hipomaníaco nem necessariamente indicativos de uma diátese bipolar.

Nota: Os Critérios A-F representam um episódio hipomaníaco. Esses episódios são comuns no transtorno bipolar tipo I, embora não necessários para o diagnóstico desse transtorno.

Estudos demonstram que o portador da doença pode apresentar um “descolamento” da realidade e verbalizar delírios de perseguição, como citado nos estudos a seguir:

Tanto crianças como adolescentes podem ter sintomas psicóticos durante as crises de (hipo)mania. Os sintomas psicóticos mais relatados em crianças foram alucinações visuais (ex: ver cabeças voando no ar), alucinações auditivas (ex: “o diabo e o anjo estão falando comigo”) e delírios de perseguição (ex: “outros meninos estão atrás de mim por inveja”). [...] Geller *et al* encontraram 23% de crianças e adolescentes em (hipo)mania com alucinações (principalmente de comando, imperativo e religioso) e 34,6% de delírios (principalmente de grandeza, de perseguição, de referência e de culpa). As alucinações nesses casos são mais variadas e não se restringem em alucinações auditivas que chamam pelo nome do paciente como nos casos de depressão (Fu-I, 2004, p. 23).

Moreno *et al.* (2005, p. 42), ao descreverem o diagnóstico, tratamento e prevenção da mania e da hipomania no transtorno bipolar, dizem que:

A mania, particularmente nas formas mais graves associadas a delírios paranóides, agitação e irritabilidade, pode ser difícil de distinguir da esquizofrenia, que apresenta em geral maior número de delírios incongruentes com o humor e sintomas schneiderianos de primeira ordem (por exemplo: sonorização do pensamento, alucinações auditivas referindo-se ao paciente na terceira pessoa), além de sintomas negativos, como embotamento afetivo. Idéias delirantes de grandeza também podem aparecer na esquizofrenia, porém sem o humor expansivo ou eufórico observado na mania.

O DSM 5 (APA, 2023, p. 129) ainda descreve características que apoiam o diagnóstico, a saber:

#### **Características Associadas que Apoiam o Diagnóstico**

Durante um episódio maníaco, é comum os indivíduos não perceberem que estão doentes ou necessitando de tratamento, resistindo, com veemência, às tentativas de tratamento. Podem mudar a forma de se vestir, a maquiagem ou a aparência pessoal para um estilo com maior apelo sexual ou extravagante. Alguns percebem maior acurácia olfativa, auditiva ou visual. Jogos de azar e comportamentos antissociais podem acompanhar o episódio maníaco. Há pessoas que podem se tornar hostis e fisicamente ameaçadoras a outras e, quando delirantes, podem agredir fisicamente ou suicidar-se. As consequências catastróficas de um episódio maníaco (p. ex., hospitalização involuntária, dificuldades com a justiça, dificuldades financeiras graves) costumam resultar do juízo crítico prejudicado, da perda de insight e da hiperatividade.



### 3 Estudo de caso<sup>4</sup>

Clarismunda Flores compareceu à delegacia de polícia em 10 do mês de dezembro do ano de 2021, alegando ter sido vítima de estupro praticado pelo seu tio paterno, desde que ela tinha 5 (cinco anos de idade), narrando que teria sido estuprada por um tio desde criança. Refere que ficava sozinha em casa e o parente aproveitava essa situação, conforme depoimento a seguir:

[...] que a declarante alega que aos cinco anos de idade, foi abusada sexualmente por *Paulo*; que a mãe da declarante é cabeleireira e saía para trabalhar, e o pai da declarante que era porteiro, também saía para trabalhar, e a declarante ficava com seu irmão que é mais novo em casa; que os parentes que moravam próximo, ficavam olhando a declarante e seu irmão e lhes davam alimentação e uma vizinha era paga para os levarem para a escola; que a declarante recorda que seu irmão ia para a escola a tarde e a declarante estudava pela manhã; que *Paulo* aproveitava quando a declarante estava sozinha e pulava o muro da casa da declarante com o auxílio de uma escada; que *Paulo* nessa época obrigava a declarante fazer sexo oral no mesmo e tocava o corpo da declarante; que esses abusos duraram até a declarante fazer quatorze anos de idade; que a declarante tinha medo de falar com seus pais, porque *Paulo* a ameaçava e dizia que tinha fotos da declarante e as colocaria na internet e que além disso a declarante era uma menina e ninguém acreditaria nas palavra de uma criança contra um adulto; que *Paulo* tirava a roupa da declarante e os abusos sempre aconteciam no quarto dos pais da declarante; que o quarto da declarante ficava em frente a casa de um tio e por esse motivo a declarante acredita que *Paulo* sempre a levava para o quarto de seus pais que fica localizado no fundo da casa; que no início eram só as caricias e o sexo oral que a declarante era obrigada a fazer; que a declarante lembra que quando tinha por volta dos 10 à 11 anos de idade, houve a primeira penetração; que a declarante recorda-se que sangrou um pouco e que *Paulo* mandou que a mesma lavasse o pano para não deixar vestígios; que *Paulo* não usava preservativos e ejaculava no rosto da declarante ordenando que em seguida a declarante fosse para o chuveiro tomar banho e xingava a declarante de «lixo» e dizia que a declarante não deveria ter nascido, além de afirmar que a declarante não passava de um objeto sexual; que a declarante não tinha coragem de contar o que se passava a ninguém; que a declarante nunca contou para os seus pais, pois tinha medo que os mesmos não acreditassem, pois a mãe da declarante sempre preferiu acreditar nas pessoas da rua do que na própria declarante; que *Paulo* várias vezes amarrou a declarante com uma corda na cama dos seus pais, e amarrava um pano em sua boca para evitar que a mesma gritasse; que essa corda e esse pano, *Paulo* já trazia de sua casa; que a declarante recorda-se que em uma ocasião, *Paulo* deu três comprimidos brancos para a declarante engolir e a declarante vomitou e só lembra que acordou apenas de calcinha; que *Paulo* também tentou praticar sexo anal com a declarante, quando a mesma tinha em torno de quatorze anos de idade, mas a declarante disse que estava doendo e começou a gritar, quando *Paulo* desistiu e foi embora; que na maioria dos abusos, *Paulo* estava alcoolizado, porém em algumas ocasiões o mesmo estava sóbrio; que existe uma briga referente a herança na família e por tal motivo *Paulo* não se dá bem com o seu irmão, que é o pai da declarante; que quando a declarante estava com quatorze anos de idade, a mãe da mesma passou a desenvolver uma alergia dos produtos que utilizava no trabalho e teve que fechar o salão de beleza; que a declarante era testemunha de Jeová como seus pais mas foi expulsa da congregação, pois a religião não permite sexo fora do casamento e a declarante já tinha um namorado e praticavam sexo; que foi *Paulo* que tirou a virgindade da declarante e a mesma só tomou coragem de procurar uma delegacia para fazer a denúncia, após ser encorajada pelo seu atual namorado que a aconselhou inclusive a contar tudo para seus pais; que a declarante é acompanhada por psiquiatras e já teve vários surtos, inclusive já tentou o suicídio algumas vezes; que a declarante já utilizou medicamentos como clonazepam, diazepam e carbolítium que a declarante sentia seu corpo sujo por tudo que passou e por tal motivo tentava tirar a própria vida; que a declarante foi diagnosticada com transtorno de bipolaridade e é acompanhada pelo CAPS localizado em Lauro de Freitas; que após a genitora da declarante voltar para casa, quando a declarante tinha quatorze anos de idade, os abusos sexuais praticados por *Paulo* cessaram e a declarante pediu para *Paulo* nunca mais tocar em um fio de seu cabelo; que nos seis anos seguintes, a declarante afirma que *Paulo* tenta se fazer

<sup>4</sup> Os nomes foram trocados para fins de preservação do sigilo.

de bonzinho e fica sempre perguntando pela saúde da mesma; que na rua quando encontra a declarante, *Paulo* já tentou alisar o braço seu braço, mas a mesma sempre pede que *Paulo* não a toque; que a declarante tem receio que *Paulo* abuse sexualmente de sua neta que tem sete anos de idade e passa algumas horas na casa do mesmo, quando a filha de *Paulo* está trabalhando; que agora a declarante lembrou que *Paulo* tirou uma foto da declarante quando a mesma tinha em torno de cinco anos de idade estava de calcinha; que a foto foi tirada de um celular; que apesar da declarante já ter vinte e um anos de idade, a mesma tem lembranças desse momento. Nada mais disse e nem lhe foi perguntado.

O pai depôs informando que a suposta vítima teve diagnóstico de transtorno bipolar ainda na infância, aduzindo que a menina teve episódios de hipomania com narrativa de perseguição, de outro estupro sem referências precisas. A mãe corrobora a narrativa paterna, incluindo que a paciente faz uso de medicamento controlado.

Clarismunda Flores a esta altura era uma mulher casada de mais de vinte e um anos de idade e, portanto, o laudo descreveu desvirginamento antigo além da impossibilidade de o perito afirmar se ele fora decorrente de violência sexual.

Na situação fática supra examinada, além das incoerências próprias do relato da suposta ofendida, a descrição feita pelo genitor de evidentes surtos em que Clarismunda informou estar sendo perseguida e de ter sido estuprada anteriormente por dois rapazes, de estar sendo observada, indicam o que se denomina de *delírio persecutório*. A pessoa crê que está sendo vítima de perseguição; tem a nítida impressão de que está sendo constantemente vigiada e, não raro, pode ouvir vozes que lhe confirmam essas ideias.

É preciso entender que a pessoa nessa condição não está mentindo, pois em sua dissociação do real ela acredita que os fatos estejam ocorrendo: sua fala é sincera, mas somente aconteceu na sua ideação. É necessário, entretanto, alertar que não se deve dispensar esse depoimento *a priori*, já que outros elementos de convicção podem confirmá-lo.

## 4 Norma agendi

Não existe previsão legal da instauração de incidente de insanidade mental para as testemunhas ou vítimas de ilícitos penais, com o objetivo de aferir se o conteúdo de seu discurso tem ressonância na realidade. O instrumento procedimental está exclusivamente previsto para o acusado (art. 149 e seguintes, no que lhe servem, do Código de Processo Penal), enquanto a Lei Processual Civil veda o testemunho dessas pessoas (Código de Processo Civil)<sup>5</sup>.

Por outro lado, a Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017 (Lei do Depoimento Especial), que estabeleceu o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, não prevê a sua aplicação no caso de pessoa vítima acima dos 21 (vinte e um) anos, o que deságua num vazio legislativo.

Embora existam situações mais simples em que a narrativa da pessoa supostamente ofendida envolve, por exemplo, a participação de seres extraterrestres ou personalidades ilustres, evidenciando *megalomania* nas suas palavras<sup>6</sup>, que desde já

<sup>5</sup> Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º São incapazes:

I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; [...]" (Brasil, 2015).

autorizam o afastamento de qualquer providência penal contra quem quer que seja, ao receber o caderno informativo do qual emana depoimento de suposta vítima de ilícito penal que se distancia da realidade o órgão acusador está diante de tarefa difícil.

Evidentemente a situação antes descrita carece de diagnóstico prévio, uma vez que em um único depoimento especial não é possível estabelecer um diagnóstico psicológico, que pode demandar mais de cinco sessões, entre entrevistas estruturadas e semiestruturadas.

## 6 Conclusões

Se a pessoa portadora do transtorno bipolar afirma ter sido vítima de estupro na infância seria necessário um verdadeiro estudo social do caso, ou mesmo, se a norma mais recente antes mencionada (Lei n. 13.431/2017), pudesse contemplar o depoimento especial de adulto portador de enfermidade mental vítima de violência, a vítima poderia ser submetida ao procedimento, ocasião em que o psicólogo poderia aferir se a sua narrativa possui um conteúdo condizente com a realidade, ou se se trata de delírio. Mais ainda, seria a ocasião de determinar se a ofendida atravessa um estado *hipomaníaco*.

Munido dessa informação o Ministério Público poderia atuar de forma mais segura quanto à providência a ser adotada no âmbito de suas atribuições legais.

Em realidade é necessário convir que tanto o saber jurídico<sup>6</sup> quanto às normas penais e processuais penais nacionais têm legado a vítima a uma importância subalterna, voltando todo o seu interesse para a pessoa do criminoso. A preocupação com o ofendido é ainda incipiente, sendo encontrada *aqui e ali*, como na norma citada anteriormente, além da Lei 11.340/2006, Lei n. 9.807/1999 e mais recentemente a Lei 14.321/2022 (violência institucional), sempre ao toque da *legislação de emergência*, atendendo à pauta estabelecida pela opinião pública.

A ausência de norma procedimental nas situações aventadas neste artigo demandam debate a respeito de uma aplicação analógica, ou extensiva, da mesma norma que estabeleceu o depoimento especial (especializado) para evitar que autores de crimes sexuais permaneçam impunes, ou com ações penais fadadas ao fracasso, dada a condição da ofendida, que será vitimizada mais uma vez ao ser submetida às *misérias do processo penal* (Carnelutti, 2018).

## Referências

ALDA, M. Transtorno bipolar. **Brazilian Journal of Psychiatry**, v. 21, p. 14–17, out. 1999.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA). **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5-TR**. 5. ed. rev. Porto Alegre: Artmed, 2023.

<sup>6</sup> Ex. “O Papa me persegue” ou “Eu tenho sido seguido por discos voadores e a Receita Federal não toma nenhuma providência”.

<sup>7</sup> Com a devida vênia daqueles que entendem ser o Direito uma ciência.

AYARRAGARAY, Carlos A. **Crítica do testemunho**. Tradução: Deraldo J. de Souza. Salvador: Livraria Progresso, 1956.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 19 abr. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm). Acesso em: 19 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 19 abr. de 2023.

BRITTO, Ilma A Goulart de Souza. Sobre delírios e alucinações. **Rev. bras. ter. comport. cogn.**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 61-71, jun. 2004. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-55452004000100007&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-55452004000100007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 19 abr. 2023.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução: Carlos Eduardo Trevelin Millan. Sao Paulo, Pillares, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Minelli, 2006.

FU-I, L. Transtorno afetivo bipolar na infância e na adolescência. **Brazilian Journal of Psychiatry**, São Paulo, v. 26, p. 22-26, 2004. Supl. 3.

GUERRA, A. B. G.; CALIL, H. M. O transtorno bipolar na mulher. **Archives of Clinical Psychiatry**, São Paulo, v. 32, p. 110-116, 2005.

LACAN, J. **O seminário: livro 1 - os escritos técnicos de Freud**. Tradução: Betty Milan. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

MORENO, R. A.; MORENO, D. H.; RATZKE, R. Diagnóstico, tratamento e prevenção da mania e da hipomania no transtorno bipolar. **Archives of Clinical Psychiatry**, São Paulo, v. 32, p. 39-48, 2005.

## Glossário

**Amiúdo:** Com frequência; repetidas vezes; a miúdo; frequentemente.

Fonte: [Aulete Digital](#)

**Casuística:** Parte da teologia moral que trata dos casos de consciência. Registro de casos observados. Maneira de discutir e analisar casos por meio de sutilezas e artifícios.

Fonte: [Aulete Digital](#)

## ARTIGO

**O DIREITO AO RECONHECIMENTO DE PARENTALIDADE PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES, À LUZ DAS ALTERAÇÕES NA LEI 8.560/92, QUE REGULA AS INVESTIGAÇÕES DE PATERNIDADE****THE RIGHT TO PARENTAL RECOGNITION FOR CHILDREN AND ADOLESCENTS IN LIGHT OF CHANGES IN THE LAW N. 8560/92, WHICH REGULATES PATERNITY INVESTIGATIONS**

*Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl e Milena Moreschi de Almeida*



Promotora de Justiça no Ministério Público da Bahia (MP/BA), ex-coordenadora do Centro de Apoio da Infância e Adolescência do (MP/BA), pós-graduada em Direito e Processo Tributário, pós-graduanda em Infância e Juventude pela Fundação Escola Superior do Ministério Público — FMP — e mestranda em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).



Promotora de Justiça no Ministério Público da Bahia (MP/BA), pós-graduada em Direito Empresarial; pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil.

**Resumo**

Há um problema generalizado no país de crianças e adolescentes sem registro do seu genitor na certidão de nascimento. Essa lacuna repercute na formação psicológica e tem reflexos por toda a vida. Além de atingir a dignidade da pessoa humana toca também os direitos da personalidade de crianças e adolescentes, a quem a Constituição Federal assegura a absoluta prioridade. Com isso, tem-se que buscar a solução jurídica para isso, por meio da análise dos dispositivos anteriores à Lei de Investigação de Paternidade, Lei n. 8560/92, que sofreu alterações no ano de 2021, com a inclusão do §2-A, no art. 2º, possibilitando a realização do exame de mapeamento genético em parentes consanguíneos, a jurisprudência e a doutrina. Por fim, deve-se almejar a atuação mais benéfica para os menores de idade e se ter um olhar focado na resolutividade e celeridade.

**Palavras-chaves:** filiação; reconhecimento; criança; adolescente; prioridade absoluta.

## Abstract

There is a widespread problem in the country of children and adolescents without their parents being registered on their birth certificates. This gap has repercussions on psychological training and has repercussions throughout life. In addition to achieving the dignity of the human person, it also affects the personality rights of children and adolescents, to whom the Federal Constitution guarantees absolute priority. Therefore, it is necessary to seek a legal solution for this, through the analysis of the provisions before the Paternity Investigation Law, Law no. 8560/92, which changed in 2021, with the inclusion of §2-A, in art. 2nd, it makes it possible to carry out genetic mapping examinations in blood relatives, jurisprudence, and doctrine. Finally, we must aim for the most beneficial action for minors and focus on resolution and speed.

**Keywords:** affiliation; recognition; child; adolescent; absolute priority.

## 1 Considerações iniciais

A Declaração dos Direitos da Criança (Liga das Nações, 1924) estabelece, já em seu preâmbulo, que homens e mulheres de todas as nações reconhecem que a humanidade deve dar à criança o melhor que tem, afirmando seus deveres, independentemente de qualquer consideração de raça, nacionalidade ou credo.

Posteriormente, o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) destaca que as pessoas durante a infância têm direito a cuidados e assistência especiais e que todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Em 1959, com a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, foi previsto em seu terceiro princípio de que a criança tem direito, desde o seu nascimento, a um nome e a uma nacionalidade (ONU, 1959). Isso foi replicado no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado no Brasil pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, que expressamente dispõe que toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome (Brasil, 1992a).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, firmada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e ratificada pelo Brasil, pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, estabelece, no artigo 18 que: “Toda pessoa tem direito a um prenome e ao nome de seus pais ou de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esses direitos, mediante nomes fictícios, se for necessário (Brasil, 1992c).

Segundo o Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990, que promulga a Convenção sobre Direitos da Criança, de 1989, todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança (Brasil, 1990a).

Além disso, a mesma Convenção dispõe que a criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, dentro do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

Os direitos humanos de crianças e adolescentes previstos em documentos internacionais foram consolidados no texto da Constituição Federal de 1988 (CF/88), como direitos fundamentais. A partir do momento em que estes direitos fundamentais são estudados e desenvolvidos na doutrina do direito privado, tal como vemos o direito ao nome e

à parentalidade de crianças e adolescentes, eles são chamados de direitos da personalidade (Farias; Braga Netto; Rosendal, 2023, p. 175).

Dessa forma, é nítida a projeção do princípio da dignidade da pessoa humana nos chamados direitos da personalidade, elencados nos arts. 11 a 21 do Código Civil, em que são tratados atributos inerentes à pessoa, projetando-o como indivíduo (Abboud, 2023, p. 67).

Ocorre haver crianças e adolescentes registrados logo após seu nascimento, mas apenas com o nome da genitora, sem que lhes seja reconhecida a filiação paterna e conferido o uso do sobrenome deste pai. Uma vez não sendo reconhecida esta paternidade posteriormente ao nascimento, devem ser adotadas medidas para assegurar o direito à filiação.

Em que pese a assimilação do estado de filiação à gama dos direitos da personalidade e dignidade humana, a efetivação do reconhecimento da paternidade tem encontrado óbices em questões materiais e processuais, que se somam à ausência de resolutividade na interpretação e aplicação das normas de regência.

O caminho a ser trilhado para a obtenção do reconhecimento do vínculo biológico não viu horizonte mais fácil somente em decorrência das alterações promovidas pela Lei 14.138/2021 à Lei 8.560/92, que ampliou a possibilidade de aplicação da presunção relativa de paternidade aos parentes consanguíneos de pai falecido ou de paradeiro desconhecido, em caso de recusa à submissão ao exame de mapeamento genético.

A previsão expressa de presunção relativa ou **juris tantum** de paternidade em caso de recusa à submissão do exame de DNA pelo suposto pai não constitui, por si só, em inovação. Desde 2004 o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sumulado sobre a presunção relativa de paternidade<sup>1</sup>. Some-se a esse entendimento o disposto no art. 232 do Código Civil instituído em 2002 (Brasil, 2002), determinando que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Ocorre que é importante ter atenção quando a investigação de paternidade se dá num contexto de vulnerabilidade social, de modo que se separar o estado de filiação do direito à herança é fundamental para viabilizar a efetivação do direito à paternidade. Em circunstâncias de vulnerabilidade social, a criança e adolescente hipossuficiente busca o reconhecimento da filiação de pai falecido que sequer deixou herança, em face de parentes consanguíneos igualmente hipossuficientes.

A solução a todos esses questionamentos requer o debate de questões materiais e processuais de relevância, que envolvem os direitos da personalidade de crianças e adolescentes, a existência ou não de conflito de normas que disciplinam o reconhecimento da paternidade, a interpretação restritiva sobre a participação dos parentes consanguíneos nas ações judiciais e a necessidade de se interpretar o ordenamento jurídico sob a ótica da resolutividade e do impacto social.

Para o desenvolvimento deste artigo, a metodologia adotada foi a revisão bibliográfica, associada a uma pesquisa atenciosa da jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da matéria.

---

<sup>1</sup> "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade" (Brasil, 2004).

## 2 O suposto conflito de normas entre ECA, CPC e a Lei 8.560/1992

O Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA (Brasil, 1990b, grifo nosso), quando trata de família natural dispõe que:

*Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, independentemente da origem da filiação. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou **sucedê-lo ao falecimento, se deixar descendentes.***

*Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.*

Pela leitura inicial do art. 26 do ECA, só seria possível o reconhecimento **post mortem** se o suposto genitor deixasse descendentes, o que não coaduna com a prática vigente, já que é cediço que, na falta de descendentes, podem ser parte adversa no processo de reconhecimento outros parentes consanguíneos (Brasil, 1990b).

O artigo 27 do Estatuto permanece com a redação original da data de sua promulgação, no ano de 1990. A Lei n. 8.560/92, que regula especificamente a investigação de paternidade de filhos havidos fora do casamento, apenas passou a fazer menção expressa ao exame de DNA 19 anos mais tarde, quando da alteração promovida pela Lei n. 12.004 de 29 de julho de 2009, que inseriu no texto legislativo a presunção relativa de paternidade em caso de recusa do suposto pai à submissão ao exame de pareamento de código genético. A previsão legal da presunção relativa de paternidade aplicável em caso de recusa dos parentes consanguíneos foi implantada pela Lei n. 14.138 de 16 de abril de 2021, isto é, quase 12 anos depois que o exame de DNA foi mencionado pela primeira vez nas alterações promovidas na Lei 8.560/92 (Brasil, 1992b).

Compreensível, portanto, o dito anacronismo do artigo 27 do Estatuto em ainda se falar em “herdeiros”, pois entre a redação original do artigo 27 do ECA e a última alteração da Lei 8.560/92, que passou a prever a presunção relativa de paternidade contra os parentes consanguíneos do suposto pai, existe um lapso de 31 anos. A evolução da acessibilidade e da confiabilidade do exame de pareamento de código genético foi incorporada na lei específica ao longo dos anos, acompanhada paralelamente pela compreensão da maior envergadura do direito da personalidade e dignidade da criança e do adolescente ao reconhecimento do seu estado de filiação, distanciando-se de direitos acessórios e secundários, como o direito à **percepção** de alimentos e à herança.

Ademais, a Lei 8.560/92, no ano de 2021, sofreu alterações e passou a contar com a seguinte redação:

*Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.*

*§ 1º. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético — DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.*

*§ 2º Se **o suposto pai houver falecido ou não existir notícia de seu paradeiro, o juiz determinará, a expensas do autor da ação, a realização do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes consanguíneos, preferindo-se os de grau mais próximo aos mais distantes, importando a recusa em presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório*** (Brasil, 1992b, grifo nosso).



Dessa maneira, a legislação específica para a regulação do reconhecimento de paternidade previu que no caso de genitor falecido, o exame de DNA será determinado nos parentes consanguíneos e não fez menção exclusivamente aos descendentes, como consta no ECA. Além disso, no caso de recusa, haveria a presunção de paternidade, que seria analisada em conjunto com as outras provas.

O novel entendimento está consoante o disposto no Código Civil (Brasil, 2002), que em seu art. 1.605 estabelece que:

Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação **por qualquer modo admissível em direito:**

- I — quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;
- II — quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Destaque-se que decisões do Superior Tribunal de Justiça já tratam da realização de exame em parentes consanguíneos, corroborando com o texto da Lei 8.560/92:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE “POST MORTEM”. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINOU A EXUMAÇÃO DOS RESTOS MORTAIS DO CORPO DO PAI DO IMPETRANTE, EM RAZÃO DA RECUSA DESTES E DE SEUS IRMÃOS EM SE SUBMETEREM AO EXAME INDIRETO DE DNA.

[...]5. Em se tratando de ação de investigação de paternidade — demanda em que estão em discussão direitos personalíssimos indisponíveis, o processo deve pautar-se pela busca da verdade real, possibilitando aos investigadores a maior amplitude probatória possível.

6. Ao pretendo filho é absolutamente lícito perseguir a elucidação da sua parentalidade lançando mão de “todos os meios legais e moralmente legítimos” para provar a verdade dos fatos, conforme estatuído no caput do art. 2º-A da Lei n.º 8.560/92 (Lei da Ação de Investigação de Paternidade).

7. Segundo já decidiu este STJ, “em ação de investigação de paternidade, impõe-se um papel ativo ao julgador, que não deve medir esforços para determinar a produção de provas na busca da verdade real, **porquanto a pretensão fundamenta-se no direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de conhecimento do estado biológico de filiação, consubstanciado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).**” (EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1.629.844/MT, Rel. Ministro Lázaro Guimarães, Quarta Turma, DJe 25/05/2018).

8. Notória relevância, no âmbito da instrução probatória das ações de investigação de paternidade, do exame de DNA, por permitir a determinação biológica com precisão científica em razão da carga genética do indivíduo, de forma simples, rápida e segura (AgInt no REsp 1563150/MG, Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 19/10/2016).

9. Consolidação da orientação jurisprudencial do STJ acerca da presunção “juris tantum” de paternidade que se pretendia provar quando há recusa injustificada do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA, nos termos do enunciado 301 do STJ, **que alcança também os familiares do investigado falecido, conforme positivado no §2º do art. 2º-A, da Lei 8.560/1992.**

[...]

14. Entrega da prestação jurisdicional que não pode ser mais retardada, notadamente em se tratando de direito subjetivo pretendido por pessoa que se viu privada material e afetivamente de ter um pai, ao longo de 47 anos de vida, na qual enfrentou toda a sorte de dificuldades.

15. Ausência de flagrante ilegalidade, de ato abusivo ou teratologia no comando judicial impugnado.

16. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO (Brasil, 2022).

Dessa maneira, restaria superada a questão da possibilidade de o exame ser realizado nos ascendentes ou parentes consanguíneos. Passa-se, então, à análise da possibilidade de a ação de reconhecimento de paternidade ser proposta em face dos parentes consanguíneos mais próximos ao invés de exclusivamente em face de herdeiros.

É bom ressaltar que há entendimento do Superior Tribunal de Justiça — STJ — anterior à alteração na Lei n. 8560/92, de que a ação de reconhecimento de paternidade *post mortem* deve ser proposta contra todos os herdeiros do falecido, sob pena de nulidade:

Não implementado o litisconsórcio necessário, será nula a sentença assim proferida sem a presença de partes indispensáveis. (...). Essa é uma nulidade absoluta, porque não diz respeito exclusivamente ao interesse das partes do processo, mas da própria Justiça e dos terceiros omitidos; por ser absoluta, ela será reconhecida pelo tribunal ao qual a causa for endereçada em eventual recurso, mesmo que nenhuma das partes a invoque ou peça a anulação da sentença. Se ocorrer o trânsito em julgado, será admissível a ação rescisória (art. 485, inc. V) (...) (Dinamarco, 2002, p. 355-356 *apud* Brasil, 2010).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NÃO REALIZADO. RECUSA DOS HERDEIROS DO INVESTIGADO. PATERNIDADE PRESUMIDA. SÚMULA Nº 301/STJ. PRESUNÇÃO RELATIVA CORROBORADA COM AS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. As instâncias ordinárias não cogitaram sobre a necessidade de exumação de cadáver para fins de exame de DNA em sede de investigação de paternidade, pois o contexto fático-probatório dos autos foi considerado suficiente para se presumir a paternidade, o que é insindicação nesta instância especial ante o óbice da Súmula nº 7/STJ. **2. A ação de reconhecimento de paternidade *post mortem* deve ser proposta contra todos os herdeiros do falecido.** 3. A recusa imotivada da parte investigada em se submeter ao exame de DNA, no caso os sucessores do autor da herança, gera a presunção *iuris tantum* de paternidade à luz da literalidade da Súmula nº 301/STJ. 4. O direito de reconhecimento da paternidade é indisponível, imprescritível e irrenunciável, ou seja, ninguém é obrigado a abdicar de seu próprio estado, que pode ser reconhecido a qualquer tempo. 5. Recurso especial não provido (Brasi, 2015, grifo nosso).

Entretanto a não localização de todos os herdeiros inviabiliza o andamento processual para ser reconhecida a paternidade, ferindo os macros princípios da infância e da adolescência, da prioridade absoluta, do melhor interesse da criança e pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

O princípio da prioridade absoluta foi estabelecido de forma inédita no Texto Constitucional, no art. 227 da CF/88<sup>2</sup>, e está de forma mais pormenorizada nos art. 4º<sup>3</sup>, art. 100, parágrafo único, II<sup>4</sup>, do ECA.

Seu alcance é amplo e irrestrito, já que estabelece a primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse, seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar (Amin, 2022, p. 76).

Dessa maneira, estabelecida uma ponderação de valores, mesmo que legislativa, deve-se sempre priorizar as crianças e os adolescentes.

<sup>2</sup> “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (Brasil, 1988, grifo nosso).

<sup>3</sup> “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (Brasil, 1990b).

<sup>4</sup> “Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência I — condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência II — proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares [...]” (Brasil, 1990b).

Some-se a isso que, segundo Amaral (2020, p. 107):

O princípio da prioridade absoluta deve ser compreendido em consonância com o princípio da razoável duração do processo. Assim, o atraso de um dia no andamento do processo envolvendo a defesa dos direitos de crianças e adolescentes pode levar a consequências graves para o desenvolvimento desses indivíduos.

O objetivo desse princípio é bem claro: obter a proteção integral, com base na prioridade dos interesses da criança, para se facilitar a efetividade de todos os direitos fundamentais acolhidos ou admitidos na CF e no Estatuto.

Outro princípio, o do interesse superior da criança e do adolescente, surgiu inicialmente como princípio 2 da Declaração Universal dos Direitos das Crianças (ONU, 1959) e foi replicado no art. 3º da Convenção dos Direitos da Criança (Brasil, 1990a).

Nesse caso, há duas operações a realizar: “[...] 1) os interesses da criança ou do adolescente devem ser priorizados em relação aos demais e 2) entre os interesses, devem ser buscados os melhores [...]” (Amaral, 2020, p. 100).

É importante destacar que crianças e adolescentes também possuem a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e em decorrência disso, encontram-se em situação essencial de maior vulnerabilidade, ensejadora de outorga de regime especial de salvaguardas, que lhe permitam construir suas potencialidades humanas com plenitude (Machado, 2002, p. 108–109).

A proteção adequada dos direitos fundamentais, entre eles os direitos da personalidade, exige que o intérprete concretize, à luz das variáveis concretas, os princípios constitucionais, otimizando, valorativamente, os expedientes de tutela (Vieira, 1997, p. 96).

Uma vez não localizados ou desconhecidos os herdeiros para integrarem o polo passivo da demanda, uma criança ou adolescente, segundo o entendimento dos tribunais supra relacionados, deixaria de ter reconhecido seu direito à sua parentalidade.

Dessarte, os princípios da absoluta prioridade, melhor interesse, pessoa em situação peculiar de desenvolvimento e da duração razoável do processo, envolvendo um menor de 18 anos, sucumbirá em favor de terceiros, que podem ter interesse eminentemente patrimonial. Todavia deveria ocorrer o oposto, porque havendo situações de conflitos, os interesses das crianças e dos adolescentes são priorizados em relação aos de outras pessoas ou instituições, ficando estes em segundo plano (Costa, 2023, p. 67).

**A contrario sensu** do que se encontra disposto no ECA e nos julgados do STJ sobre a necessidade de citação de todos os herdeiros, a redação do §2º do art. 2-A da Lei 8.560/92 não menciona os herdeiros e sim que se o suposto pai houver falecido ou não existir notícia de seu paradeiro, o juiz determinará a realização do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes consanguíneos, preferindo-se os de grau mais próximo aos mais distantes.

Tal mudança de paradigma resulta do entendimento mais benéfico para aquele que busca sua parentalidade, tendo em vista que muitas ações deixam de ser propostas ou ficam estagnadas em razão da não localização de supostos herdeiros.

Há inúmeras crianças e adolescentes que convivem com parentes consanguíneos, como avós paternos, que são parentes de 1º grau, e estariam impedidas de terem sua

parentalidade reconhecida quando há parente consanguíneo apto e concordante para a realização do exame de DNA de um lado, mas de outro há um ou vários supostos herdeiros que não são localizados para integrar a ação de reconhecimento de parentalidade.

Realizado o exame de DNA com o parente consanguíneo, haverá a prova de que a parentalidade é existente, e, caso ocorra a recusa deste, aplica-se a presunção relativa da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Isso decorre da transferência do ônus da prova para o suposto pai ou seus parentes consanguíneos, com o intuito de assegurar a proteção do direito fundamental da personalidade e dignidade de crianças e adolescentes, facilitando-se a realização do exame de DNA quando o pai biológico se encontra com paradeiro desconhecido ou é falecido. É de grande relevância a citação da íntegra do Voto da Deputada Carmem Zanotto ao então Projeto de Lei 3248/2012, transformado na Lei 14.138/2021, que esclareceu o objetivo da nova norma em afirmar a prioridade do direito ao reconhecimento da paternidade de crianças e adolescentes:

Visando proteger ainda mais o direito do registrado veio a lume a recentíssima Lei n.º 12.004 de 29/07/2009 que acresceu o art. 2º — A à Lei 8.560/92 em que se presume a paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório, em caso de negativa do suposto pai a proceder ao exame de código genético, ou seja, o DNA. **O reconhecimento do estado de filiação é um direito constitucional da criança, que extrapola a vontade dos genitores.** Dele depende, inclusive, a possibilidade de postular pedido de pensão alimentícia em nome da criança. Além disso, é essencial em casos de herança. De acordo com o Juiz de Direito Dr. Sílvio Dagoberto Orsatto, da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Lages em Santa Catarina, **'a falta do registro de nascimento ou a falta da indicação da paternidade nega à criança não só direito ao reconhecimento do estado de filiação, assegurado pelo art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como cria um cidadão com capacidade social diminuída.'** (...) Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com base no Censo Escolar de 2011, apontam que há 5,5 milhões de crianças brasileiras sem o nome do pai na certidão de nascimento. (...). **A ausência do reconhecimento, ou mesmo de ter certeza sobre quem é o seu pai, é extremamente prejudicial ao desenvolvimento psicológico de crianças e adolescentes. E, na hipótese de o suposto pai estar desaparecido, resta impossível examiná-lo. Já no caso de pessoa falecida, muitas vezes é difícil a aplicação do exame de pareamento genético (DNA) no cadáver, se transcorrido longo período após a morte. Assim, entendemos como plausível que o exame de pareamento genético (DNA) seja realizado em parentes consanguíneos, dada a grande importância de assegurar à criança o conhecimento de sua origem parental, aplicando-se os mesmos pressupostos da ação de reconhecimento de paternidade ocorrida com o pai presente. E, deve-se restar claro que essa nova possibilidade de exame mantém a mesma presunção de paternidade já prevista legalmente para o alegado pai, em caso de recusa do parente próximo em submeter-se ao exame. Além disso, trata-se de exame de grande simplicidade, que não gera qualquer constrangimento a quem quer que seja, e garante à criança a verdade sobre sua origem e um digno reconhecimento, que em muito o auxiliará em seu desenvolvimento como ser humano.** Diante de todo o exposto, o voto é pela APROVAÇÃO do Projeto de Lei nº 3.248, DE 2012 (Brasil, 2012, grifo nosso).

O referido voto demonstrou com clareza a intenção da alteração legislativa em conferir o grau máximo de proteção ao direito fundamental da personalidade de crianças e adolescentes registrados a terem reconhecido seu estado de filiação, sublinhando o reconhecimento da paternidade como direito principal, subordinando-se a ele o direito à percepção de alimentos e o direito à herança, como direitos secundários. Essa premissa é fundamental para se analisar as consequências materiais e processuais da aplicação da presunção relativa de paternidade aos parentes consanguíneos.

Sob o aspecto material, cabe questionar se o direito à demonstração do vínculo genético é tratado com prioridade sobre outros direitos patrimoniais, como o direito à percepção de alimentos e o direito à herança. Significa dizer que ao se estender aos parentes consanguíneos (e não herdeiros) a presunção relativa em caso de recusa à submissão ao exame de DNA, quis o legislador ressaltar a primazia do direito da personalidade da criança e do adolescente à parentalidade, dissociando-o das discussões quanto aos alimentos e à herança.

De outrabanda, sob a ótica processual, questiona-se se a previsão expressa da presunção relativa de paternidade em caso de recusa dos parentes consanguíneos pode ser traduzida como uma alteração da legitimidade passiva para ações de investigação de paternidade.

No que se refere ao litisconsórcio passivo dispõe o Código de Processo Civil (CPC): “Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes” (Brasil, 2015).

Desta forma, o registro com base em presunção relativa, tal como indagado no terceiro questionamento, não resulta em prejuízo para os supostos herdeiros, uma vez que a coisa julgada se formou com base nas provas dos autos.

É mister afirmar, contudo, que a coisa julgada na ação investigatória de paternidade se formará sob a técnica *secundum eventum probationes*. Ou seja, forma-se apenas em relação às provas produzidas no processo, não alcançando provas não disponibilizadas naquela demanda, identicamente ao que se tem nas ações coletivas. Com isso, torna-se possível a repositura da ação para produzir provas ainda não realizadas. Veja-se, inclusive, que não se faz necessário justificar a propositura de qualquer ação rescisória, com vistas a um rejuízo da ação filiatória, eis que a decisão judicial que não exaurir os meios de prova *não passa em julgado*, afastando-se o manto sagrado da coisa julgada (Farias; Braga Netto; Rosenvald, 2023, p. 1310).

Ocorre que a coisa julgada é relativa quando não houve no processo a realização do exame de DNA, tendo em vista que resulta na presunção relativa de parentalidade. Entendimento diverso ocorre quando a coisa julgada se deu por sentença que teve por lastro o exame genético. Nesse sentido, entende o STJ:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO ORIGINÁRIA JULGADA SEM A PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL EM RAZÃO DA RECUSA DO INVESTIGADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo n.º 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. **A jurisprudência desta Corte, acompanhando o entendimento do STF, firmou entendimento de que, nas ações de estado, como as de filiação, deve-se dar prevalência ao princípio da verdade real, admitindo-se a relativização ou flexibilização da coisa julgada, mas somente nos casos nos quais não fora possível a realização do exame de DNA.**

3. Hipótese distinta do caso concreto em que a ação de investigação de paternidade foi julgada procedente com base na prova testemunhal, e, especialmente, diante da recusa do investigado em proceder ao exame genético.

4. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos.

5. Agravo interno não provido (Brasil, 2023, grifo nosso).

E, além disso, deve-se afirmar que a eficácia da sentença não se confunde com sua autoridade. Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 640):

A eficácia da sentença é a sua aptidão para a produção de efeitos. A autoridade da sentença é a sua imutabilidade e indiscutibilidade — é a coisa julgada. A coisa julgada não é uma eficácia da sentença, mas simplesmente uma qualidade agregada ao efeito declaratório da sentença de mérito transitada em julgado.

Inexistem dúvidas, portanto, que para a eficácia da sentença declaratória, após o advento do §2º, do art. 2-A, da Lei n. 8560/92, não é necessária a citação de herdeiro e sim que o reconhecimento de parentalidade pode ocorrer por parente consanguíneo, porque o que se almeja é a prova do vínculo, e caso haja a recusa na realização do exame, esta presunção é relativa até que se prove o oposto, como já foi dito.

Apenas seria necessário chamar a vocação hereditária se a ação de paternidade fosse cumulada com petição de herança, mas aquela primeira ação pode ser proposta isoladamente apenas visando a declarar a parentalidade.

O direito sucessório neste caso, quando em conflito com o direito da personalidade de conhecimento de sua descendência, fica em segundo plano, ao ter no país milhares de crianças e adolescentes sem pai no registro, emperradas pela burocracia de busca por herdeiros.

De acordo com o Portal da Transparência sobre registros civis (Arpen-Brasil, 2023), no período de 1º de janeiro de 2016 até 1º de setembro de 2023 houve um total de 20.842.852 nascimentos em todas as regiões do país e destes 1.153.156 foram registrados com pais ausentes. No mesmo período, houve 199.239 reconhecimentos de paternidade, atestando as dificuldades em estabelecer a relação de parentesco, seja judicial ou extrajudicial.

As cidades com maior percentual de nascimentos sem o registro paterno têm algo em comum: são municípios relativamente pequenos e de baixa renda, onde há dificuldade de acesso à justiça pelos responsáveis legais de crianças e adolescentes.

Segundo o estudo *The Consequences of Fatherlessness* (NFC, 2012), as crianças provenientes de lares sem pai têm maior probabilidade de serem pobres, de se envolverem no abuso de drogas e de álcool, de abandonarem a escola e de sofrerem de problemas de saúde e emocionais. Os meninos são mais propensos a se envolverem em crimes e as meninas são mais propensas a engravidar na adolescência.

Assim, a inovação legislativa atende a todos que buscam o reconhecimento da parentalidade, mas, principalmente, vão ao encontro dos princípios da proteção integral,

melhor interesse da criança e do adolescente e da razoável duração do processo.

### **3 Da possibilidade de reconhecimento extrajudicial de paternidade em busca de uma atuação célere e resolutive**

Em que pese a inovação legislativa permitindo a aplicação da presunção relativa de paternidade em caso de recusa dos parentes consanguíneos à submissão ao exame de DNA, após a inserção do §2º do art. 2-A, na Lei n. 8560/92, os dados extraídos do Portal da Transparência da Associação Nacional de Registradores de Pessoas Naturais (Arpen-Brasil), apontam um aumento gradativo do número de registros de nascimento com pai ausente, e uma diminuição no percentual de reconhecimento de paternidade sobre os registros sem pai:

*A contrario sensu*, seria esperado que a ampliação da possibilidade de reconhecimento pelos parentes consanguíneos em caso de pai com paradeiro desconhecido ou falecido contribuísse para o aumento de averbações de paternidade.

Passados dois anos da entrada em vigor do § 2º do art. 2º-A da Lei 8.560/92, com a redação dada pela Lei 14.138/2021, em que é expressamente autorizada a aplicação da presunção relativa contra o suposto pai e seus parentes consanguíneos em caso de recusa à submissão ao exame de DNA, observou-se impacto insuficiente na diminuição do número de registros sem pai.

Desde 1 de janeiro de 2016 os dados de registros de nascimento passaram a constar no Portal da Transparência, disponibilizado pela Arpen-Brasil, compilando informações como índice de registros de nascimento com pai ausente e índice de reconhecimentos de paternidade.

Os dados apontam que na atualidade constam 1.153.156 registros lavrados a partir de 1 de janeiro de 2016 sem indicação da paternidade (Arpen-Brasil, 2023). Traduzindo-se os números brutos, pode-se afirmar que existem mais de um milhão de crianças abaixo de 07 anos, que não possuem a paternidade reconhecida<sup>5</sup>.

Conforme será demonstrado, ao se analisar os números de reconhecimento da paternidade após a lavratura do registro, observa-se que a partir do ano de 2021, ano em que a Lei 14.138/2021 entrou em vigor, nota-se uma diminuição no percentual de reconhecimentos de paternidade sobre o número de registros de nascimento com pai ausente, alcançando percentuais inferiores aos observados antes da pandemia da COVID-19.

Em contrapartida, observa-se um aumento gradativo e constante do número de registros de nascimento com pai ausente a cada ano. Os fatores que induzem essa elevação podem estar associados a questões sociais múltiplas. Contudo a diminuição do percentual de reconhecimento é uma constatação inquietante, quando se esperava o oposto diante da ampliação legislativa das hipóteses de presunção relativa de paternidade ocorrida a partir de 2021.

---

<sup>5</sup> Atente-se que o referido portal não contabiliza registros lavrados antes de 1 de janeiro de 2016, havendo uma lacuna de dados deste período anterior.

**Tabela 1 – Percentual de registros de nascimento com pai ausente**

Ano	Total de registros de nascimento	Total registros sem pai	Percentual de registros sem pai sobre o total de registros de nascimento
2016	2584485	137416	5,3%
2017	2675994	81471	3,0%
2018	2858687	157797	5,5%
2019	2843494	164864	5,7%
2020	2683054	155813	5,8%
2021	2684403	161540	6,0%
2022	2603751	163745	6,2%
2023 até 01 de setembro	1783513	121886	6,8%
Total geral desde 01/01/2016	20842852	1153156	5,5%

Fonte: Arpen-Brasil (2023).

Na Tabela 1, observa-se a partir do ano de 2018 um crescimento gradativo e constante do percentual de registros com pai ausente sobre o número total de registros de nascimento. Tendo-se como marco a entrada em vigor da alteração do § 2º do art. 2º-A da Lei 8560/92 em 16 de abril de 2021, o percentual de registros com pai ausente aumentou em 2021, 2022 e 2023.

**Tabela 2 - Percentual de reconhecimentos de paternidade em relação ao total de registros de crianças com pai ausente**

Ano	Total de registros de nascimento	Total reconhecimentos de paternidade	Percentual reconhecimento sobre os números de registro sem pai
2016	137416	14696	10,6%
2017	81471	14810	18,1%
2018	157797	26890	17,0%
2019	164864	35243	21,3%
2020	155813	23921	15,3%
2021	161540	24682	15,2%
2022	163745	32663	19,9%
2023 até 01 de setembro	121886	24327	19,9%
Total geral desde 01/01/2016	1153156	199239	0,9%

Fonte: Arpen-Brasil (2023).

A Tabela 2 registra que o maior percentual de reconhecimento de paternidade sobre o número de registros com pai ausente ocorreu no ano de 2019, isto é, antes da pandemia da COVID-19, que impôs o isolamento social durante boa parte do ano de 2020. Contudo, a partir de 2021, em que temos o marco da entrada em vigor da alteração do § 2º do art. 2º-A da Lei 8560/92 em 16 de abril de 2021, o percentual de reconhecimento teve uma redução significativa, regredindo a patamares inferiores aos constatados antes da pandemia.



**Tabela 3 - Comparação entre o percentual de registros com pai ausente e o percentual de reconhecimento de paternidade**

Ano	Percentual de Registros com pai ausente	Percentual de Registros com pai ausente
2016	5,3%	10,6%
2017	3,0%	18,1%
2018	5,5%	17,0%
2019	5,7%	21,3%
2020	5,8%	15,3%
2021	6,0%	15,2%
2022	6,2%	19,9%
2023 até 01 de setembro	6,8%	19,9%
Total geral desde 01/01/2016	5,5%	0,9%

Fonte: Arpen-Brasil (2023).

Por último, a Tabela 3 mostra que o percentual de registros com pai ausente observou aumento contínuo a partir de 2018. Já a taxa de reconhecimento passou a cair a partir de 2019. Nos anos de 2021 e 2022, o percentual de reconhecimento de paternidade ficou inferior ao percentual observado em 2019, isto é, antes da pandemia da COVID-19.

Sem prejuízo da interferência de fatores sociais, ou mesmo da pandemia da COVID-19, a demonstração, por meio desses dados, da diminuição do percentual de reconhecimento de paternidade em paralelo ao aumento de novos registros de nascimento com pai ausente é motivo suficiente para se convocar uma reflexão sobre como a presunção relativa de paternidade está sendo interpretada pelos operadores do direito, e, principalmente, como está sendo aplicada pelos operadores da justiça.

E o questionamento mais relevante sob a ótica da resolutividade e efetiva prestação da tutela jurisdicional é se são aplicáveis os métodos de conciliação e a mediação extrajudiciais para reconhecimento da paternidade biológica em relação ao investigante e aos parentes consanguíneos, especialmente considerando que a realização do exame de DNA pode ocorrer no bojo de procedimentos extrajudiciais, sem ajuizamento de ação judicial.

A interpretação de que há exigência estrita de ação judicial para se convocar os parentes consanguíneos para realização do exame de DNA, ignorando a possibilidade de atuação pelos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, é um elemento de peso para aumentar o congestionamento do poder judiciário e retardar a efetivação do reconhecimento do estado de filiação.

De acordo com o relatório do Conselho Nacional de Justiça — CNJ — Justiça em Números, do ano de 2023, nas varas exclusivas de famílias, órfãos e sucessões, a taxa de congestionamento é de 70% (Brasil, 2023, p. 234). Esse dado não inclui a taxa de congestionamento das varas que acumulam esta competência com outras.

Desse jeito, mesmo quando a ação judicial para o reconhecimento de parentalidade é proposta em face dos parentes consanguíneos, temos um judiciário que possui um passivo que impede a prestação célere da tutela jurisdicional, quando, ao contrário, deveria estar atento ao efeito nefasto do decurso de tempo excessivo sobre ações em que crianças e adolescentes buscam o reconhecimento do seu estado de filiação.

O conflito de interesses travado entre a criança ou adolescente investigante e os parentes consanguíneos do suposto pai é compatível com os métodos extrajudiciais de conciliação e mediação, porque para a realização de exame de DNA não se exige o ajuizamento de ação judicial. Se há a concordância na submissão ao exame, obtendo-se o resultado que comprove a existência do vínculo biológico, segue-se então para o reconhecimento espontâneo, já que é ilógico transformar uma situação resolvida no mundo dos fatos em um **litígio contencioso**, proforma e desnecessário.

Obviamente que a recusa do parente consanguíneo em se submeter ao exame de DNA na via extrajudicial servirá de fundamento para o ajuizamento da ação, visto que é necessária a produção de provas sob o contraditório e a ampla defesa, que se associarão à presunção relativa da paternidade gerada pela recusa e, dessa forma, viabilizar o registro por ordem judicial.

No entanto, não se pode descartar a via extrajudicial para se exigir o ajuizamento de ação nos casos em que não há contencioso. O § 2º do artigo 2º-A, ao utilizar expressões como “nas ações de investigação de paternidade” e “o juiz determinará”, disciplinou o procedimento para os casos em que há conflito ou pretensão resistida. Tanto é que, sendo nesse contexto que o legislador menciona a recusa à submissão do exame como causa de aplicação da presunção relativa de paternidade.

Em outras palavras, a interpretação que deve ser dada ao texto legal é que somente será necessário o ajuizamento de ação em caso de recusa. Havendo concordância à submissão ao exame, seja pelo pai, seja pelos parentes consanguíneos, deve-se privilegiar os meios extrajudiciais de solução de conflitos, deixando-se a ação judicial para ser utilizada quando há o contencioso.

Para exemplificar, citamos a excelente atuação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos – CEJUSC, do Ministério Público e da Defensoria Pública, que possuem cotas para realização gratuita de exames de DNA, e promovem a averbação da paternidade pela via extrajudicial, sem mover ações de investigação de paternidade.

No âmbito do Ministério Público, a Recomendação n. 54, de 28 de março de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro (Brasil, 2017).

A referida resolução lembra que o Ministério Público é função essencial à justiça, incumbido da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e que o êxito na promoção da justiça supõe a efetividade concreta dos direitos de cuja proteção e defesa a Instituição é incumbida.

Além disso, destaca que deve o Ministério Público:

**[...] promover uma atuação institucional responsável e socialmente efetiva supõe o fomento a uma atuação crescentemente resolutiva, vale dizer, orientada para a resolução concreta das situações de inefetividade dos direitos de cuja defesa e proteção é incumbida a Instituição, preferencialmente sem a necessidade de processo judicial e no menor tempo e custo social possíveis**, ou, quando o recurso ao Poder Judiciário se fizer necessário, com a efetivação mais célere possível dos provimentos judiciais alcançados no interesse da sociedade (Brasil, 2017).

Então para que isso de fato aconteça, com resultados mais efetivos e céleres, dispõe que:

Art. 1

[...] § 2º Sempre que possível e observadas as peculiaridades do caso concreto, será priorizada a resolução extrajudicial do conflito, controvérsia ou situação de lesão, ou ameaça, especialmente quando essa via se mostrar capaz de viabilizar uma solução mais célere, econômica, implementável e capaz de satisfazer adequadamente as legítimas expectativas dos titulares dos direitos envolvidos, contribuindo para diminuir a litigiosidade (Brasil, 2017).

Portanto, o conflito de interesses presente na busca pelo reconhecimento da paternidade, quando travado entre crianças e adolescentes contra o suposto pai ou seus parentes consanguíneos, é compatível com os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, devendo ser levados ao contencioso somente em caso de recusa à submissão ao exame, caso em que a ação judicial é o meio indispensável para que a presunção relativa de paternidade de associe a outras provas, e viabilize a averbação do registro.

A exigência da ação judicial, mesmo nos casos em que não há conflito, é fator burocratizante, desnecessário e injustificado, violador da dignidade da pessoa humana, e prejudicial à prestação jurisdicional célere e resolutiva.

#### **4 Considerações finais**

Em conformidade o § 6º do artigo 227 da CF/88, os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (Brasil, 1988).

A preocupação com a responsabilidade social sobre o elevado número de crianças sem pai no registro mostra-se nítida nas manifestações consignadas nos votos de aprovação do Projeto de Lei que resultou na edição da Lei 14.138/2021.

Entretanto para que a alteração legislativa estampada na inserção do § 2º ao artigo 2º-A Lei 8.560/92 tenha impacto positivo na diminuição de crianças sem pai no registro, é necessário que seja interpretado e aplicado à luz do princípio da dignidade das crianças e adolescentes, dissociando-se a busca pelo reconhecimento do vínculo de paternidade de discussões outras, tais quais o direito à herança e à percepção aos alimentos.

Essa dissociação da busca pelo estado de filiação, separando-o do direito à herança e aos alimentos, tem relevantíssimo efeito prático, a qual é a formação do polo passivo em ações de investigação de paternidade quando se trata de pai falecido ou de paradeiro desconhecido.

Todavia para que a atuação em prol do direito de crianças e adolescentes em terem reconhecida sua parentalidade ante o trâmite processual e soluções extrajudiciais de reconhecimento de parentalidade, deve-se priorizar este quando há parentes consanguíneos dispostos a se submeterem ao exame genético. Isso vai ao encontro dos princípios que resguardam crianças e adolescentes, deixando-se a seara judicial apenas em caso de recusa à submissão ao exame, quando se faz necessária a produção de prova que não a genética.

## Referências

ABBOUD, Georges. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Curso de direito da infância e da adolescência**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2020.

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e adolescente *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 73–93.

ARPEN-BRASIL. Reconhecimento de paternidade. **Portal da Transparência**. 2023. Disponível em: <https://transparencia.registrocivil.org.br/painel-registral/reconhecimento-paternidade>. Acesso em: 27 set. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer da deputada Carmem Zanotto no Projeto de Lei n. 3.248**. Brasília: 2012. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1368694&filename=Tramitacao-PL%203248/2012](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1368694&filename=Tramitacao-PL%203248/2012). Acesso em: 24 set. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 24 set. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público — CNMP. **Recomendação n. 54, de 28 de março de 2017**. Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>. Acesso em: 24 set. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. 1992a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 22 set. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969). 1992c. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 24 set. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. 1990a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 22 set. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 1990b. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 13563, 16 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992.** Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. 1992b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8560.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.560%2C%20DE%2029,casamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%ACncias](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.560%2C%20DE%2029,casamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%ACncias). Acesso em: 22 set. 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 7 set. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 7 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.028.503/MG.** Ação rescisória. Investigação de paternidade. Ausência de citação de litisconsorte necessário. Necessidade de participação do herdeiro do suposto pai no polo passivo da investigatória (art. 363 do CC/16). Nulidade reconhecida. Recorrente: A. de C. A. - menor impúbere. Recorrido: V. G. N. - menor impúbere e outros. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 9 de novembro de 2010. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200800191883&dt\\_publicacao=09/11/2010](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800191883&dt_publicacao=09/11/2010). Acesso em: 22 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.531.093/RS.** Direito de família. Investigação de paternidade. Exame de DNA não realizado. Recusa dos herdeiros do investigado. Paternidade presumida. Súmula n. 301/STJ. Presunção relativa corroborada com as demais provas dos autos. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Recorrente: P. A. F. e outros. Recorrido: J. E. L. - sucessão. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 4 de agosto de 2015. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201401260996&dt\\_publicacao=10/08/2015](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401260996&dt_publicacao=10/08/2015). Acesso em: 26 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 2.018.774/RO.** Relator: Min. Moura Ribeiro, 13 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 67.436/DF.** Investigação de paternidade “post mortem”. Impetração contra decisão judicial que determinou a exumação dos restos mortais do corpo do pai do impetrante, em razão da recusa deste e de seus irmãos em se submeterem ao exame indireto de DNA. Recorrente: F. A. C. de M. Recorrido: União. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 4 de outubro de 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202103022604&dt\\_publicacao=27/10/2022](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103022604&dt_publicacao=27/10/2022). Acesso em: 22 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 301.** 18 de outubro de 2004. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_23\\_capSula301.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSula301.pdf). Acesso em: 24 set. 2023.

COSTA, Camilla Danielle Soares. **Brincando de gênero:** o direito à retificação do registro civil de crianças e adolescentes trans. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de direito civil:** volume único. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2023.

LIGA DAS NAÇÕES. **Declaração dos Direitos das Crianças.** Genebra: 1924. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/22021/file/Declaracao-de-Genebra-1924.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/7297>. Acesso em: 24 set. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

NATIONAL CENTER FOR FATHERING (NCF). The Consequences of Fatherlessness. **Fathers.com**. 2012. Disponível em: <https://fathers.com/the-consequences-of-fatherlessness/>. Acesso em: 25 set. 2023.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Nova Iorque: ONU, 20 nov.1959. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/resources/educators/human-rights-education-training/1-declaration-rights-child-1959>. Acesso em: 22 set. 2023.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Proclamada pela Assembleia Geral da ONU, em Paris, em 10 de dezembro de 1948. Paris: ONU, 1948. Disponível: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. **Lua nova**: revista de cultura política, São Paulo, n. 42, p. 53-97, 1997.

## Glossário

**A contrario sensu**: (Lê-se: a contrário sênsu.).

Contrariamente; em sentido contrário.

Fonte: SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

**Contencioso**: Derivado de contentio, de que se formou contentiosus, é o vocábulo empregado no sentido originário, que lhe vem do latim: indica o que é litigioso ou que é relativo à disputa. Desse modo, será *contencioso* todo ato que possa ser objeto de *contestação* ou de *disputa*, opondo-se, por isso, ao sentido de *voluntarioso* ou *voluntário*, em que não há contestação nem disputa, ou ao *gracioso*, em que não se admite contenda.

Fonte: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

**Juris tantum**: De direito somente. O que resulta do próprio direito e somente a ele pertence.

Fonte: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). **Judiciário ao alcance de todos**: noções básicas de jurídicos. 1. ed. Brasília: AMB, 2005.

**Litígio**: Derivado do latim *litigium*, de *litigare* (litigar), quer o vocábulo exprimir propriamente a *controvérsia* ou a *discussão* formada em juízo, a respeito do direito ou da coisa, que serve de objeto da ação ajuizada. A rigor, pois, *litígio* entende-se a demanda proposta em Justiça, quando é contestada.

Fonte: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

**Percepção**: Do latim *perceptio*, de *percipere* (receber, cobrar ou arrecadar), na linguagem técnica do Direito é aplicado no sentido de *cobrança*, *arrecadação* ou *apropriação* do que é devido.

Fonte: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

**Post mortem**: (Lê-se: póst mórtem.). Depois (após) da morte.

Fonte: SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

## ARTIGO

# A DIGNIDADE HUMANA À LUZ DO PRIMADO DA IGUALDADE: EFICÁCIA, APLICABILIDADE E RESERVA DO POSSÍVEL

*Revardiêre Rodrigues Assunção*



Mestrando em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL. Advogado e Professor em cursos preparatórios para concursos públicos.

## Resumo

Objetivo: o presente trabalho tem o escopo de analisar a dignidade humana na óptica do primado da igualdade, formal e material, e sua incidência que é limitada, por muitas vezes, à luz dos diversos critérios – doutrina, jurisprudência, atividade legislativa – em decorrência do fundamento econômico, uma vez que ficará demonstrado, sem querer exaurir a temática, que o ordenamento jurídico brasileiro entende que a efetivação e a aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais dependem de previsão orçamentária para satisfação das prestações materiais; não obstante, trata-se de verdadeiro direito subjetivo, individual ou coletivo, às políticas públicas. Resultado: chega-se à conclusão de que o direito positivo é encarado substancialmente por meio de políticas públicas que prestigiam, como ideal, todos aqueles que se encontram em mesma situação jurídica, havendo, contudo, a preocupação com o respeito aos limites orçamentários, porquanto as finanças do Estado são limitadas e devem ser devidamente alocadas por meio do fomento à luz da teoria da reserva do possível. Método: para tanto, utiliza-se o método indutivo.

**Palavras-chave:** dignidade humana; igualdade; eficácia; aplicabilidade; reserva do possível.

## Abstract

Objective: the present work has the scope of analyzing human dignity from the perspective of the primacy of equality, formal and material, and its incidence that is limited, for many times, in the light of the various criteria - doctrine, jurisprudence, legislative activity - due to the foundation economic, since it will remain demonstrated, without wanting to exhaust the theme, that the Brazilian legal system understands that the effectiveness and applicability of fundamental social rights depend on budget forecast for the satisfaction of material benefits, nevertheless, it is a true subjective right, individual or collective, to public policies. Result: the conclusion is that positive law is seen substantially through public policies that give prestige, as an ideal, to all those who are in the same legal situation, with, however, the concern with respecting budgetary limits, since finances of the State are limited and must be properly allocated through promotion in the light of the reserve theory of the possible. Method: for that, the inductive method is used.

**Palavras-chave:** human dignity; equality; efficiency; applicability; reservation of the possible.

## 1 Introdução

O objeto ora analisado se limita à dignidade humana na óptica do primado da igualdade e seus aspectos e sua efetivação por meio da intervenção estatal (políticas públicas ou sociais), tendo como um dos objetivos finalísticos da Constituição Federal de 1988 (CF/88), além de análise jurisprudencial, citação do entendimento filosófico somado à hermenêutica da doutrina especializada.

Com efeito, ao considerar a redação da vigente Carta Magna de 1988, chama atenção a ausência de dicotomia entre os direitos fundamentais clássicos e os direitos fundamentais sociais, com a implicação de que estes últimos são, conseqüentemente, dotados de eficácia plena e aplicabilidade imediata, trazendo à baila a discussão sobre a classificação entre direitos fundamentais sociais em programáticos ou de aplicação imediata.

Nesse sentido, cita-se o entendimento do professor Silva (1997, p. 181), para quem:

A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados de direitos fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias de democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.

**Ab initio**, mister se faz apontar que a Constituição de 1988 consagra um Estado de Direito democrático e social, daí nasceu a necessidade de o legislador originário construir extenso plexo de direitos fundamentais com o intuito de buscar o tratamento igualitário e geral de todos a uma sociedade livre, justa e solidária – alicerce da República Federativa do Brasil – por meio de uma realidade tangível por intermédio da intervenção do Estado.

Nesse passo, relevante apontar que a redação do art. 5º, § 1º, da CF/88, traz que as normas de direitos fundamentais possuem aplicação imediata e eficácia plena, alcançando, assim, tanto os direitos fundamentais clássicos quanto o plexo dos direitos fundamentais sociais, ambos com base no primado da isonomia, objeto do presente estudo.

Teixeira (1991, p. 289) sustenta que a aplicabilidade ou a eficácia da norma possui a qualidade de produzir, “em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, em maior ou menor escala, situações, relações e comportamentos de que cogita”, podendo ser de eficácia plena ou aplicabilidade plena, podendo, de antemão, fundamentar direitos subjetivos (plena eficácia jurídica).

Há certos dispositivos constitucionais de aplicabilidade imediata ou de eficácia jurídica limitada, não podendo por si só ensejar direito subjetivo. Entretanto não se pode apontar norma de eficácia nula, visto que nenhum dispositivo constitucional é desprovido completamente de eficácia jurídica, podendo ser reduzida, mas nula jamais.



Para alguns autores, eficácia tem valor de fato da observância da norma ou do acatamento efetivo; para Hans Kelsen, citado por Horácio (Teixeira, 1991, p. 291), de aplicação e obediência. Considera-se, dessa forma, que uma norma não acatada será considerada letra morta, mesmo em vigência, v.g., o idealismo constitucional; sendo que o fenômeno da ineficácia da lei é objeto de estudo da sociologia do direito.

Ocorre que as políticas públicas estão condicionadas à previsão orçamentária estatal, e o legislador deve sopesar tais atividades de fomento levando em consideração a dotação financeira da Fazenda Pública; surge aí a problemática ante os custos decorrentes da efetivação dos direitos fundamentais sociais e a teoria da reserva do possível (princípios orçamentários).

Dessa forma, para se analisar o princípio da igualdade, como dignidade da pessoa humana, por meio de sua aplicação e eficácia, nos limites do erário, a metodologia a ser utilizada, neste singelo trabalho, será por meio de reflexões e argumentações por intermédio de técnicas de pesquisa bibliográfica, fichamentos, conceitos e referências autorais.

## **2 A dignidade da pessoa humana como atributo jurídico-racional**

Inicialmente, mister se faz aludir à dignidade da pessoa humana na perspectiva constitucional, visto que se trata do amparo legal do Estado Nacional na oportunidade em que elenca em seu bojo considerável conjunto de direitos fundamentais e, para tanto, busca qualificar seu nacional – ou até o próprio apátrida – como sujeito de direitos (Assunção, 2023).

Nessa quadra, no contexto do cenário internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos vaticina no seu art. 1º os dois fundamentos da dignidade humana: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

E, no âmbito dessa temática, não se pode omitir o entendimento de Kant, que construiu o seu imperativo categórico – princípio fundamental da sua ética – “age de tal maneira que tu possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca como simplesmente meio” (Kant, 2003, p. 59).

Ante a sua precisão, mister se faz mencionar o conceito de dignidade humana no entendimento de Sarlet (2018, p. 60):

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa um tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da comunhão com os demais seres humanos.

Tratando-se da dignidade da pessoa humana como imperativo das normas jurídicas, este aduz à permissividade (preceptiva) ou à omissividade (proibitiva) da norma um agir ou não agir.

Nessa intelecção, a CF/88 (Brasil, 1988) assentou como fundamento do Estado

Democrático de Direito a expressa dignidade na condição de axioma com a blindagem de postulado, conforme o art. 1º, inciso III.

Pois bem, na moral kantiana, a dignidade é externada como axioma incondicional e ilimitado; Sarlet (2018, p. 65) cita que Kant compara a coisa ao ser humano, quando aduz que aquilo que é considerado coisa tem preço e, ao revés, “aquilo que não possui preço, ou seja, está num patamar superior, não se subordinando a qualquer condição, tem dignidade”.

Torres (1989) aponta a problemática surgida com o advento da Constituição de 1988, porquanto esta trouxe extenso plexo de direitos sociais, arts. 6º e 7º da CF/88, enquadrando-os no rol dos direitos fundamentais, cuja efetivação, hodiernamente, vem sendo feita pelos fundamentais, pela jurisprudência, pela doutrina, além das definições por intermédio da efetivação da atividade administrativa.

Cita o professor Torres (1989) a existência da tese da indivisibilidade dos direitos humanos, que, a partir da década de 1990, houve mudança de direção na interpretação dos direitos sociais – fundamentais. Dessa forma, a tese sobre a indivisibilidade considerou os direitos sociais como extensão dos direitos da liberdade ou equiparados aos direitos de primeira geração (direitos individuais ou de liberdade).

À luz da perspectiva filosófica, Martha Nussbaum, ao sustentar a tese sobre o enfoque das capacidades, entre outras faculdades, alude que deve haver “**as bases sociais de autorrespeito e não humilhação**” (Nussbaum, 2013, p. 91, grifo nosso), numa busca de promover, com isso, a igualdade entre os indivíduos sem nenhuma forma de discriminação por qualquer que seja o critério, enaltecendo que todos aqueles possuem o mesmo valor e grau de dignidade da pessoa humana.

### 3 O direito fundamental da dignidade da pessoa humana

Assunção (2023), em matéria de artigo acadêmico, sinaliza que a dignidade da pessoa humana, dentro de um ordenamento jurídico, possui – ou deveria possuir – valor absoluto, não necessitando de se encontrar expresso para ser validado e respeitado e, dessa forma, deve ter, sempre que possível, eficácia e aplicabilidade com a maior densidade possível.

Nesse ponto, Torres (1989), citando a doutrina do professor Sarlet, aponta que este autor gaúcho vem produzindo obra sobre o mínimo existencial em decorrência de sua familiaridade com o direito alemão, usando a terminologia “direitos fundamentais sociais” no lugar de “mínimo existencial”, deixando o citado autor claro que o mínimo existencial está imbricado na dignidade humana, com base em dois pontos relevantes: a dignidade humana é um princípio fundamental dos direitos de defesa quando equiparado com outros direitos sociais; e a dignidade humana se abre para o jogo de ponderação com outros princípios constitucionais diante de interesses emergentes, considerando ainda que Sarlet busca mapear os direitos fundamentais sociais com base na sua específica efetividade, assim como fez com os direitos à saúde, à moradia, entre outros.

Assunção (2013), em trabalho sobre os direitos fundamentais na doutrina de Luigi Ferrajoli, aponta que, diante das possibilidades interpretativas de (re)escrever o direito, tem-se que a CF/88 esculpiu em seu art. 1º, inciso III, a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático brasileiro e, assim, revela seu compromisso em tutelar um dos axiomas de maior valor depois da vida à pessoa.

Vai além a Carta Magna vigente ao registrar como núcleo a dignidade e, ao seu redor, demais valores, tais como: planejamento familiar (art. 226, § 7º); proteção absoluta à criança e ao adolescente (art. 227, caput); amparo aos idosos (art. 230, caput) (Assunção, 2023).

Não obstante, entre os princípios-objetivos do art. 3º da CF/88, tem-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), dando o constituinte originário valoração à dignidade por meio da liberdade, da justiça e da solidariedade (Assunção, 2023).

Com efeito, a interpretação lógico-sistêmica da Carta de 1988 está em harmonia com o modal de Estado escolhido pelo legislador constituinte originário – Estado Social. Dessa forma, nota-se que, compulsando os arts. 1º a 3º da *Lex Mater*, revela-se que não há qualquer diferenciação entre os direitos fundamentais propriamente ditos (clássicos) e os direitos fundamentais sociais, e estes últimos possuem eficácia plena depois da promulgação da Constituição Federal.

Na mesma toada, a promoção da igualdade de todos sem nenhuma forma de distinção (inciso IV) demonstra, ainda, o tratamento igualitário de todos perante e em decorrência do Estado, dando com isso mostra de um *plus* de relevância à dignidade humana (Assunção, 2023).

E mais, Canotilho (2001) aponta a impossibilidade de aclarar a questão sobre a efetivação dos direitos fundamentais sociais e sua aplicabilidade a todos ou a um ou outro, ou não se presta a ninguém, oferecendo como saída a interpretação da Lei Fundamental para cada situação em concreto, cuja inaplicabilidade deve ser devidamente fundamentada com legítima justa causa de modo a garantir a maior incidência de eficácia possível.

#### **4 O axioma da dignidade humana e sua interação com as dimensões formal e material do princípio da isonomia**

Diante de seu posicionamento no ordenamento jurídico – como fundamento do Estado Democrático de Direito –, nota-se que a dignidade humana é núcleo e se irradia por toda a interpretação jurídica, incidindo com maior ou menor intensidade em toda a base de juridicidade (Assunção, 2023).

Com efeito, a dignidade humana tem relevante interação e incidência quando se leva em consideração o critério do tratamento igualitário entre os homens e seus pares e a relação desses com o Estado (Assunção, 2023).

E mais, o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 2/10/1789, vaticinou o primado de que os homens nascem e permanecem iguais em direito (*Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Article premier – Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits, 1789*) (Assunção, 2023).

Assim, nessa ordem de ideias e antes de tecer comentários sobre as espécies da igualdade, é necessário demonstrar, em breves palavras, a evolução histórica do axioma da isonomia.

Dessa forma:

a ideia de igualdade está relacionada à política, tendo como finalidade a liberdade; em termos da história antiga, foi na polis grega, que o homem se descobriu como iguais na condução dos negócios públicos, malgrado houvesse diferença nas demais referências sociais (religião, classe social, poder econômico, gênero etc.) (Assunção, 2023).

Pois bem, a ideia cristã de **todos** (nem todos) somos iguais, somente recebeu contornos político-jurídicos em decorrência dos grandes marcos históricos de ruptura social (Independência dos EUA, Revolução Francesa etc.), apesar de que não havia igualdade real, mas esboço do ideário de tratamento isonômico (Assunção, 2023).

Dessa forma, em um primeiro momento, depois das revoluções burguesas, o princípio da igualdade teve assento em postulados de cunho liberal em decorrência do surgimento do Estado de mesma ideologia, considerando ainda que não somente na liberdade os homens são iguais, mas também na razão que, naquele momento revolucionário, século XVIII, desencadeou a construção de sistema político que ordenara toda a vida social, buscando restaurar a paz na sociedade.

E, diante dessa nova ordem social, o Estado se fundamentou na legalidade, além da separação dos poderes, na garantia dos direitos do homem e na presença mínima – negativa – do Estado (liberalismo), consubstanciado na intervenção, somente se necessária for, com relevância aos interesses econômicos.

Não obstante, em decorrência de um Estado legalizado, surge a igualdade absoluta, devidamente fincada na legalidade, sem reservas, dando contorno de que todos somos iguais perante a lei em termos absolutos, sendo irrelevante a desigualdade real entre os homens.

Surge, assim, o princípio da isonomia, desprovido de qualquer gradação, interpretado como mero condutor legal da igualdade pura: a igualização de todos numa classe única, a dos cidadãos, é o “objetivo que se pretende atingir através da generalidade da lei, que deste modo se apresenta como exigência última do princípio da igualdade” (Pinto, 1986, p. 21-24).

Portanto, o critério a ser utilizado para igualar os homens é o do momento da aplicação da lei, cuja validade é para todos sem nenhuma forma de distinção – concretização da igualdade entre os homens à luz da dignidade humana. Nessa ordem, no momento da subsunção à legislação, o juiz ou a administração, para estabelecer distinções, não poderá utilizar entendimento adverso daquele já previsto no direito posto.

Portanto, não havia o que se falar em tratamento específico para situações diferentes, fato que acentuava, ainda mais, a desigualdade existente entre os homens.

E, diante do quanto acima explanado, a isonomia formal buscou ofertar tratamento igualitário – expressão da dignidade humana – ao fiel entendimento da lei, tudo com o fito de afastar as tradições do antigo regime absolutista, cuja derrocada tem como marco histórico a Revolução Francesa, 1789.

Entretanto, diante das consequências do tratamento dispensado aos cidadãos menos favorecidos pelo Estado Liberal, ao se desprender de postura de atuação negativa – direitos a prestações negativas (Alexy, 1986, p. 433-434), o Estado adentrou numa perspectiva de buscar o bem-estar social, decorrente das intensas lutas de classe no século XIX, dando azo para a implementação de postura estatal mais humanizada – mais digna – em detrimento do individualismo, oriundo este do liberalismo como política de Estado (que cristalizou as diferenças existentes entre os homens).

Pois bem, decorrente do pluralismo político, além da implementação de novos direitos fundamentais, entre outras conquistas, surge nova ordem política, o Estado Social (bem-estar social), do qual se extrai que a tutela fundamental não é mais a propriedade, mas a dignidade da pessoa humana (já debatida em tópico inicial).

Dessa forma, exsurge nova articulação por meio de implementação da atuação estatal positiva:

De articular igualdade jurídica (à partida) com igualdade social (à chegada) e segurança jurídica com segurança social [...] embora com projeção no plano do sistema político (com passagem do governo clássico à democracia representativa), é no âmbito dos direitos fundamentais e no da organização econômica que mais avulta o Estado social de Direito (Miranda, 1993, p. 201).

Nesse passo, surgiu a igualdade material ou, também, conhecida como igualdade de chances, que buscou dar tratamento desigual àqueles em situação jurídica adversa.

Foi nessa perspectiva que se implementou, v.g., a criação da Justiça do Trabalho, porquanto a inferioridade do trabalhador – uma desigualdade – foi neutralizada com tratamento desigual em sentido contrário por meio da criação de estrutura jurídica especializada com base na lei.

Para Rawls (1988, p. 13):

Toda pessoa tem o mesmo direito a um esquema plenamente válido de iguais liberdades básicas que sejam compatíveis com um esquema similar de liberdades para todos [...] as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer as duas condições. Em primeiro lugar, devem estar associadas a cargos e posições abertos a todos em igualdade de oportunidades; em segundo lugar, devem supor o maior benefício para os membros menos avantajados da sociedade.

Portanto, diante do resultado da efetivação da isonomia de chances ou material, no ordenamento jurídico pátrio, em especial na hodierna esfera constitucional, existem artigos com expressa redação igualitária, tais como: art. 7º, XX (proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei), art. 37, VIII (a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência e definirá os critérios de sua admissão), ambos na CF/88, entre outros, podendo se falar em direitos subjetivos a prestações sociais (Assunção, 2023).

## **5 O primado da igualdade e a teoria da reserva do possível**

Para efetivação dos direitos fundamentais sociais, na óptica da igualdade, deve ser levada em consideração a possibilidade orçamentária estatal, uma vez que os recursos são limitados, devendo existir efetivas e planejadas políticas públicas para implementação de tais direitos.

Ocorre que não se pode perder de vista os limites orçamentários e, dessa forma, exsurge a teoria da reserva do possível, oriunda do direito constitucional alemão, o que torna necessário levar em consideração a previsão do erário com base na economicidade.

E, nesse entendimento, o princípio da reserva do possível – também chamado de princípio da reserva de consistência – nasceu do entendimento da doutrina alemã decorrente de ação judicial que tinha como escopo permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público à luz do livre arbítrio na escolha do trabalho, do ofício ou da profissão.

No caso em tela, ficou firmado pela Corte Suprema germânica que é razoável apenas exigir do Estado a prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade.

Com efeito, os direitos sociais que requerem uma prestação de fazer estariam submetidos ao primado da reserva do possível no sentido daquilo que o administrado, equilibradamente, pode esperar da sociedade e com base nos limites orçamentários do Estado.

Em relação à reserva do possível, aponta Torres (1989) que há diferença entre mínimo existencial e direitos econômicos e sociais, por isso, estes precisam das concessões do legislador (são normas programáticas), e aqueles prescindem de lei ordinária, além de apontar o autor que a Constituição não leva em consideração contexto econômico para fins de balizamento da prestação dos direitos econômicos e sociais, deixando essa matéria para legislação específica para cada ente federativo.

E, ao contrário, no entendimento de Torres, diante das emendas constitucionais que vincularam o orçamento a prestações dos direitos sociais, construídas no governo de Fernando Henrique Cardoso (1995/2002), houve confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, abrindo brecha jurídica para a judicialização de demandas individuais em busca de efetivação dos direitos sociais.

Afirma Torres (1989, p. 45) que a efetivação dos direitos econômicos e sociais à luz da igualdade depende da “reserva do possível” ou da “soberania orçamentária do legislador”, enaltecendo que “a pretensão do cidadão é à política pública, e não à adjudicação individual de bens públicos”.

Em relação à reserva orçamentária, aponta Torres (1989) que a fruição do mínimo existencial não se encontra inserida na tese da reserva do possível, não dependendo de orçamento nem de políticas públicas, afirmando que o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, que estão inseridas nas garantias institucionais da liberdade, pois tais direitos não se encontram com a livre discricionariedade do legislador nem da administração, e cita Alexy, para quem uma posição jurídica prestacional: (I) exige urgentemente o princípio da liberdade fática; (II) o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático; e (III) a afetação dos princípios materialmente opostos quando da efetivação da garantia jusfundamental da posição jurídica prestacional (Torres, 1989).

Nessa toada, mister se faz declinar a manifestação do jurista germânico Alexy (2011, p. 69), visto que este se distancia do entendimento da doutrina brasileira no que se refere à teoria da reserva do possível, ao considerar que:

em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculantes, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade”.

No que se refere à vinculação do orçamento, afirma Torres (1989) a existência de limites da vinculação do orçamento ao atendimento das prestações públicas, v.g., de saúde e educação, considerando que os governos deram interpretação ampla sobre a vinculação do orçamento a outros direitos sociais, ao passo que o Ministério Público exigiu interpretação estrita nas previsões orçamentárias no que tange ao direito à saúde, citando como exemplo a decisão do STF em matéria de ADPF (STF – ADPF: 45/DF, relator: ministro Celso de Mello, data

de julgamento: 29/4/2004, data de publicação: DJ 4/5/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191), com perda do objeto em decorrência de decisão do Poder Executivo federal.

Em suas explanações sobre a reserva do possível, o saudoso professor Torres sinalizou a questão da necessidade de enfrentamento de outros dilemas de natureza orçamentária, por exemplo, a de definir a inexistência de dinheiro, que afeta a entrega da prestação prevista em dotação orçamentária, citando que certas decisões do STF causam entrave na exata efetivação do mínimo existencial à luz do princípio da igualdade na sua dimensão material.

Na contramão, o professor e jurista Cunha Júnior (2011, p. 540) defende que “nem a **reserva do possível**, nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações”, nesse sentido:

A propósito, paradigmática foi a decisão do em. Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45. Com efeito, reconheceu o Ministro Celso de Mello, inicialmente, a possibilidade do controle judicial de políticas públicas como modo de efetivação dos direitos sociais, quando quedarem-se inertes os órgãos de direção política (do Legislativo e do Executivo), que deixam de cumprir os seus deveres constitucionais de implementação daqueles direitos. Logo em seguida, enfrentando com maestria o tema referente à “reserva do possível”, considerou que o Estado não pode invocá-la “*com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade*” (Cunha Júnior, [2016?]).

De mais a mais, no entendimento de Torres (1989), é notável o avanço na problemática da efetivação dos direitos no Brasil, com a superação da abstração das normas programáticas por meio da busca da implementação dos direitos sociais em meio à posição crítica da doutrina e ao ativo protagonismo do Judiciário por meio da adjudicação das prestações decorrentes do mínimo existencial, enaltecendo a existência de problemas, que precisam de análise mais profunda, ligados à mistura entre direitos fundamentais sociais (mínimo existencial) e direitos sociais (que carecem de incidência de controle judicial e previsão orçamentária).

Destarte, nota-se que o princípio da reserva do possível, além de ser meio de defesa do Estado no não contencioso administrativo, acaba sendo também calibrador da efetivação dos direitos fundamentais sociais quando se busca tratamento material, condicionando estes ao limite orçamentário na oportunidade da elaboração de políticas públicas por parte do legislador ordinário.

## 6 Considerações finais

É sabido que a essência da isonomia, conforme Aristóteles, assenta-se em tratar os iguais de forma igual e os desiguais na proporcionalidade das suas diferenças, de modo que aqueles que se encontrem na mesma situação jurídica devem ter o mesmo tratamento jurídico.

Nesse passo, após a ruptura com a velha ordem social – ditadura – a Lei Fundamental de 1988 fora promulgada nos pilares democráticos e, para tanto, ficou bem claro para o

legislador derivado, assim como para a sociedade, que o primado da dignidade humana é um dos balizadores do ordenamento jurídico pátrio e, por conseguinte, deve ser concretizado como força gravitacional por meio da efetivação dos direitos fundamentais e das garantias desses (Assunção, 2023).

Deve-se, e mais, manter a integralidade do sistema normativo com base na redação constitucional e, dessa forma, haverá construção jurisprudencial assentada nos axiomas mais exponents da dignidade humana, que, em especial, neste artigo, tem-se a igualdade como direito fundamental e a possibilidade de sua eficácia e aplicabilidade, suportando, todavia, a limitação imposta pela dotação orçamentária.

E, dessa forma, nota-se que o primado da isonomia está, tanto no locus constitucional quanto na legislação infraconstitucional, não tendo ele, contudo, valor absoluto, porquanto há situações em que o tratamento diferenciado ocorrerá a depender de critério objetivo, que não poderá ser caprichoso, aleatório, arbitrário ou desprovido de motivação justa.

E, para consagrar os direitos fundamentais por meio da igualdade, o direito positivo deve ser encarado substancialmente por meio de políticas públicas que venham prestigiar, como ideal, todos aqueles que se encontram em mesma situação jurídica, havendo, contudo, a preocupação em respeitar o dilema orçamentário, uma vez que as finanças do Estado são limitadas e devem ser devidamente alocadas por meio do fomento à luz da teoria da reserva do possível.

Conclui-se que, considerando o quanto acima estaiado sobre a efetivação dos direitos no ordenamento brasileiro, revela-se grande evolução por meio das garantias e da jurisprudência da espécie, superando com isso a pura letra da lei com a implementação das normas programáticas.

Destarte, a dignidade da pessoa humana, na óptica do primado da igualdade, formal e material, tem sua incidência limitada, por muitas vezes, à luz dos diversos critérios – doutrina, jurisprudência, atividade legislativa – em decorrência do fundamento econômico, uma vez que ficou demonstrado, sem querer exaurir a temática, que o ordenamento jurídico brasileiro entende que a efetivação e a aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais dependem de previsão orçamentária para satisfação das prestações materiais, não obstante tratar-se de verdadeiro direito subjetivo, individual ou coletivo, às políticas públicas.

## Referências

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1986.

ASSUNÇÃO, Revardiêre Rodrigues. A dignidade humana por meio do primado da igualdade à luz da teoria dos direitos fundamentais de Luigi Ferrajoli. **Revista FT**, Rio de Janeiro, v. 27, ed. 120, mar. 2023. Disponível em: <https://revistaft.com.br/a-dignidade-humana-por-meio-do-primado-da-igualdade-a-luz-da-teoria-dos-direitos-fundamentais-de-luigi-ferrajoli/>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 out. 2022.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). Medida Cautelar na ADPF 45 Distrito Federal. [...] Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial” [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 29 abr. 2004. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 4 maio 2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=ADPF&numero=45>. Acesso em: 27 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Constitucionalidade 41 Distrito Federal. Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido. 1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, a desequilíbrio promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia [...] 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência [...] 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão [...]. Relator: Min. Roberto Barroso, 8 jun. 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 16 ago. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>. Acesso em: 22 out. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. atual. Salvador: JusPODIVM, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Efetividade dos direitos sociais e a reserva do possível. **Jusbrasil**, [s.l.], [2016?]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/efetividade-dos-direitos-sociais-e-a-reserva-do-possivel/407399082>. Acesso em: 26 nov. 2022.

FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. **Revista do Serviço Público**, Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, v. 68, n. 1, p. 99-111, 1955. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/5084>. Acesso em: 30 abr. 2023

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2001.

FERES JÚNIOR, João *et al.* **Ação afirmativa: conceito, história e debates**. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2018. (Coleção Sociedade e Política). Disponível em: <https://books.scielo.org/id/2mvbb/pdf/feres-9786599036477-00.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2022.

PINTO, Maria da Glória Ferreira. Princípio da Igualdade: fórmula vazia ou fórmula “carregada de sentido”? **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, Portugal, n. 358, p. 19-64, jul. 1986.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. cap. XII. (Coleção Os Pensadores).

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Coleção A Obra Prima de Cada Autor).

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

RAWLS, John. **Las Libertades Fundamentales y su prioridad**. Barcelona: Ariel, 1988. p. 13.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, 1989. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>. Acesso em: 26 nov. 2022.

## Glossário

**Ab initio:** (Lê-se: abinício.). Desde o início, desde o princípio, desde a sua origem, desde o começo.

Fonte: SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

## ARTIGO

# NA TERRA DA LIBERDADE, QUAL DAS LIBERDADES MERECE MAIOR PROTEÇÃO? ANÁLISE DA PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA ADOTADA PELO ESTADO DA Califórnia QUE OBRIGA A INFORMAÇÃO SOBRE O ABORTO

Andrea Scaff de Paula Mota



Promotora de justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com especialidade em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

## Resumo

O presente estudo trata do caso *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a inconstitucionalidade de Lei do Estado da Califórnia que exigiu que clínicas pró-vida fixassem nas suas dependências placa informativa sobre o aborto. Identifica os direitos em colisão como o direito à liberdade de expressão e o direito à autonomia reprodutiva. Analisa se a medida escolhida pelo governo da Califórnia para realizar o direito fundamental à liberdade da mulher gestante, a fim de ser corretamente informada para exercer sua livre escolha no tocante à procriação, densificada na Lei *Reproductive FACT Act* de 2015, passa pelo teste da proporcionalidade e é, por conseguinte, uma medida eficiente para atingir o objetivo eleito pelo governo que implique na menor restrição ao direito à liberdade de expressão.

**Palavras-chave:** Estados Unidos; aborto; direito à informação; direito à liberdade de expressão; direito à autonomia reprodutiva.

*First, if any opinion is compelled to silence, that opinion may, for aught we can certainly know, be true. To deny this is to assume our own infallibility. Secondly, though the silenced opinion be an error, it may, and very commonly does, contain a portion of truth; and since the general or prevailing opinion on any object is rarely or never the whole truth, it is only by the collision of adverse opinions that the remainder of the truth has any chance of being supplied (Mill, 1966, p. 60).*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo refere-se ao caso *National Institute of Family and Life Advocates Becerra*, julgado recentemente pela Suprema Corte dos Estados Unidos (Supreme Court of The United States, 2018), no qual foi analisada a constitucionalidade da Lei *Reproductive*

*FACTI Act* de 2015 do estado da Califórnia, que exige que clínicas pró-vida fixem nas suas dependências uma placa que informe a existência de outros métodos de planejamento familiar, entre eles, a possibilidade de realização de aborto legal (Califórnia, 2015).

As denominadas clínicas pró-vida<sup>2</sup> são organizações sem fins lucrativos criadas para aconselhar a gestante contra a escolha do aborto. Conforme se verá adiante, desde o julgamento de *Roe v. Wade* pela Suprema Corte americana em 1973, os Estados Unidos são palco de uma acirrada disputa entre os defensores pró-vida, ou seja, contra o aborto, e os defensores pró-escolha, que defendem a livre escolha da mulher gestante, polarizada nos discursos antagônicos *pro-life* e *pro-choice*.

O problema não reside, contudo, em saber se o aborto é ou não permitido, e sim se o Estado, ao exigir a fixação de uma placa com informações verdadeiras no interior de uma propriedade privada, estaria a dirigir o discurso dos profissionais que ali atuam, de modo a tolher-lhes por completo a liberdade de expressão.

Na petição inicial, foi sustentado que a regra inserta na Lei da Califórnia restringe o direito à liberdade de expressão que, *prima facie*, é garantido de forma ampla pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que prevê o direito geral à liberdade.

Por outro lado, a Suprema Corte norte-americana já definiu que o direito à autonomia reprodutiva, do qual decorre o direito da mulher gestante de decidir acerca do aborto, é garantido pelo direito à privacidade<sup>3</sup>.

Assim, é possível que se considere que a regra imposta pela Lei da Califórnia colide com o princípio que garante o direito fundamental à liberdade de expressão e, por isso, a Suprema Corte deveria se valer da ponderação entre a regra imposta pela Lei e o princípio colidente para encontrar a solução do caso concreto.

No entanto, filiamo-nos ao entendimento de que a regra estabelecida pela Lei, em verdade, já constitui uma restrição ao direito à liberdade de expressão e equivale ao produto da ponderação feita pelo legislador infraconstitucional entre os princípios em colisão<sup>4</sup>.

Utilizaremos, então, a proporcionalidade como instrumento apto a controlar as restrições a direitos fundamentais (Silva, 2013), de modo a verificar se a restrição imposta pela Lei ao direito à liberdade de expressão, se é que existe, é fundamentada constitucionalmente.

Destarte, deixaremos de analisar a ponderação prévia feita pelo legislador infraconstitucional entre o princípio que garante o direito fundamental à liberdade de expressão e o princípio que garante o direito fundamental à autonomia reprodutiva, pois, por mais que alcancemos o mesmo resultado, nunca poderemos afirmar que os argumentos, e, conseqüentemente, os valores utilizados no sopesamento dos princípios foram os mesmos levados em consideração pelo legislador (Atria, 2012).

Com isso, pretende-se responder as seguintes indagações: adotar medidas para garantir que a informação sobre a possibilidade do aborto chegue até a mulher gestante

---

<sup>1</sup>FACT representa as siglas em inglês para Reproductive Freedom, Accountability, Comprehensive Care and Transparency, o que não autoriza a tradução para Lei do fato reprodutivo, como algumas mídias internacionais veicularam após a decisão final da Corte americana.

<sup>2</sup>Também chamada de centro de gravidez em crise ou pela sigla em inglês CPC.

<sup>3</sup>No entanto, conforme veremos adiante, entendemos que o direito à livre escolha da mulher na decisão reprodutiva resulta diretamente do direito geral à liberdade.

<sup>4</sup>Silva (2011) afirma que Robert Alexy reconheceu em uma nota de rodapé do artigo *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, ARSP Beiheft 25, 1985, que é possível haver colisão entre um princípio e uma regra e que a solução do caso concreto se dará por intermédio do sopesamento entre o princípio, de um lado, e o princípio em que a regra se inspirou, do outro, porém aduz que o autor alemão não desenvolveu a fundo a temática. Virgílio da Silva, por sua vez, entende que a relação entre a regra e o princípio não é de colisão, mas sim de restrição, devendo a regra ser aplicada por subsunção.

interfere na liberdade de expressão do profissional que não quer que a gestante opte pelo aborto, ou apenas dificulta o êxito desta estratégia adotada pelas clínicas pró-vida? O direito à livre escolha na procriação está garantido independentemente de a mulher gestante obter a informação correta acerca da possibilidade ou não do aborto?

Assim, o cerne do presente estudo é analisar se a medida escolhida pelo governo da Califórnia para realizar o direito fundamental à liberdade da mulher gestante, com o objetivo de ser corretamente informada para exercer sua livre escolha no tocante à procriação, densificada na Lei *Reproductive FACT Act* de 2015, passa pelo teste da proporcionalidade e é, por conseguinte, uma medida eficiente para atingir o objetivo eleito pelo governo que implique na menor restrição ao direito à liberdade de expressão.

Para tanto, utilizaremos os pressupostos da teoria dos princípios de Alexy (2014, 2015), com os acréscimos desenvolvidos por Silva (2011, 2013).

## 2 Contexto fático da lei *Reproductive FACT Act* no estado da Califórnia

O governador da Califórnia, em 9 de outubro de 2015, sancionou a *Assembly Bill n. 775*, conhecida também como *Reproductive FACT Act* que, ao adicionar o artigo 2.7 ao Código de Saúde e Segurança, impôs às clínicas de cuidado primário que tenham como objetivo oferecer planejamento familiar ou serviços relacionados à gravidez a fixação obrigatória de um aviso na sala de espera das pacientes (Califórnia, 2015).

O aviso contém o seguinte teor:

*A Califórnia tem programas públicos que fornecem acesso imediato de baixo custo a serviços abrangentes de planejamento familiar (incluindo todos os métodos contraceptivos aprovados pela FDA), atendimento pré-natal e aborto para mulheres elegíveis. Para determinar se você se qualifica, entre em contato com o escritório de serviços sociais do condado em [inserir o número de telefone] (Califórnia, 2015, tradução própria)<sup>5</sup>*

Cumpramos ressaltar que, desde 5 de setembro de 2002, também vigora na Califórnia a Lei denominada de *Senate Bill n. 1301*, conhecida por *Reproductive Privacy Act*, que prevê o direito fundamental à privacidade nas decisões acerca da reprodução humana, incluindo o direito fundamental de todo indivíduo escolher ou recusar o controle de natalidade e o direito fundamental da mulher gestante de escolher entre o nascimento ou o aborto.

Nos Estados Unidos, sob a rubrica planejamento familiar, incluem-se os serviços de orientação, de contracepção, de aborto e de assistência pré-natal e ao parto. Ou seja, ambas as escolhas, o aborto ou o nascimento, integram o serviço de saúde caracterizado pelo planejamento familiar.

No caso da Califórnia, é uma opção do governo fornecer todos os serviços de planejamento familiar, inclusive o de aborto, com financiamento público para as mulheres consideradas elegíveis pelos critérios estabelecidos, dentre eles, o referente a renda familiar. Conforme veremos adiante, a maioria dos Estados norte americanos não oferecem o serviço de aborto dentro do sistema público de saúde.

---

<sup>5</sup> “California has public programs that provide immediate free or low-cost access to comprehensive family planning services (including all FDA-approved methods of contraception), prenatal care, and abortion for eligible women. To determine whether you qualify, contact the county social services office at [insert the telephone number]” (Califórnia, 2015).

Neste contexto, concorrem as clínicas pró-vida, cujo surgimento é atribuído aos cristãos conservadores<sup>6</sup> que, no intuito de apoiar ou influenciar a mulher gestante a não optar pelo aborto, valem-se do oferecimento de teste de gravidez e exame de ultrassonografia gratuito para captar a gestante logo no início da gestação.

Todavia as clínicas pró-vida não oferecem serviços médicos propriamente dito ou tampouco realizam partos; concentram-se no aconselhamento para o parto, oferecem assistência financeira ou encaminhamentos para a adoção, tudo com o propósito da mulher não escolher o aborto.

Para tanto, valem-se de informações lacunosas ou propositalmente distorcidas acerca da possibilidade legal do aborto<sup>7</sup>.

As clínicas pró-vida se instalam intencionalmente próximas dos centros provedores de aborto ou clínicas pró-escolha (Holtzman, 2017)<sup>8</sup> e, em muitas vezes, divulgam falsamente que prestam o serviço de aborto justamente para captar a mulher gestante que está tendente a realizar essa escolha para, logo em seguida, persuadi-la do contrário.

Como estratégia para dissuadir a mulher gestante da ideia do aborto, fornecem informaçõessem comprovação científica, tais como que o aborto aumenta exponencialmente o risco de câncer da mama, provoca infertilidade e causa doenças mentais. Não raro, mentem sobre a verdadeira idade gestacional com o intuito da mulher gestante perder a oportunidade de optar pelo aborto até antes da viabilidade fetal<sup>9</sup> (Holtzman, 2017).

Sem dúvidas, a exigência de fixação de placa com informação referente ao aborto, no interior de estabelecimentos particulares contrários ao aborto, foi motivada por tais práticas tendencialmente enganosas.

Na petição inicial do caso relatado no presente artigo, o Instituto Nacional de Defesa da Família e da Vida e outros alegaram que o Estado da Califórnia está a obrigar os centros pró-vida a publicar avisos que incentivam as mulheres contatar o Estado para receber informações sobre o aborto gratuito, em contradição com a mensagem que os centros pró-vida querem ver prevalecer (Supreme Court of The United States, 2018).

Os autores ainda aduziram que o Estado da Califórnia não pode endossar sua posição política favorável ao aborto em detrimento da outra posição que o reprova e que o objetivo da Lei, ao revés de informar a mulher gestante sobre as escolhas disponíveis, seria compelir o discurso dos profissionais que atuam na clínica pró-vida, violando a liberdade de expressão.

---

<sup>6</sup>Conforme Holtzman (2017), existem aproximadamente duas mil e quinhentas clínicas pró-vida nos Estados Unidos e todas são financiadas por três instituições cristãs: Care Net, Heartbeat International e National Institute of Family and Life Advocates (NIFLA).

<sup>7</sup>De acordo com Corbin (2014), até mesmo os exames de ultrassonografia e ausculta do coração podem ser enganosos, pois aumentam significativamente o tamanho e o volume do batimento cardíaco, dando a entender que o feto está mais desenvolvido do que realmente se encontra.

<sup>8</sup>Holtzman esclarece que a tática das clínicas pró-vida em localizarem-se próximas dos centros provedores de aborto é chamada de estratégia de colocalização, que tem como objetivo criar a impressão de que são instalações médicas legítimas, já que os centros provedores de aborto ou clínicas pró-escolha são instalações médicas licenciadas pelo Estado para fornecer o serviço de aborto. Estima-se que existam nos Estados Unidos um mil, setecentos e vinte centros provedores de aborto, ou seja, trinta por cento a menos do que as clínicas pró-vida.

<sup>9</sup>Conforme será visto adiante, a viabilidade do feto consiste no marco a partir do qual o aborto não mais poderá ser realizado de forma livre e desimpedida.

### 3 Breve histórico do aborto nos Estados Unidos

A questão do aborto nos Estados Unidos, apesar de suas balizas terem sido estabelecidas por uma decisão da Suprema Corte que produz efeitos desde 1973, está longe de ser pacífica<sup>10</sup>.

A decisão considerada o marco do aborto nos Estados Unidos é a *Roe v. Wade* (Supreme Court of The United States, 1973), na qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado do Texas que criminalizava o aborto em qualquer fase da gestação, somente admitindo quando necessário para salvar a vida da mãe.

A Corte definiu que os Estados só poderiam proibir o aborto sob a justificativa de proteção do feto após a sua viabilidade, o que normalmente ocorre após o segundo trimestre, ou seja, a partir do sétimo mês de gestação.

Após a viabilidade, o aborto ainda não poderá ser proibido se for indispensável para a saúde da mãe.

Para a Lei *Reproductive Privacy Act* do Estado da Califórnia, viabilidade fetal significa o estágio da gravidez no qual o médico, considerando as circunstâncias particulares da mãe e do feto, atesta a probabilidade razoável de vida extrauterina sem adoção de medidas médicas artificiais extraordinárias.

Ou seja, não haveria, em tese, um prazo temporal fixo que autoriza o Estado a regulamentar ou até mesmo proibir o aborto por absoluto, já que a viabilidade depende de fatores específicos de cada gestação e de um ato médico que a ateste, em que pese geralmente tal ocorrer por volta do sétimo mês de gestação.

Ademais, como o Estado só teria interesse em proteger o feto após confirmada a sua viabilidade, antes deste momento não haveria possibilidade de criminalização do aborto.

Em suma, após a decisão *Roe v. Wade*, vigora nos Estados Unidos o seguinte quadro legal: os Estados não podem proibir o aborto até os três primeiros meses de gestação; entre o quarto e o sexto mês os Estados podem regulamentar o aborto quando a saúde da mulher estiver em risco; e, com base na viabilidade fetal, os Estados estão autorizados a proibir o aborto, exceto no caso de risco à saúde da mulher (Dworkin, 2003).

Ademais, no mesmo julgamento, a Corte decidiu expressamente que o feto não é pessoa, e, portanto, não é titular de direitos fundamentais e que as mulheres teriam o direito fundamental a optar pelo aborto até o final do segundo trimestre da gestação como decorrente do direito à privacidade<sup>11</sup> (Dworkin, 2003).

---

<sup>10</sup>Dworkin (2003) considera que a batalha do aborto é mais acirrada nos Estados Unidos por três fatores essenciais: se tratar do Estado mais religioso do ocidente, agregar o movimento feminista mais forte do mundo e em razão das regras acerca do aborto terem sido impostas pela Suprema Corte sem prévia discussão ou acordos políticos.

<sup>11</sup>A decisão da Suprema Corte *Roe v. Wade* refere expressamente que o direito fundamental à privacidade da mulher gestante pode sofrer restrição após a viabilidade fetal em razão do interesse do Estado em proteger a vida em desenvolvimento. A utilização da expressão «interesse em proteger a vida em desenvolvimento» deve-se ao fato de que a Corte definiu que o feto não tratar-se-ia de pessoa. Para nós, é forçoso reconhecer que a Corte americana autorizou a restrição de um direito fundamental para a realização de um interesse estatal ou coletivo, em oposição ao que é defendido pelos positivistas, em que só pode haver restrição a direito fundamental para proteção de outro direito fundamental. Embora o presente estudo não comporte maiores desenvolvimentos acerca do assunto, em recente palestra proferida por Robert Alexy por ocasião da Conferência Internacional comemorativa do 35º aniversário do Tribunal Constitucional Português, ocorrida em maio de 2018, o autor afirmou que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso do uso de crucifixo nas escolas italianas, considerou que o direito fundamental à liberdade religiosa pode sofrer restrição para perpetuação de uma tradição da identidade da Itália, sem que tenha feito correlação com um direito fundamental.

A derrota na Suprema Corte dos interesses defendidos pelos grupos opositores ao aborto levou-os a abrirem novas frentes de combate<sup>12</sup>. Assim é que no ano de 1977, foi aprovada pela primeira vez a emenda Hyde, em vigor até os dias atuais, que proíbe a utilização de recursos federais para custear abortos, com exceção dos casos de risco de vida, estupro ou incesto<sup>13</sup>.

Frise-se que, nos Estados Unidos, após a decisão *Roe v. Wade*, vigora o direito a livre escolha na procriação, podendo a mulher optar pelo aborto de forma livre até a viabilidade fetal, sem a imposição de quaisquer requisitos.

Assim, a proibição de custeio do aborto pelo sistema de saúde federal fora das hipóteses admitidas na emenda *Hyde*, mesmo que não impeça os Estados norte americanos de custearem o aborto com os recursos estaduais próprios, atinge diretamente as mulheres de baixa renda que são surpreendidas com uma gravidez indesejada, posto que nem todos os Estados americanos concordam ou aceitam custear o aborto com fundos estaduais.

Ademais, mesmo que haja alternativa à proibição do financiamento federal, não há como negar que o fato do aborto livre ser destacado dos serviços de saúde custeados pelo governo dos Estados Unidos cria obstáculos para torná-lo uma prática corrente, segura e acessível nos casos legais.

Além da proibição do custeio com fundos federais do aborto realizado em solo norte americano, vigora também nos Estados Unidos a Política da Cidade do México<sup>14</sup>, conhecida também como *Global Gag Rule* ou regra da mordança.

A *Global Gag Rule*, em vigor até os dias atuais, proíbe que fundos norte americanos de ajuda externa financiem organizações não governamentais (ONGs) que atuam em países em desenvolvimento fomentando atividades relacionadas ao aborto, seja encorajando mulheres a realizá-lo, seja custeando o procedimento médico<sup>15</sup>.

Ambas as regras citadas, a da restrição do uso de verba federal para arcar com os custos do aborto dentro dos Estados Unidos e a da proibição de ONGs que atuam em outros Estados e que recebem financiamento norte americano de fomentar ou aconselhar sobre o aborto, sem dúvidas, contribuem para a falsa ideia de que o aborto seria algo ilegal, ou, ao menos, reprovável, já que não seria digno de custeio pelos cofres públicos.

A confusão gerada pelas duas regras, especialmente a *Global Gag Rule*, vai além e faz crer que até mesmo o encaminhamento para clínicas autorizadas a realizar o aborto tratar-se-ia de uma prática vedada<sup>16</sup>, o que aumenta mais ainda o estigma do aborto, como se nada pudesse se falar a respeito.

De fato, o desencorajamento das atividades relacionadas ao aborto está refletido nas políticas de acesso à saúde nos Estados norte americanos, no qual a oferta de aborto seguro pelo sistema de saúde é ainda inadequada.

---

<sup>13</sup>Henshaw et al. aduzem que mesmo no caso de risco de vida, a emenda Hyde estabelece restrições infundadas para o financiamento do aborto com verba federal.

<sup>14</sup>Crane e Dusenberry (2004) esclarecem que a denominação se justifica em razão da estratégia política ter sido anunciada pela primeira vez pelo governo Reagan em uma conferência mundial ocorrida na Cidade do México em 1984.

<sup>15</sup>Crane e Dusenberry (2004) informam que os fundos de ajuda externa norte americanos são administrados pela Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (sigla em inglês USAID), e, por isso, também são conhecidos com esse nome. A autora informa ainda que centenas de ONGs, com atuação em pelo menos cinquenta países em desenvolvimento, recebem financiamento da USAID sob o compromisso de não apoiarem o aborto, mesmo quando os seus Estados de origem não façam qualquer ressalva ao aborto.

<sup>16</sup>Crane e Dusenberry (2004) aduzem que na dúvida do que é permitido ou não, ONGs e outros órgãos que dependem de financiamento federal optam por não tratar de nenhuma atividade que mesmo indiretamente faça referência ao aborto, para não sofrerem suspensão imediata dos repasses de recursos pela USAID.



De acordo com dados do *Guttmacher Institute*, apenas doze dos cinquenta Estados norte americanos disponibilizam recursos próprios para custear o aborto dentro do sistema público de saúde (*Guttmacher Institute*, 2018a), ao passo que vinte e três Estados possuem leis que oneram excessivamente as clínicas autorizadas a realizar o aborto, com imposição de requisitos desnecessários para a segurança da paciente (*Guttmacher Institute*, 2018b).

O conturbado contexto fático do aborto e a resistência em aceitá-lo faz que os legisladores dos Estados norte americanos, mesmo após a decisão final da Suprema Corte, ainda promulguem leis que proíbam o aborto fora das hipóteses autorizadas pela decisão *Roe v. Wade*, o que desafia novos controles de constitucionalidade<sup>17</sup>.

Pode-se considerar que, enquanto o Poder Judiciário definiu que o aborto nos Estados Unidos se assemelha mais a uma regra do que a uma exceção, já que a mulher é livre para escolhê-lo até mais da metade da gestação, os atos emanados pelo legislador e pelo administrador parecem caminhar em sentido contrário.

Repita-se que, por mais que a questão em análise no presente artigo não se trate de estabelecer se o aborto é ou não permitido, é notório perceber que a conjuntura acerca da matéria nos Estados Unidos, donde diversas regras proibitivas se sobrepõem, exerce influência direta na forma como o assunto é compreendido pela comunidade jurídica.

Afinal, mesmo que seja incontroverso que a Suprema Corte já tenha reconhecido à mulher grávida o direito fundamental à escolha entre o aborto e o nascimento, ao menos de forma livre até o sexto mês de gestação, não há como negar que as regras supra listadas, não sem razão alcunhadas de mordaca, suscitam dúvidas se ao Estado é permitido fazer a divulgação ativa de informação referente à possibilidade do aborto legal para uma verdadeira tomada de decisão consciente.

## 4 Identificação dos direitos em colisão

### 4.1 Direitos materialmente fundamentais

É pacífico considerar que existem direitos fundamentais para além dos elencados nas Constituições dos Estados.

No entanto, para que outros direitos, sem que formalmente tenham sido aglutinados nas Cartas Magnas sob o título de direitos fundamentais, sejam considerados direitos materialmente fundamentais, necessitam que sejam embasados diretamente nos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.

Tal conceito não implica em circularidade, ou revés, significa que os ordenamentos jurídicos reconhecem a existência de outros direitos fundamentais implícitos derivados de um direito fundamental materialmente e formalmente listado na Constituição.

Isso tem especial relevância para o Direito norte-americano, berço da *common law*, pois a Constituição vigente, datada de 1787, adota uma modesta lista de direitos fundamentais, que, na sua grande maioria, só foram enumerados após a edição de emendas, tal como um anexo à estrutura da Constituição<sup>18</sup>.

<sup>17</sup>De acordo com Nash et al. (2017), até o primeiro semestre de 2017, os legisladores dos Estados de Colorado, Kentucky, Mississippi, Missouri, Oklahoma e Texas aprovaram leis que proíbem o aborto de forma ampla e outros vinte e oito Estados alteraram as suas leis para incluir proibições ao aborto em determinadas situações que também extrapolam a decisão *Roe v. Wade*.

<sup>18</sup>De acordo com Rogge (1959), o texto original da Constituição norte-americana proposto pelos delegados à época não previu a enumeração de qualquer direito pois não havia receio de que os direitos individuais estivessem em perigo.

Assim, o fato de direitos reconhecidamente fundamentais, como é o caso do direito à privacidade, não estarem expressamente previstos na Constituição norte-americana, não causa qualquer embaraço para a sua concretização ou estabelecimento de deveres estatais correlatos, já que não há regime jurídico diverso para os chamados direitos fundamentais implícitos<sup>19</sup>.

A única exigência, conforme já relatado, é que o direito tenha, de forma indubitável, arrimo em um direito formalmente e materialmente fundamental, do que decorre a necessidade de argumentação teórica.

No entanto, frise-se que o reconhecimento de um direito como fundamental não determina a sua aplicação definitiva em um caso concreto, pois ainda depende de ser balanceado com outros possíveis direitos fundamentais contrapostos.

Nos próximos tópicos, analisaremos especificadamente quais os direitos que o legislador ordinário da Califórnia teve por considerar no momento da edição da norma que impôs a obrigação da fixação de placa que informa acerca da possibilidade legal do aborto.

#### **4.2 Direito à liberdade de expressão**

Os opositores do aborto sustentam que a Lei da Califórnia, ao exigir a fixação de uma placa que traz ao lume informações não desejadas acerca do aborto, em verdade, estaria a regulamentar e dirigir o conteúdo da comunicação dos profissionais que atuam nas clínicas pró-vida que, notoriamente, são contra o aborto.

Importa referir que os Tribunais de Apelação norte-americanos<sup>20</sup> vêm reconhecendo que, embora seja necessária a regulamentação de certas profissões, como a medicina e a advocacia, os profissionais destas carreiras teriam o direito ao livre discurso, ancorado no direito à liberdade de expressão, que por sua vez, é protegido pela Primeira Emenda à Constituição, que estabelece o direito geral à liberdade (Smolla, 2016).

Neste sentido, o discurso profissional seria uma nova categoria protegida pelo direito à liberdade de expressão.

A doutrina do discurso profissional preconiza que mesmo que o Estado tenha permissão para regulamentar algumas profissões e até mesmo exigir licença para o seu exercício, não poderá ditar aquilo que o profissional poderá comunicar com o seu cliente ou discursar para o público em geral, quando investido do papel de profissional.

A liberdade de expressão, por ser uma norma que pode ser classificada como permissiva, autoriza o indivíduo a expressar-se livremente da forma que melhor lhe aprouver em um número infinito de situações, ou, melhor dizer, em todas as situações da vida que caiba uma manifestação, mesmo que só em pensamento<sup>21</sup>.

A livre manifestação, portanto, visa a fomentar a circulação de ideias diversificadas, indispensável em uma democracia participativa (Corbin, 2014).

---

<sup>19</sup>Alexy (2015) utiliza a denominação norma de direito fundamental atribuída.

<sup>20</sup>Cf. decisões dos Tribunais de Apelação nos casos *Wollschlaeger v. Governor of Florida* (United States Court of Appeals, 2014b), *Pickup v. Brown* (United States Court of Appeals, 2014a) e *Moore-King v. County of Chesterfield* (United States Court of Appeals, 2013). Nos três casos, os Tribunais de Apelação norte-americanos consideraram que o governo poderia regulamentar o exercício de certas profissões, mesmo que incidentalmente impactasse no discurso profissional. Por curioso, percebe-se que a doutrina do discurso profissional foi utilizada no nascedouro para confirmar os regulamentos estatais que disciplinavam o exercício das profissões, ao invés de impedir a intervenção do Estado em um suposto direcionamento do discurso.

<sup>21</sup>Conceito desenvolvido por Duarte (2016).

Por lançar proteção a todas as manifestações, inclui obviamente o direito a se opor à opinião dominante. O direito à liberdade de expressão, portanto, é o instrumento que autoriza o indivíduo a não estar adstrito à ditadura do politicamente correto. Ao Estado não é permitido proibir um indivíduo de se manifestar só porque a maioria considera a fala ofensiva, desagradável ou moralmente incorreta.

Nos Estados Unidos, é comum relacionar a doutrina do discurso profissional à fala proferida pelo profissional para aconselhamento do seu cliente.

Assim, os profissionais seriam livres para utilizar com os seus clientes os discursos e as estratégias que lhes convém para atingir os seus objetivos, sejam eles verdadeiros ou falsos, e tais escolhas teriam proteção constitucional (Zick, 2015).

Cumpra observar que em que pese o avanço da jurisprudência dos Tribunais de Apelação norte-americanos, a Suprema Corte ainda não definiu ao certo sobre a existência de um direito fundamental à liberdade de expressão profissional, conforme prega a doutrina do discurso profissional, nada obstante os autores mencionarem o caso *Planned Parenthood v. Casey*, de 1992 (Supreme Court of The United States, 1992), como paradigma para o reconhecimento do direito ao livre discurso profissional, mesmo que a decisão não faça menção expressa à nomenclatura aqui referida<sup>22</sup>.

A liberdade de expressão profissional também se assenta nas premissas de que tudo que não é proibido, é permitido fazer e que os direitos fundamentais foram pensados para proteger o indivíduo, ou no caso, o discurso do profissional dirigido aos seus clientes contra a intervenção do Estado.

No entanto, até que ponto a fixação de placa com conteúdo verdadeiro impõe um discurso forçado aos profissionais ou somente dificulta o êxito da mensagem que o profissional quer passar para o seu cliente? É notório que se somente impactar no sucesso da argumentação, não haverá interferência na liberdade de expressão propriamente dita.

De fato, mesmo com a fixação obrigatória da placa, o profissional permanece livre para expressar a mensagem ou o discurso que lhe convém. Nesse sentido, a divulgação obrigatória de informação verdadeira não atingiria a liberdade de expressão.

Ocorre que, não se pode negar que a divulgação obrigatória da informação que o profissional não deseja que a mulher grávida tome conhecimento naquele momento pode, no mínimo, censurar a fala profissional e distorcer o discurso notadamente caso a mulher grávida não saiba distinguir que a informação contida na placa é proveniente do Estado (Corbin, 2014). Dessa forma, não há como negar que a fixação obrigatória de placa contendo informação verdadeira acerca do aborto impacta no discurso dos profissionais das clínica pró-vida.

Ademais, os defensores da tese de que a fixação de placa, por si só, interfere na liberdade de discurso profissional afirmam que o governo viola o direito à liberdade de expressão por exigir que o profissional expresse algo que não deseja falar<sup>23</sup> ou ao menos impacta negativamente na mensagem que o profissional deseja passar para as suas clientes dentro dos muros de uma entidade privada.

<sup>22</sup>Smolla (2016) esclarece que a Suprema Corte americana ainda não definiu os contornos exatos do direito à liberdade de expressão profissional, e, por essa razão, o direito em questão teria status constitucional provisório. No entanto, na transcrição dos argumentos proferidos na audiência do caso *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra*, no dia 20 de março de 2018, disponível em os Juizes da Suprema Corte citam o livre discurso profissional como uma nova categoria do *freedom of speech*.

<sup>23</sup>Esté é o entendimento de Corbin (2014), e cita como exemplo para confirmar a sua posição o caso *West Virginia State Board of Education v. Barnett*, 1943, em que a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade de lei que exigia que as crianças do Estado da Virgínia Ocidental saudassem a bandeira dos Estados Unidos todos os dias pela manhã, sob o argumento de que a coação à saudação da bandeira obriga as crianças a falarem o que não querem.

Nessa sequência, a liberdade de expressão profissional abrangeria tudo aquilo que o profissional quer falar livremente e tudo aquilo que não quer falar para o seu cliente, já que o direito de não falar seria um componente do direito à liberdade de expressão<sup>24</sup>. Assim, a obrigatoriedade de disponibilizar a informação assemelhar-se-ia ao discurso compelido, na medida em que suprimiria o direito de nada falar acerca de um determinado assunto.

A fixação da placa não cria obstáculos somente para o sucesso dos argumentos ou o poder de convencimento, mas compele um indivíduo a ter que argumentar algo que, dentro do território delimitado por uma propriedade particular, não deseja se pronunciar. Como já referido, é uma opção dos profissionais das clínicas pró-vida não esclarecer à mulher gestante acerca da alternativa do aborto e/ou transmitir informações falsas.

Por mais que a fixação da placa não exija leitura em voz alta do profissional, o simples lembrete acerca da existência do aborto no interior do estabelecimento privado incrementa o risco de as mulheres gestantes questionarem sobre a existência do aborto como alternativa legal no Estado da Califórnia, fato que poderia ser ocultado caso a placa não estivesse lá.

Ademais, como já referido, a circunstância de a placa ser fixada nas instalações da clínica pró-vida pode causar a impressão errônea de que os profissionais concordam com a alternativa do aborto. Nesse caso, também haveria distorção do livre discurso profissional.

A leitura da informação contida na placa impacta na estratégia, mesmo que enganosa, do profissional que até os dias atuais convencia a sua cliente que o aborto não é uma alternativa disponível nos Estados Unidos.

Não há, pois, como negar que os métodos utilizados de persuasão e do apelo à emoção, foram, de certo modo, tolhidos com a obrigatoriedade da fixação da placa, mas o ponto mais importante é que os profissionais são instados a se manifestar acerca de um assunto que pretendiam silenciar.

Desta forma, consideramos que a fixação obrigatória da placa contendo informação acerca do aborto dentro de um estabelecimento que abertamente nega tal escolha impõem aos seus profissionais um discurso forçado que restringe o direito à liberdade de expressão e que, portanto, somente é admitido se comprovada justificação constitucional.

### 4.3 Direito à autonomia reprodutiva

Como visto, após a decisão *Roe v. Wade* (Supreme Court of The United States, 1973), a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu à mulher gestante o direito à autonomia reprodutiva, como uma capacidade de controlar a procriação, decorrente do direito à privacidade.

No entanto, consideramos que o direito à autonomia reprodutiva, ou seja, o direito da mulher gestante à livre escolha entre o aborto e o nascimento, muito mais do que uma questão de privacidade, é um típico direito de liberdade, dado que cabe a cada mulher decidir o que fazer com o seu próprio corpo.

Para nós, o direito de interromper a gravidez, mesmo que até um determinado estágio, portanto, não decorreria do direito à privacidade, e sim do direito à liberdade<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup>Canotilho e Moreira (2007) aduzem que o direito de não falar corresponde à liberdade de expressão negativa.

<sup>25</sup>Neste ponto específico, distanciamos-nos do entendimento de (Dworkin, 2003).

Em que pese Ronald Dworkin defender que o direito à privacidade invocado na decisão *Roe v. Wade* é com a finalidade de que a escolha pelo aborto se insere na soberania das decisões acerca da procriação (Dworkin, 2003), entendemos que a Corte, neste particular, foi levada ao erro por conta de uma decisão anterior proferida no tocante a venda de anticoncepcionais. Na decisão *Griswold v. Connecticut* de 1965 (Supreme Court of The United States, 1965), a Suprema Corte decidiu que o Estado não pode criminalizar o uso e a venda de métodos contraceptivos para pessoas casadas, uma vez que ao indivíduo é garantido o direito à privacidade conjugal (Mersky; Duffy, 2001).

Assim, o precedente dos anticoncepcionais, por fazer referência apenas ao direito à privacidade, levou à Corte considerar que toda decisão acerca da procriação e do planejamento familiar estariam protegidas pelo direito à privacidade<sup>26</sup>.

Mesmo que a conclusão da Suprema Corte não seja de todo equivocada, fato é que a livre escolha pelo aborto demonstra forte relação com o livre arbítrio, ou seja, com o fato da mulher ter autonomia para escolher e planejar o seu projeto de vida de acordo com suas preferências e convicções pessoais.

O direito à liberdade preconiza ainda que não compete ao Estado impor às pessoas que adotem apenas decisões moralmente aceitáveis, tais como pretende grande parte das religiões. Levar adiante uma gravidez indesejada impacta significativamente na vida financeira, profissional e emocional de uma mulher. Não poder decidir o que fazer com o seu próprio corpo, só porque determinada parcela da sociedade entende o aborto como moralmente repreensível, pode significar o mesmo que uma escravidão (Dworkin, 2003).

Dentro das opções de planejamento familiar disponíveis, a Corte estabeleceu que a mulher gestante é livre para escolher o aborto, sem qualquer condição estabelecida, até o sexto mês da gestação. Após esse período, é ainda permitida a escolha pelo aborto se comprovado risco à saúde da mulher.

No entanto, observamos que, na prática, diversos fatores concorrem para que a grávida não exerça o seu direito à autonomia reprodutiva, seja em razão das sucessivas leis que dificultam o acesso ao aborto seguro, seja em razão da atuação das clínicas pró-vida.

Como já dito, as clínicas pró-vida se valem da vulnerabilidade das mulheres de baixa renda para disseminar informações distorcidas acerca do aborto, pois oferecem ajuda gratuita àquelas que não podem pagar por um atendimento médico, especialmente quando se trata de uma gravidez indesejada.

Será que só a mulher privilegiada financeiramente é que pode ter acesso a informações corretas para exercer o seu direito à autonomia reprodutiva? Só ter informação sobre uma das alternativas existentes (aborto ou nascimento) já é o suficiente para a concretização do direito fundamental em questão?

Entendemos que a mulher gestante só é livre para exercer a sua autonomia reprodutiva se for corretamente informada acerca das alternativas disponíveis em matéria de procriação.

---

<sup>26</sup>De acordo com Beaney (1962), o direito à privacidade é invocado pelos Juizes norte americanos para finalidades diversas. No caso dos anticoncepcionais, o Justice Douglas afirmou que o direito à privacidade estaria amparado na penumbra da Primeira Emenda. Acerca do uso polivalente da palavra penumbra, ver Greely (1989). Para o primeiro autor, o direito à privacidade deveria estar incluído na categoria do direito geral à liberdade, assim como se incluem os direitos à liberdade de expressão, à liberdade de imprensa e à liberdade religiosa, uma vez que nos casos citados a privacidade está a ser utilizada com o sentido de direito de estar livre de interferência injustificada do Estado.

O desconhecimento da mulher gestante sobre a possibilidade do aborto não se dá em razão de tolice, mas sobretudo por se tratar de uma questão moral controversa que até os dias atuais divide os Estados Unidos.

A vigência de leis que obstam o financiamento com verbas federais para o aborto, a influência que isso causa nos estabelecimentos de saúde que dependem de recursos externos e a coexistência de leis ambíguas em cada Estado norte-americano tendo em vista que regulamentar o aborto causa a falsa impressão que o aborto é, de fato, algo proibido.

Por outro lado, a ausência de informação correta até um momento oportuno pode significar na perda da autonomia da mulher gestante. Após o limiar da viabilidade fetal, o aborto não mais poderá ser uma escolha legítima, a não ser em situações excepcionais.

Assim, a falta de informação antes da viabilidade mina por completo a possibilidade da mulher gestante fazer a escolha pelo aborto.

Desta forma, como a liberdade de escolha demanda um mínimo de informação, é indispensável que seja assegurado à mulher gestante o franco acesso às informações referentes ao aborto.

Assim, consideramos que a regra imposta pela Lei da Califórnia teve por objetivo fomentar o acesso da mulher gestante à informação correta acerca do aborto para a concretização do direito fundamental à autonomia reprodutiva, decorrente do direito geral à liberdade.

## 5 Teste da proporcionalidade

Defendemos que o direito à liberdade de expressão e o direito à autonomia reprodutiva são direitos fundamentais decorrentes do direito geral de liberdade que, nos Estados Unidos, tem previsão constitucional na Primeira Emenda.

Isso porque tanto a livre manifestação de ideias como o direito de decidir o que fazer com o seu corpo em matéria de reprodução relaciona-se com a autonomia. Ademais, todo indivíduo é livre para divulgar seu pensamento, assim como todo indivíduo necessita de informação para uma livre tomada de decisão.

O que temos então é um choque entre a liberdade contra o Estado e a liberdade por meio do Estado. Liberdade contra o Estado na acepção de um direito de defesa, esfera de autonomia do indivíduo que o Estado não pode intervir. Já a liberdade por intermédio do Estado requer a definição dos deveres de proteção que o Estado está adstrito a garantir, tal como um mínimo exigível para o exercício de outras liberdades (Pinto e Netto, 2015).

Assim, é forçoso concluir que o direito à liberdade, sobretudo nos sistemas de Estado de Direito, atua como inegável cláusula aberta donde deduz-se a existência de outros direitos fundamentais. E mais ainda: que a Constituição é conflitual<sup>27</sup>, carrega, em si a semente da contradição<sup>28</sup>, pois, no caso concreto, direitos diametralmente opostos podem resultar de um único direito fundamental.

---

<sup>27</sup>Expressão utilizada por Alexandrino (2017).

<sup>28</sup>Nesse sentido, Tribe e Dorf (1991) alegam que a Constituição norte-americana engloba visões conflitantes da sociedade e do Estado.

Foi anteriormente relatado que o escopo do presente artigo é analisar se a Lei do Estado da Califórnia passa pelo teste da proporcionalidade. Portanto, o que se está sob escrutínio é verificar se há um equilíbrio entre a regra imposta pelo Estado para garantir a autodeterminação das mulheres grávidas e a liberdade de expressão dos profissionais que atuam nas clínicas pró-vida. Mais especificadamente, busca-se analisar se a regra da fixação da placa que informa a possibilidade do aborto satisfaz os filtros da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para a aplicação do teste da proporcionalidade<sup>29</sup> proposto pela teoria alexyana, parte-se da premissa de que os direitos fundamentais têm um suporte fático amplo (Alexy, 2014, 2015).

Suporte fático de uma norma é a condição que deve ocorrer para que seja aplicada a consequência normativa. No caso dos princípios definidores de direitos fundamentais, significa estabelecer se uma ação, estado ou posição jurídica está ou não contido no âmbito de proteção da norma (Silva, 2011). A teoria do suporte fático amplo preconiza que tudo que tenha pertinência temática com o direito fundamental está contido no seu âmbito de proteção (Alexy, 2015).

Isso implica o reconhecimento de que a estratégia adotada pelas clínicas pró-vida, de se beneficiar do discurso falso e da ambiguidade das informações difundidas acerca do aborto é, à partida, garantida pelo direito à liberdade de expressão dos profissionais que ali atuam.

Dizemos à partida, ou *prima facie*, pois mesmo essas ações garantidas pelo conteúdo do direito fundamental podem ser posteriormente restringidas após o sopesamento com outros direitos fundamentais em colisão.

Caso contrário, se adotássemos alguma teoria interna<sup>30</sup> que acolhe como premissa um suporte fático restrito, excluindo determinadas condutas do âmbito de proteção do direito fundamental, uma regra que restringisse a liberdade de expressão de um indivíduo, como é o caso da Lei da Califórnia, poderia não necessitar de qualquer fundamentação.

Isso seria possível se fosse considerado que o suporte fático do direito à liberdade de expressão não incluísse a estratégia dos profissionais de difundirem informações falsas acerca da possibilidade do aborto e, portanto, uma intervenção do Estado para coibir essa prática não atingiria qualquer direito fundamental<sup>31</sup>.

Assim, a teoria do suporte fático amplo tem como consequência imediata a necessidade de fundamentação quando uma ação ou conduta, em geral garantida por um direito fundamental, venha a sofrer restrição de uma regra que a proíba ou imponha uma intervenção estatal.

Para verificar se a regra imposta na Lei da Califórnia é proporcional, é imperioso examinar se a fixação da placa informativa do aborto é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup>Seguiremos a linha de Alexy (2014, 2015) e não designaremos a proporcionalidade como um princípio. Para o autor, a proporcionalidade seria uma máxima, e não um princípio, pois não é sopesado em relação a outro princípio. Silva (2011) opta por denominar regra da proporcionalidade e não máxima, sob a justificativa de que o uso da última palavra poderia sugerir que seria uma recomendação, e não um dever.

<sup>30</sup>Acerca das teorias internas e externas e sua relação com os limites e restrições aos direitos fundamentais, ver Silva (2011).

<sup>31</sup>Conforme Silva (2011), embora Bodo Pieroth e Bernhard Schlink se aliem à teoria externa, consideram que o suporte fático deve ser restrito, sob pena de toda ação estatal exigir fundamentação constitucional. Isso demonstra que nem toda teoria externa adota o suporte fático amplo.

<sup>32</sup>Alexy (2014, 2015) refere que as três máximas parciais seguem a ideia de otimização. No entanto, enquanto a adequação e a necessidade referem-se à otimização em relação às possibilidades fáticas, a proporcionalidade em sentido estrito expressa a otimização em face das possibilidades jurídicas.

Confirma-se a adequação de uma medida se apta a fomentar a perseguição de um objetivo escolhido para a realização de um determinado princípio<sup>33</sup>. No caso concreto, consideramos que o governo da Califórnia elegeu o objetivo de esclarecer corretamente a mulher gestante sobre a possibilidade legal do aborto para a concretização do seu direito fundamental à autonomia reprodutiva.

Conforme já referido, diante do contexto fático do aborto nos Estados Unidos, é de se reconhecer que o objetivo eleito pela Califórnia não é despropositado. Mulheres gestantes, sobretudo as de menor poder aquisitivo, são presas fáceis de aconselhamentos enganosos<sup>34</sup>.

Assim, o objetivo último perseguido pelo Estado é que a informação correta chegue até o público e a clientela atendida nas clínicas pró-vida que, de alguma forma, estão sendo levadas ao erro com informações falsas ou no mínimo distorcidas acerca da possibilidade legal do aborto.

De igual modo, o alerta sobre a existência de outras alternativas legais possíveis no que toca à procriação é crucial para uma verdadeira tomada de decisão esclarecida.

Se, de fato, existem duas alternativas viáveis, o aborto e o nascimento, não se pode sustentar a liberdade de escolha se somente uma das opções é esclarecida à gestante.

Desta forma, não vemos complexidade na confirmação da adequação da regra que exige a fixação de placa que informe sobre as opções de planejamento familiar no interior das clínicas pró-vida.

No tocante à necessidade da medida, não há como afastar que o seu escrutínio é feito por comparação com outras alternativas possivelmente existentes e menos gravosas ao direito objeto de restrição.

No caso concreto, certamente se alegará que a divulgação correta acerca do aborto deveria ser feita em outros veículos de comunicação, como jornais e revistas de grande circulação, ou mesmo mediante placas fixadas apenas em órgãos públicos, para não comprometer demasiadamente a esfera de liberdade dos profissionais da clínica pró-vida.

Ocorre que, não se deve perder de vista que o exame da necessidade não visa a apenas selecionar a medida menos gravosa, e sim aquela que ao atingir o objetivo perseguido, menor restrição confere ao direito. É necessário, portanto, que a medida menos gravosa, simultaneamente, seja eficiente para alcançar o objetivo traçado pelo Estado que, no caso, é garantir o direito à informação da mulher grávida para o exercício do seu direito à autonomia reprodutiva.

Já foi visto que não há como o Estado exigir que os profissionais das clínicas pró-vida não mintam ou que só falem a verdade. É certo também que o Estado poderia ter optado por fazer a divulgação das informações corretas acerca do aborto legal em outros meios de comunicação.

No entanto, o propósito do governo da Califórnia é que a mulher gestante alvo de informações incorretas ou lacunosas no atendimento oferecido pelas clínicas pró-vida tenha o seu direito à livre escolha entre nascimento ou aborto garantido.

---

<sup>33</sup>Alexy (2014, 2015) esclarece que em algumas situações o objetivo perseguido pode ser idêntico ao princípio que visa concretizar.

<sup>34</sup>O Justice Sotomayor, na transcrição dos argumentos orais proferidos na última audiência do caso National Institute of Family and Life Advocates versus Becerra (Supreme Court of The United States, 2018), afirmou que no endereço eletrônico da Fallbrook Pregnancy Resource Center são divulgadas informações sobre o aborto sugerindo que a clínica pró-vida realizaria ou então esclareceria corretamente acerca do aborto legal, o que de fato não ocorre.



A informação correta acerca do aborto, se divulgada somente em veículos de imprensa oficial, além de não atingir o público alvo da medida estatal, pode não ser determinante para a livre escolha da mulher.

De fato, a divulgação da informação sobre o aborto em outros locais distintos da clínica pró-vida restringe menos o direito fundamental da livre expressão, mas não é eficiente<sup>35</sup>. É sobretudo a mulher grávida, que está a sofrer influência das informações ambíguas ou distorcidas da organização contra o aborto que precisa ser esclarecida que o aborto é uma opção legalmente reconhecida dentro do planejamento familiar.

É preciso também lembrar que o profissional da clínica pró-vida, por mais que não seja em médico propriamente dito, age como se fosse um<sup>36</sup>. O fato de oferecer testes rápidos de gravidez e realizar exame de ultrassom faz que a mulher atendida imagine, no mínimo, que se não se trata de um médico, certamente é aspirante a um.

Assim, todo o conselho ou orientação dada pelo profissional nesse contexto está impregnado de símbolos de hierarquia e de argumentos de autoridade e, por conseguinte, de submissão, como geralmente ocorre na relação entre médico e paciente<sup>37</sup>.

Neste sentido, não há como negar que o discurso profissional, no caso concreto, é o principal veículo de comunicação de informações que englobam todo o universo da reprodução humana e, se a informação correta acerca da possibilidade do aborto somente for disseminada em outros locais, pode não atingir a mulher gestante que hoje necessita da informação.

Por outro lado, caso a regra contida na Lei do Estado da Califórnia fosse exigir do profissional que declarasse expressamente durante o atendimento na clínica pró-vida sobre a existência do aborto legal, tal medida poderia ser considerada eficiente, porém mais gravosa ao direito de liberdade de expressão.

Cumpra ainda ressaltar que a ausência de informação correta acerca do aborto pode induzir a mulher gestante a procurar alternativas abortivas que não sejam seguras. O estudo liderado pelo *Texas Policy Evaluation Project* demonstra que um número elevado de mulheres no Estado do Texas tentou abortar utilizando ervas medicinais ou socos no abdômen (Holtzman, 2017).

Assim, não garantir o acesso à informação referente ao aborto também implica privar a mulher grávida de cuidados de saúde, já que o aborto clandestino e a própria gravidez em si podem comprometer a saúde da mulher. Ou seja, a ausência de informações corretas acerca do aborto seguro também é uma questão de saúde pública.

De fato, a questão não está em verificar se a restrição imposta pela regra é ínfima ou não, pois há restrições pequenas que podem ser consideradas inconstitucionais se não houver justificativa plausível e vice-versa<sup>38</sup>.

É forçoso reconhecer, portanto, que a regra passa pelo teste da necessidade, pois, diante do contexto fático, a medida adotada é a mais eficiente para fomentar o objetivo escolhido e que resulta em menor restrição ao direito à liberdade de expressão.

---

<sup>35</sup>Silva (2011) considera que, por mais que seja comum relacionar a necessidade como medida menos gravosa, o que é determinante para o seu exame é a eficiência da medida. Ademais, o autor sustenta que se a necessidade determinasse que só a medida menos gravosa tivesse preferência, daria ensejo à omissão estatal em diversas áreas, pois em geral, uma omissão restringe menos um direito fundamental do que uma ação.

<sup>36</sup>De acordo com Holtzman (2017), as clínicas pró-vida exigem que os funcionários e voluntários utilizem jaleco branco, mesmo que não sejam médicos ou pratiquem atos exclusivos da medicina.

<sup>37</sup>Com o médico sendo aquele que domina a ciência médica, único que possui respostas para a cura de doenças.

<sup>38</sup>Silva (2011) cita como exemplo que uma lei que restrinja por apenas um dia no ano manifestações do partido comunista pode ser considerada uma restrição mínima, porém não é justificada constitucionalmente.

Para a análise da última etapa da proporcionalidade, que é a proporcionalidade em sentido estrito, é imperioso analisar se a medida escolhida pelo Estado da Califórnia, a par de ser adequada e necessária, restringe o direito fundamental de forma desproporcional, ou seja, além do que o objetivo eleito seja capaz de justificar (Silva, 2011).

Em razão do conteúdo da informação obrigatória fazer referência ao aborto, e o Estado da Califórnia ser abertamente favorável à corrente pró-escolha, há uma tendência em considerar que a obrigatoriedade da fixação da placa significa propaganda da política de governo às custas do ente privado.

Assim, urge verificar se a medida imposta pela Lei da Califórnia tem o objetivo específico de realizar outro direito fundamental de maior peso no caso concreto ou visa a somente disseminar uma posição ideológica do governo.

De fato, não há como negar que o governo do Estado da Califórnia posiciona-se favorável ao aborto. Tal assertiva confirma-se com a promulgação da Lei *Assembly Bill* n. 154, de 2013, que facilita o acesso ao aborto na medida em que autoriza outros profissionais da área da saúde, e não só médicos, a realizarem o aborto por aspiração até o primeiro trimestre da gravidez. Com efeito, essa medida não é normalmente encampada por outros Estados norte-americanos<sup>39</sup>. Ademais, a inclusão do aborto no serviço público de saúde com custeio de recursos próprios, quando a maioria dos Estados norte-americanos não o faz, também implica em reconhecer o posicionamento pró-escolha do Estado da Califórnia.

No entanto, consideramos que a exigência da informação obrigatória poderia significar um paternalismo estatal ou uma imposição da ideologia do governo se não houvesse comprovação de que as clínicas pró-vida divulgam informações distorcidas sobre o aborto.

Assim, se a liberdade seria ilimitada dentro do vazio ou espaço propositadamente não regulamentado pelo legislador, o próximo ponto é verificar se o Estado, ao exigir que a clínica pró-vida tenha obrigatoriamente nas suas dependências uma placa que informe acerca de uma alternativa que, à partida, não seria esclarecida pelo profissional, significa corrigir o discurso que propaga que o aborto não seria uma alternativa viável e acessível. Importa nesse momento distinguir o discurso profissional do discurso do governo.

A Suprema Corte reconhece que o Estado pode exigir dos seus funcionários que, no exercício das funções estatais, só expressem os pontos de vista eleitos como de interesse público pelo governo atual<sup>40</sup>.

Desta forma, quando um funcionário atua em nome do Estado, tem o seu direito à liberdade de expressão mitigado.

Ocorre que, no caso sob análise, os profissionais das clínicas pró-vida, em que pese estarem adstritos às fortes regulamentações do setor de saúde, não atuam em nome do governo ou, à partida, não recebem financiamento público.

A distinção confirma que, *prima facie*, os profissionais das clínicas pró-vida teriam o direito constitucionalmente protegido de não sofrer modulação do seu discurso, já que não estariam incluídos na categoria de funcionários do governo.

---

<sup>39</sup>Battistelli et al. (2018) informam que a Califórnia é o quinto Estado norte-americano a autorizar a realização de aborto por enfermeiros, o que contribui para o aumento da oferta dos serviços de aborto.

<sup>40</sup>Smolla (2016) aduz que o discurso do governo, em verdade, significa uma categoria do discurso desprotegida pela Primeira Emenda, já que o funcionário do governo não poderá expressar suas ideias livremente.

Também é reconhecido pela Suprema Corte que o discurso comercial seria outra categoria destacada da liberdade de expressão que teria nível de proteção aquém do direito conferido à liberdade de expressão geral<sup>41</sup>.

O discurso comercial seria aquele destinado ao público em geral a fim de captação de clientes e, em razão da proteção que goza os consumidores, não pode conter informações enganosas.

Como exemplo, pode-se dizer que um advogado não poderá divulgar em uma propaganda dirigida ao público em geral que garante cem por cento de êxito nos processos judiciais por ele propostos. A doutrina do discurso comercial afasta a proteção à livre divulgação de informações enganosas. Já o mesmo discurso dirigido especificamente a um cliente, dentro do escritório, estaria sob a proteção do discurso profissional, que, a *priori*, protege o aconselhamento direto do profissional ao cliente, seja a informação verdadeira ou não.

Como as clínicas pró-vida são organizações sem fins lucrativos e não cobram pelos serviços que oferecem, não há como alegar que a informação contida na placa pretende corrigir distorções na fala dos profissionais, pois, além das clínicas pró-vida não visarem lucro, o aconselhamento é dirigido especificamente à mulher gestante que ingressa no recinto da clínica, e não ao público em geral.

Assim, nem a doutrina do discurso do governo nem a do discurso comercial são aptas a justificar uma restrição à liberdade de expressão do profissional que atua na clínica pró-vida.

Por outro lado, é possível limitar ou restringir o direito fundamental à liberdade de expressão em razão da busca da verdade? Pensamos também que não. Somente para a realização de outro direito fundamental é que a restrição a um direito fundamental se sustenta.

Como já referido, mesmo a manifestação falsa ou caluniosa, *prima facie*, está sob a proteção do direito à liberdade de expressão. Não há como o Estado impedir que os profissionais das clínicas pró-vida adotem uma estratégia arrojada de convencimento das mulheres grávidas, mesmo que calcada em informações falsas. Não há como o Estado exigir um discurso da verdade.

Por sua vez, resta saber se o discurso do profissional que atua na clínica pró-vida, que não se encaixa no discurso do governo ou no discurso comercial, é efetivamente violado ou apenas sofre restrição pela obrigação da fixação da placa que contém informação verdadeira referente ao aborto e, no último caso, se há fundamentação constitucional.

Para tanto, importa referir novamente à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Planned Parenthood v. Casey* de 1992 (Supreme Court of The United States, 1992). Nela, a Corte afirmou que os médicos são obrigados a obter o consentimento informado da mulher gestante antes da realização do aborto, com a exigência de o profissional esclarecer à mulher que optou por se submeter ao aborto os riscos que o procedimento pode causar à saúde, bem como fornecer informações sobre assistência financeira do Estado para o parto e disponibilizar uma lista de agências que intermediam a adoção de crianças.

Em suma, no julgamento citado, restou definido que no caso da escolha pelo aborto, a mulher obrigatoriamente será informada pelo médico das outras alternativas existentes contrárias ao aborto.

---

<sup>41</sup>Smolla (2016) diferencia o discurso comercial do discurso profissional, esclarecendo que enquanto o primeiro dirige-se para angariar clientes, o segundo refere-se ao aconselhamento direto de um cliente. O discurso comercial tem reduzido grau de proteção da Primeira Emenda com o objetivo de proteção dos consumidores contra a propaganda enganosa.

É possível argumentar que a obrigatoriedade de se obter o consentimento informado implica na regulamentação do discurso profissional do médico, que poderia ser adepto da corrente pró-escolha e não ter interesse em advertir à mulher gestante acerca das alternativas ao aborto.

No entanto, é forçoso reconhecer que para garantir o direito à livre escolha consciente da mulher, é indispensável que o médico, mesmo tendo a mulher gestante plena certeza da sua escolha, informe-a acerca de todas as alternativas possíveis, bem como dos riscos que o procedimento do aborto pode causar à sua saúde.

Desta forma, se a mulher gestante é obrigatoriamente informada nas clínicas pró-escolha de todas as alternativas existentes para decidir acerca do uso do seu próprio corpo, nas clínicas pró-vida faz sentido só ser orientada da alternativa que a organização julga ser a mais correta?

Nesta altura, convém distinguir a obrigatoriedade da informação que almeja apenas informar o ouvinte da obrigatoriedade da informação que tem por intuito persuadi-lo. A informação que deseja esclarecer o ouvinte é aquela que pode não estar disponível em outro local. Já a informação que quer influenciar a escolha do ouvinte geralmente só apresenta um lado da questão.

A informação obrigatória deve apoiar a tomada de decisão, seja ela qual for, e não a controlar.

De fato, a medida estabelecida pelo governo da Califórnia não exige que o profissional manifeste concordância com o aborto, ou que passe a indicá-lo para as mulheres grávidas que atende, apenas tenta sinalizar à mulher gestante que é possível procurar por mais informação fora do muro da clínica pró-vida.

Se a mera fixação da placa não garante que a informação chegue ao público-alvo, dado que poderá não se interessar pela leitura do informe, também o simples conhecimento da alternativa do aborto legal não significa que a mulher automaticamente optará por tal decisão.

O teor do aviso não indica qual é a preferência do Estado dentro do leque de opções existentes de planejamento familiar, tampouco encoraja ou sugestiona a mulher a optar pelo aborto. Não fala só que o aborto é uma alternativa viável, mas esclarece que existem outras opções disponíveis para o planejamento familiar. A informação, portanto, é neutra, e assim é que deve ser.

Ademais, obrigatoriedade da informação acerca do aborto não sacrifica por completo o discurso profissional. Decerto, a razão da existência das clínicas pró-vida é sobretudo em função da possibilidade legal do aborto. Não há dúvidas que caso o aborto viesse a ser proibido nos Estados Unidos, as clínicas pró-vida desapareceriam.

Não se nega que foi para coibir a divulgação de falsas informações ou ao menos direcionar as organizações pró-vida para o debate sério acerca da possibilidade do aborto que o Estado da Califórnia adotou a medida em questão de exigir a fixação de placas indicativas do aborto seguro.

Por outro lado, é louvável a iniciativa das organizações pró-vida de apoiar a gestante para que se sinta apta a escolher pelo nascimento da criança. A ajuda financeira, a ajuda médica, a ajuda psicológica e o próprio poder de persuasão são cruciais para a tomada da decisão que, no final, é da gestante.

No entanto, não é digno de elogios que o método empregado por toda rede pró-vida para atingir o seu desiderato seja calcado na negação ou dissimulação de uma alternativa que é, independentemente do juízo moral, legal.

No caso, a fixação da placa informativa acerca do aborto não silenciara o embate entre as organizações *pro-life* e *pro-choice*, ao contrário, dará mais combustível às duas correntes para argumentarem em prol dos seus ideais. Ao invés do direcionamento do discurso, o que temos é que os profissionais serão desafiados a se pronunciar acerca de um fato que até o momento silenciavam: que o aborto é uma alternativa legal e disponível. Assim, consideramos que a medida adotada pelo Estado da Califórnia é também proporcional em sentido estrito, pois a restrição que confere ao direito à liberdade de expressão não é demasiadamente excessivo, por não tolher por completo a manifestação dos profissionais, que permanecem livres para se posicionar contra o aborto ou mesmo nada declarar acerca dele, e, ademais, justifica-se para garantir que a mulher grávida tome uma decisão racional e informada.

## 6 Como a suprema corte decidiu

A Suprema Corte decidiu, por cinco votos contra quatro, que a regra imposta pela Lei da Califórnia viola a liberdade de expressão por impor aos profissionais uma fala indesejada e que o Estado da Califórnia não demonstrou uma justificativa plausível para exigir a fixação do aviso obrigatório.

Ademais, restou definido que o discurso profissional não seria uma categoria destacada do direito à liberdade de expressão e, por conseguinte, é objeto da mesma proteção conferida pelo direito fundamental que garante a livre manifestação.

Afirmou-se que o aviso obrigatório equivaleria a uma regulamentação do conteúdo do discurso por obrigar as pessoas a discorrerem sobre um determinado assunto. No caso em questão, entendeu-se que a placa obriga os profissionais a falarem do aborto, mesmo sendo seus opositores.

Considerou-se ainda que a regra imposta pela Lei do Estado da Califórnia exigiu a divulgação de serviços de saúde patrocinados pelo ente estatal que são alvos de controvérsia e, portanto, se o Estado da Califórnia desejasse esclarecer à mulher gestante acerca da possibilidade legal do aborto, deveria fazê-lo por meio de uma campanha publicitária própria.

Por sua vez, o *Justice* Clarence Thomas, relator da decisão, considerou que, como as pessoas que trabalham nas clínicas pró-vida normalmente são missionárias religiosas, a regra inserta na Lei da Califórnia impôs a esses profissionais a obrigatoriedade de falar algo que vai de encontro às suas convicções, violando igualmente o direito de objeção de consciência.

Por fim, cumpre pontuar que a Corte não analisou a regra imposta pela Lei da Califórnia sob a perspectiva da proporcionalidade e, para nós, a decisão fez confusão entre mensagem obrigatória constante em uma placa e obrigatoriedade da pessoa transmitir uma mensagem.

## 7 Considerações finais

É um insulto à autonomia da mulher influenciá-la a realizar uma só escolha, quando há outras legalmente admissíveis. Afinal, não falar sobre o aborto diminui a sua prática? E divulgar informações sobre o aborto, aumenta a sua incidência? A proteção conferida à livre circulação de ideias pretende que não haja censura na divulgação de qualquer opinião e que os indivíduos tenham acesso a todas as informações acerca de um determinado assunto.

Neste sentido, é preferível obrigar a divulgação de informações verdadeiras do que resguardar a sua ocultação. Certamente se o conteúdo da informação obrigatória fosse outro menos polêmico, mas igualmente verdadeiro, não haveria objeção à fixação de uma placa.

Longe de só visar uma ideologia de governo, a intervenção do Estado da Califórnia na acirrada disputa entre os pró-vida e os pró-escolha tem por escopo garantir à mulher autonomia para decidir como quer levar adiante a sua gestação.

A obrigatoriedade da divulgação da informação sobre o aborto não sepulta a liberdade de expressão dos profissionais da clínica pró-vida, ao revés, exige que os estes se empenhem em apresentar melhores argumentos para o êxito da mensagem que desejam passar para as suas clientes.

Tal como o discurso de ódio, o discurso ofensivo e o discurso pornográfico, que são considerados categorias que não gozam de proteção máxima do direito à liberdade de expressão, o discurso do profissional que se recusa a informar acerca de uma alternativa legal existente também não deveria ser blindado às restrições que objetivem garantir prevalência aos direitos que asseguram a autonomia do indivíduo.

Assim, por mais que o discurso dos profissionais que atuam nas clínicas pró-vida tenha proteção constitucional, poder-se-ia admitir um mínimo de regulamentação, ainda que esta provoque um efeito colateral de incitar o profissional a falar de assuntos que, em tese, não estava disposto a conversar com a sua cliente.

Do mesmo modo que a Suprema Corte já decidiu que é permitido ao Estado exigir que o médico obtenha o consentimento informado da gestante que almeja fazer o aborto, esclarecendo-lhe sobre as demais alternativas substitutas do aborto, consideramos que não é desproporcional o Estado exigir que clínicas contrárias ao aborto possuam no seu estabelecimento uma placa que informe à gestante sobre o universo das medidas disponíveis para o planejamento familiar e, dentre elas, o aborto.

Com efeito, o movimento pró-vida só existe em razão do movimento oposto, o pró-escolha. As organizações privadas que se estabeleceram com o firme propósito de sustentar uma dessas posições devem saber lidar com os argumentos opostos à sua ideologia sem que isso signifique ofensa à objeção de consciência. Ser instado a falar ou provocado a utilizar novos argumentos não é o mesmo que ser obrigado a fazer algo contra a sua consciência.

O fato de a clínica pró-vida ser obrigada a fixar uma placa que esclarece sobre a possibilidade do aborto seguro não implica em impor a visão do governo e na imediata adoção pela grávida da opção do aborto. É no contexto das duas posições existentes, favorável ou não ao aborto, que a organização deverá se empenhar para munir a mulher grávida com os seus melhores argumentos.

O contexto conturbado do aborto nos Estados Unidos, sobretudo pela forte interferência de ideias conservadoras e religiosas, justifica que o Estado que optou por acolher o aborto seguro dentro do serviço público de saúde, como é o caso da Califórnia,

queira esclarecer à população, sobretudo a mais pobre, acerca da possibilidade de o aborto ser realizado com financiamento público.

De fato, a opção do aborto existe e o Estado da Califórnia deseja assumir financeiramente o seu custo. Se a informação é verdadeira, não há razão para esconder isso<sup>42</sup>.

Por mais que se reconheça que a publicação da informação correta em outros locais restrinja o direito à liberdade de expressão em menor intensidade, em tal situação não se promove com igual eficiência o objetivo perseguido pelo governo, que é munir à mulher gestante alvo das clínicas pró-vida de toda informação disponível para a tomada de decisão consciente acerca da procriação.

Não há como sustentar que o discurso do profissional sofre interferência indevida do governo por ter que, de alguma forma, enfrentar o fato de que a gestante pode fazer uma escolha.

A escolha pelo aborto é uma decisão séria e moralmente responsável. Ninguém escolherá o aborto após a simples leitura de uma placa, cartaz ou jornal. Por outro lado, a ausência de informação segura impede uma decisão consciente acerca da procriação.

Na análise do teste da proporcionalidade entre a medida que almeja garantir a livre escolha da mulher gestante e o grau em que comprometeria a liberdade de expressão dos profissionais das organizações pró-vida, entendemos que o direito à liberdade de expressão, neste caso específico, deveria ceder.

A mulher grávida deve estar munida da informação correta acerca das alternativas legais existentes, para que tome uma decisão consciente e responsável. Não deve escolher levar adiante uma gravidez indesejada pois foi enganada acerca da possibilidade de realizar o aborto.

Por mais que a informação acerca do aborto seguro possa ser colhida em outros locais, fato é que as organizações pró-vida atuam exatamente no nicho de mercado da obscuridade e ambiguidade das informações acerca do aborto.

Como não é possível ao Estado determinar o teor do discurso que os representantes e funcionários das organizações propagarão para as suas clientes, é razoável que a informação acerca da possibilidade de aborto legal esteja ao menos sinalizada no interior da clínica pró-vida.

Caberá à gestante, caso deseje, procurar informações detalhadas acerca do aborto em outros locais e à clínica pró-vida, ao identificar uma possível candidata ao aborto, utilizar os seus melhores argumentos para dissuadi-la da possível escolha.

Assim, a vantagem da informação clara e transparente deveria superar o ônus imposto para a liberdade de expressão, inclusive quando tal liberdade se assenta na imprecisão das informações e dos argumentos transmitidos para a gestante com o intuito de aliciá-la a não fazer uma escolha que, ainda que considerada por alguns imoral, é permitida pelo ordenamento jurídico.

A fixação de placa que informe a possibilidade do aborto não esvazia por completo a liberdade de expressão dos profissionais das clínicas pró-vida, ao contrário, reforça a necessidade de empoderar os argumentos destinados a convencer a mulher gestante a não escolher o aborto.

---

<sup>42</sup>Conforme O'Rourke (2003), John Stuart Mill notou que foi a divulgação de opiniões contrárias pela imprensa na Inglaterra que possibilitou o fortalecimento da democracia.

Ao que parece, na decisão final, a Suprema Corte afastou-se das premissas de que a escolha pelo aborto ou nascimento recai na mulher gestante e que nunca haverá verdadeira liberdade sem informação.

## Referências

ALEXANDRINO, José Melo. **Lições de Direito Constitucional**. 3. ed. Lisboa: AAFDL Editora,, 2017. v. 1.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. e. São Paulo: Malheiros, 2015.

ATRIA, Fernando. Legislation and adjudication. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (ed.). **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**. Oxford: Oxford Academic, 2012. p. 327-361.

BATTISTELLI, Molly Frances et al. Expanding the abortion provider workforce: a qualitative study of organizations implementing a new California policy. **Perspectives on sexual and reproductive health**, v. 50, n. 1, p. 33-39, 2018.

BEANEY, WILLIAM M. The Constitutional Right to Privacy in the Supreme Court. **The Supreme Court Review**, Chicago, v. 1962, p. 212-251, 1962.

CALIFORNIA. **Assembly Bill n. 775**. An act to add Article 2.7 (commencing with Section 123470) to Chapter 2 of Part 2 of Division 106 of the Health and Safety Code, relating to public health. Sacramento: Legislative Counsel, October 09, 2015. Disponível em: [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill\\_id=201520160AB775](https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201520160AB775). Acesso em: 20 out. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed, 2007.

CORBIN, Caroline Mala. Compelled Disclosures. **Alabama law review**, [s. l.], n. 65, p. 1277-1351, 2014.

CRANE, Barbara B. ; DUSENBERRY, Jennifer. Power and Politics in International Funding for Reproductive Health: the US Global Gag Rule. **Reproductive Health Matters**, [s. l.], v. 12, n. 24, p. 128-137, 2004. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1016/S0968-8080%2804%2924140-4?needAccess=true>. Acesso em: 20 out. 2023.

DUARTE, David. Structuring addressees in fundamental rights norms: an application. In: HIMMA, Kenneth Einar; SPAIC, Bojan (ed.). **Fundamental rights justification and interpretation**. / Haia: Eleven International Publishing, 2016. p. 83-92.



DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003.

GREELY, HENRY T. A footnote to “penumbra” in Griswold v. Connecticut. **Const. Comment.**, n. 6, p. 251-265, 1989.

GUTTMACHER INSTITUTE. **Induced abortion in the United States**. Fact sheet. New York: Guttmacher Institute, 2018a.

GUTTMACHER INSTITUTE. **Targeted regulation of abortion providers**. State laws and policies. New York: Guttmacher Institute, 2018b.

HENSHAW, Stanley K. et al. **Restrictions on Medicaid funding for abortions**: a literature review. New York: Guttmacher Institute, 2009. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/sites/default/files/pdfs/pubs/MedicaidLitReview.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

HOLTZMAN, Beth. Have Crisis Pregnancy Centers finally met their match: California’s Reproductive FACT Act. **Northwestern journal of law and social policy**, [s. l.], p. 78- 110, 2017.

MERSKY, ROY M. ; DUFFY, JILL. **Documentary History of the Legal Aspects of Abortion in the United States**: Griswold v. Connecticut. Littleton, CO: Fred B. Rothman Publications, 2001.

MILL, John Stuart. **On liberty**. London: Routledge & Kegan Paul, 1966.

NASH, Elizabeth et al. Laws affecting reproductive health and rights: state policy trends at midyear. New York: Guttmacher Institute, 2017.

O’ROURKE, Kevin C. **John Stuart Mill and freedom of expression**: the genesis of a theory. London: Routledge, 2003.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015.

ROGGE, O. John. Unenumerated Rights. **California Law Review**, v. 47, n. 5, p. 787-827, 1959.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al (org.). **Direito público em evolução**: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Forum, 2013. p.735-747. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2013-Encruzilhada.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

SMOLLA, Rodney A. Professional speech and the first amendment. **West Virginia Law Review**, v. 119, n. 1, p. 67-112, 2016.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Griswold v. Connecticut**, 381 US, 479, 1965.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra**, 585 US, 2018.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Planned Parenthood v. Casey**, 505 US, 833, 1992.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Roe v. Wade**, 410 US 113, 1973.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **On reading the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

UNITED STATES COURT OF APPEALS. **Moore-King v. County of Chesterfield**, 708 F. 3d 560, 2013. Disponível em: <https://www.ca4.uscourts.gov/Opinions/Published/112183.P.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

UNITED STATES COURT OF APPEALS. **Pickup v. Brown**, 740 F. 3d 1208, 2014a.

UNITED STATES COURT OF APPEALS. **Wollschlaeger v. Governor of Florida**, 814 F.3d 1159, 2014b.

ZICK, Timothy. Professional rights speech. **Arizona State Law Journal**, v. 47, n. 4, p. 1289-1360, 2015.

## ENSAIO

# DIREITO E CIÊNCIA: UMA RELAÇÃO COMPLEXA SOBRE O SABER CIENTÍFICO

*Douglas Manoel Antonio de Abreu Pestana dos Santos*



Mestre e Doutor em Educação. É psicanalista. Possui Licenciatura em Artes Visuais e Pedagogia. Atualmente é Membro da Cátedra Otavio Frias Filho de Estudos em Comunicação, Democracia e Diversidade USP/IEA. Sócio(a) da SBPC Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. Membro da Rede Nacional da Ciência para a Educação - CPe. Tem interesse em pesquisas educacionais fazendo intersecção entre Gestão educacional e Formação de Professores, Psicanálise e Educação, Psicopedagogia, abordando principalmente os seguintes temas: Educação em tempos de crise, Educação e autoridade; Ensino e transmissão; Subjetividade e Inclusão. Atualmente é Editor da Revista Impressa Análises de discurso. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3941575427040698>. E-mail: [dpestanda@usp.br](mailto:dpestanda@usp.br).

## Introdução

*“Toda a ciência deve ser praticada para melhorar a condição de vida dos seres humanos, considerando-os como foco central” (Santos 2022).*

O tema “Direito e Ciência” aborda a complexa interação entre dois campos distintos do conhecimento humano: o Direito, responsável por normatizar a sociedade e regulamentar as relações entre indivíduos, e a Ciência, que busca entender o mundo natural e social por meio de métodos rigorosos de investigação. Embora essas áreas tenham objetivos e abordagens diferentes, sua relação é intrínseca e, ao longo da história, tem sido marcada por desafios e tensões.

Este ensaio acadêmico visa a analisar as principais dificuldades na relação entre o Direito e a Ciência, destacando os principais pontos de conflito e buscando entender como essas áreas podem cooperar para o benefício da sociedade. O livro *The Scientific Attitude: Defending Science from Denial, Fraud, and Pseudoscience* aborda o conceito de saber científico, enfatizando a sua característica de explicação teórica de fenômenos por meio de um esforço empírico.

O autor, McIntyre, destaca que o saber científico busca explicar acontecimentos e o funcionamento do mundo com base em observações e evidências empíricas do mundo real. A extrapolação ou a generalização de uma hipótese: “a teoria é mais ampla do que a hipótese porque ela é o resultado de uma hipótese que foi construída a partir de sua confrontação com dados e que sobreviveu a testes rigorosos antes que alguém a tenha posto adiante” (McIntyre, 2019, p. 36).

As áreas do conhecimento que se enquadram no saber científico são aquelas que se apoiam em evidências empíricas para fundamentar suas afirmações. São exemplos disso a física, a medicina, a química e outras disciplinas que se sustentam em dados sólidos e teorias explicativas bem estabelecidas.

No entanto, existem campos de conhecimento que não se encaixam na definição de ciência, pois não se baseiam em evidências empíricas, embora isso não signifique que essas áreas não contribuam para o progresso da humanidade ou para a compreensão do mundo. Tais campos incluem a literatura, as artes em geral, a filosofia e a matemática, que têm suas próprias formas de produzir conhecimento e oferecer entendimentos valiosos.

É justo mencionar a existência de uma ameaça à ciência, que não provém dessas áreas não científicas, mas sim da chamada «pseudociência». As pseudociências são campos de conhecimento que afirmam chegar a conclusões com base em evidências, mas, na realidade, não o fazem de forma adequada ou, em alguns casos, utilizam informações distorcidas para fundamentar suas ideias. Exemplos de pseudociências citadas são a astrologia e algumas práticas religiosas que tentam se passar por científicas sem a devida fundamentação empírica.

O saber científico é caracterizado por explicar fenômenos por intermédio de esforços empíricos, enquanto áreas não científicas podem ser valiosas para a compreensão do mundo, embora não se baseiem em evidências empíricas. A verdadeira ameaça à ciência surge das pseudociências, que fazem alegações falsas ou distorcidas com base em supostas evidências empíricas, prejudicando a integridade e a credibilidade da ciência legítima. Portanto, a análise proposta por McIntyre enfatiza a importância do rigor empírico e da base teórica sólida para a produção de conhecimento científico válido e confiável.

A saber, é importante observar quatro eixos importantes:

## **I. Conflito entre a Certeza do Direito e a Incerteza Científica**

Uma das principais dificuldades na relação entre o Direito e a Ciência é a disparidade em relação à certeza. O Direito busca estabelecer normas e regras claras, com o objetivo de proporcionar segurança jurídica e previsibilidade nas relações sociais. Por outro lado, a Ciência lida com a incerteza inerente ao processo científico, pois novas descobertas e revisões de teorias são comuns à medida que mais dados são coletados e analisados.

O conflito entre a busca do Direito pela certeza e a incerteza científica pode levar a decisões judiciais que não refletem adequadamente o estado atual do conhecimento científico. Por exemplo, em casos que envolvem questões ambientais ou de saúde pública, a falta de consenso científico pode dificultar a determinação de responsabilidades ou a aplicação adequada da lei.

## **II. A Natureza Mutável da Ciência e o Direito Estático**

Outro ponto de atrito entre o Direito e a Ciência é a diferença em relação à evolução temporal. A Ciência é uma disciplina dinâmica, constantemente atualizada à medida que novas pesquisas e descobertas são feitas. Teorias e paradigmas científicos podem ser revistos e ajustados com base em novas evidências, o que implica que o conhecimento científico não é estático.

Por outro lado, o Direito é fundamentado em códigos e leis que são elaborados em determinado momento histórico e social. Essas normas podem ser resistentes a mudanças e não conseguem acompanhar rapidamente as transformações científicas e tecnológicas. Isso pode levar a lacunas legais ou interpretações desatualizadas diante de avanços científicos relevantes.

### **III. Peritos e Interpretação Científica no Sistema Jurídico**

No âmbito jurídico, a ciência frequentemente é invocada mediante peritos para embasar argumentos em casos complexos. No entanto, a interpretação científica pode ser subjetiva e variar entre especialistas, resultando em diferentes conclusões e influenciando a decisão final do juiz ou júri.

A dependência dos tribunais em relação a peritos e especialistas pode gerar desconfiança e contestação de resultados, especialmente quando existem interesses conflitantes ou quando a qualidade e integridade das pesquisas são questionadas. A manipulação de evidências científicas pode ter implicações graves nas decisões judiciais e abalar a confiança da sociedade no sistema legal.

### **IV. Ética e Responsabilidade na Utilização da Ciência no Direito**

A incorporação da ciência no Direito também levanta questões éticas e de responsabilidade. O uso inadequado ou tendencioso de dados científicos pode resultar em decisões injustas ou na promoção de políticas públicas prejudiciais. Além disso, a divulgação inadequada de resultados científicos pode levar a interpretações equivocadas e a disseminação de informações incorretas na sociedade.

A relação entre o Direito e a Ciência é inegavelmente difícil e cheia de desafios. As disparidades em relação à certeza, a mutabilidade da ciência diante da rigidez do direito, a subjetividade dos peritos e as questões éticas envolvidas são apenas alguns dos pontos de conflito. No entanto, é essencial reconhecer que ambos os campos são fundamentais para a sociedade moderna e que a cooperação entre eles é crucial para o progresso e justiça.

Uma abordagem mais interdisciplinar, com diálogo contínuo entre cientistas e juristas, pode ajudar a superar as dificuldades e permitir a utilização mais adequada e responsável da ciência no Direito. Ao buscar uma maior compreensão mútua e uma apreciação pelas particularidades de cada campo, é possível promover uma relação mais harmoniosa e benéfica entre o Direito e a Ciência, garantindo, assim, uma sociedade mais justa e informada. É justo concordar com Berthelot (1991, p. 5) ao afirmar que:

Uma disciplina se constrói: sua história é mais complexa que um simples desenvolvimento de ideias e de teorias; ela tem por implicação técnicas e métodos de pesquisa, formas de construção de seu objeto, lugares de aprendizado, de transmissão e de exercício, de indivíduos associados, das redes de trabalho, da troca e avaliação.

A realidade e os desafios apresentados aos operadores e pensadores do Direito tornam inescapável a aproximação do normativo ao real, o que traz a necessidade de sua aproximação com os métodos e procedimentos próprios da ciência. Por outro lado, é preciso levar a sério a complexidade dessa interação para que o campo jurídico não seja capturado e consolidado como uma pseudociência – isto é, um campo que afirma ser científico, mas que na prática apenas reveste crenças e dogmas em uma embalagem empírica desenhada para encobri-los (McIntyre, 2019).

## **À Guisa de uma conclusão em favor do Direito e a Ciência**

A interdisciplinaridade, ao promover um diálogo contínuo entre cientistas e juristas, representa um avanço significativo na busca por uma aplicação mais eficaz da ciência no Direito. Ao reconhecer que cada disciplina possui sua própria história, técnicas e métodos de pesquisa, estamos construindo uma base sólida para a integração entre esses campos. Esta abordagem permite-nos compreender a complexidade de cada um e, ao mesmo tempo, apreciar suas contribuições únicas.

A harmonia entre o Direito e a Ciência é essencial para o progresso de uma sociedade justa e bem-informada. É justo lembrar que, ambos os campos têm suas raízes e evoluções históricas. Portanto, é fundamental estabelecer conexões sólidas entre eles, reconhecendo as áreas de convergência e divergência.

A aproximação do normativo com o real é uma necessidade incontestável no mundo jurídico. A complexidade dos desafios enfrentados pelos operadores do Direito exige uma compreensão mais profunda das metodologias científicas. Isso não apenas enriquece a tomada de decisões, mas também garante uma aplicação mais justa e eficaz das leis.

Contudo é crucial que essa interação seja conduzida com seriedade e responsabilidade. Devemos evitar que o Direito se transforme em uma pseudociência, na qual os métodos empíricos são usados apenas como uma fachada para encobrir crenças e dogmas. A integridade do sistema jurídico depende de uma integração genuína e transparente com a Ciência.

Nesse sentido, é essencial estabelecer padrões éticos sólidos para orientar essa interação entre Direito e Ciência. A transparência, a objetividade e a imparcialidade devem ser princípios orientadores na aplicação da ciência no Direito, garantindo que o processo seja justo e equitativo.

Além disso, a educação desempenha um papel fundamental na promoção da interdisciplinaridade. É preciso criar espaços de aprendizado que incentivem a colaboração entre juristas e cientistas, preparando as futuras gerações para abordagens mais integradas e holísticas.

A pesquisa interdisciplinar também deve ser valorizada e incentivada. Os incentivos acadêmicos e institucionais devem reconhecer o mérito da pesquisa que busca integrar o conhecimento científico com o jurídico, estimulando a produção de conhecimento que beneficie a sociedade como um todo.

A interdisciplinaridade não apenas enriquece a prática jurídica, mas também abre novos horizontes para a resolução de problemas complexos que afetam nossa sociedade. Ela nos permite abordar questões de maneira mais abrangente, considerando não apenas a legalidade, mas também as implicações científicas e éticas envolvidas.

Fitar o Direito e Ciência representa um caminho promissor para uma sociedade mais justa e informada. Ela nos capacita a enfrentar os desafios do mundo contemporâneo de maneira mais eficaz, promovendo a igualdade, a justiça e a integridade em nossas instituições e decisões legais. Portanto, é fundamental que continuemos a investir nessa integração e a promover o diálogo contínuo entre esses campos.

## Referências

BERTHELOT, Jean-Michel. **La construction de la sociologie**. Paris: Presses Universitaire de France, 1991.

MCINTYRE, Lee. **The Scientific Attitude: Defending Science from Denial, Fraud, and Pseudoscience**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 2019.

SANTOS, D. M. A. A. P. Das ervilhas de Mendel à bioinformática: E os princípios éticos? **Revista Processando o Saber**, v. 14, n. 1, p. 16-30, 18 maio 2022.

## RESENHA

**RESENHA DO LIVRO COTAS RACIAIS, DE LÍVIA SANT'ANNA VAZ**

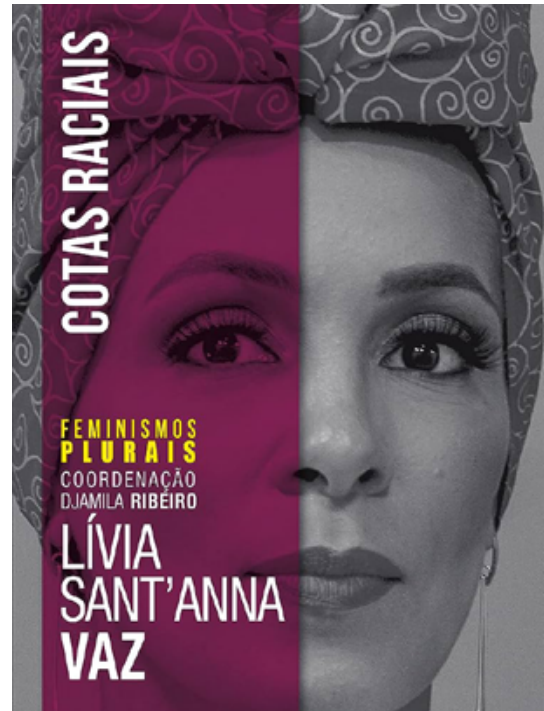
*Tássio Santos Silva e Catharina Maia Caetano*

VAZ, Livia Sant'Anna. **Cotas raciais**. São Paulo: Jandaíra, 2022. (Coleção Feminismos Plurais).

No ano em que a Lei n. 12.711 de 2012, conhecida como Lei de Cotas, completou 10 anos, a promotora Livia Sant'Anna Vaz, atuante na Promotoria de Justiça de Combate ao Racismo e Intolerância Religiosa do Ministério Público do Estado da Bahia (MP-BA), deu vida e forma ao livro “Cotas Raciais”, publicado pela Coleção Feminismos Plurais.

A Coleção visa a apresentar aos/às leitores/as questões em pauta na atualidade, como encarceramento em massa, racismo estrutural, apropriação cultural, transfeminismo entre outros, bem como trazer para a cena fundamentos para aprimoração do debate. A importância de discutir o tema das cotas raciais, para além do aniversário de uma década da política, que implica sua revisão<sup>1</sup>, é fincar seus alicerces legitimadores, que a todo momento são questionados, seja pelos reprodutores do discurso meritocrático ou ideologias políticas que ignoram que diante da barbárie que negros e negras foram e são submetidos, no passado e no presente, as cotas raciais consistem em uma das poucas respostas reparativas dada pelo Estado brasileiro (Vaz, 2022).

Para além do supracitado, destaca-se, que a autora, Livia Sant'anna Vaz, é doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, autora do livro “A Justiça é uma Mulher Negra”, pela Editora Letramento (Coleção Juristas Negras), nomeada uma das 100 pessoas de descendência africana mais influentes do mundo e uma das pessoas que tem tensionado e, portanto, ressignificado, estrategicamente, o conceito de justiça da maneira que está posta nas instituições, faculdades de direito e outros espaços de poder e tomada de decisões. Tudo isso tomando-se por base o lugar que reivindica e ocupa. Um lugar que foi negado durante anos para pessoas negras e agora, como após uma reintegração de posse, passa, ainda que aos poucos, a ser ocupado.



<sup>1</sup> No dia 09 de agosto de 2023, foi aprovado na Câmara dos Deputados a revisão das cotas raciais com a inclusão de estudantes quilombolas, a garantia de prioridade nos programas de assistência estudantil para os estudantes cotistas de baixa renda, criação de políticas voltadas à pós-graduação, entre outras.



A justiça, reivindicada, é a palavra de ordem para a compreensão da legitimidade das cotas raciais. Por sua vez, o entendimento é essencial para avançar para outras discussões que, segundo a autora, deveriam estar na ordem do dia no momento, como políticas de permanência, instituição de comissões de heteroidentificação, o efetivo preenchimento das vagas reservadas, visando a tornar os espaços existentes em espaços democráticos, plurais e, assim, espiraladamente, justos.

Uma das características que atravessa todos os livros da Coleção Feminismos Plurais é se tornar clássico logo após que é lançado. O mesmo acontece com o livro “Cotas Raciais”, visto que é lugar de reunião e sistematização das reflexões, legislação, jurisprudência, desconstrução dos argumentos contrários e construção de argumentos a favor que se estendem para além de “beneficiar” pessoas negras por meio da política.

Se é verdade que, como afirma o provérbio yorubá, “*ọja ọja ni awon mejeji*” (“a banca do mercado tem dois lados”), a universidade e, conseqüentemente, a sociedade, como um todo, também são “beneficiadas”. Por meio das cotas, a universidade tem a oportunidade de se tornar um espaço diverso, fazendo jus a etimologia da sua palavra (universal) - nos corpos, ideias e subjetividades, que tensionam a ideologia hegemônica posta e reivindicam uma teoria social que faça sentido no contexto social brasileiro.

Logo na introdução do livro, a autora conceitua as cotas raciais como uma “espécie do gênero ações afirmativas”. Estas, por sua vez, entendidas como políticas e medidas de promoção da igualdade de oportunidades para membros de grupos sociais vulnerabilizados, a fim de corrigir desigualdades sistêmicas e estruturais. Apesar de o termo “ação afirmativa” ter surgido nos Estados Unidos da América, em 1935, foi na Índia que a aplicação dessa política e do sistema de cotas, como se conhece hoje, consolidou-se, durante a conclusão do processo de independência desse país, sendo amplamente inserido na Constituição indiana de 1950.

No capítulo inicial, Vaz utiliza a letra da música *Cota não é esmola*, de Bia Ferreira, para discorrer sobre a negação do direito à educação para pessoas negras no Brasil durante décadas, com base em uma linha do tempo, com a legislação da época, é fomentado no leitor a reflexão sobre o papel do Direito atrelado aos interesses hegemônicos do seu tempo, portanto, não neutro. Essa mesma legislação considerava pessoas escravizadas como propriedade privada, isto é, bens semoventes, como animais.

Isso não significa que não houve resistência e reapropriação do direito, estrategicamente. O livro aborda, de maneira breve, porém, potente, os feitos de Esperança Garcia, mulher negra escravizada, a primeira advogada do Brasil, reconhecida pela Ordem de Advogados do Brasil; e de Luiz Gama, advogado negro e um dos mais importantes intelectuais do país, que são apenas alguns nomes, ante tantos/as outros/as que se articularam e buscaram maneiras de colocar em xeque o sistema imposto e em consequência disso é lançado luz sobre o fato da junção de lutas dos movimentos negros.

Mesmo após a “abolição”, por não ser acompanhada de políticas de memória, verdade e justiça, direitos básicos e humanos continuaram e continuam sendo negados à população negra. A vulnerabilização, portanto, não é fruto do acaso, mas sim acúmulo de processos históricos e omissões do Estado brasileiro em matéria de redistribuição e reparação social/racial, ao mesmo tempo que relações assimétricas predestinam o triunfo de pessoas pertencentes ao grupo racial hegemônico, ainda que não sejam as pessoas que mais se esforçam para tal.

As cotas raciais, nesse sentido, são projetadas por Vaz, no segundo capítulo, como “um pequeno (porém, firme) passo rumo ao nosso sonho de liberdade”. Tendo como alvo, também, a concretização da “inclusão social” de grupos étnicos, marginalizados em decorrência do passado histórico de discriminações e desumanização. A integração, por ser o caminho para a justiça, é um meio de garantir a igualdade, vice-versa. Por sua vez, a igualdade, princípio constitucional, deve ser entendida na sua dimensão formal e material, fundamentada na compreensão da noção da isonomia de oportunidades, acessos, direitos e resultados de “maneira igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. Este é o “cerne da democracia”, como, inclusive, destaca a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186-2, abordado minuciosamente pelo livro.

A Lei n. 12.711 de 2012, que instituiu as cotas sociais e étnico-raciais para o ingresso nas instituições federais de ensino superior determina que, no mínimo, 50% das vagas em cada curso e turno das universidades e institutos técnicos federais devem ser destinadas a estudantes que cursaram integralmente o ensino médio em escolas públicas; destas vagas, metade, ou seja 25%, são destinadas a estudantes oriundos de famílias com renda *per capita* igual ou inferior a um salário-mínimo e meio; e, a outra metade das vagas reservadas para estudantes de escolas públicas, distribuída entre candidatos autodeclarados pretos, pardos e indígenas, de acordo com a classificação utilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Vaz atenta para o fato de que, analisando o texto da Lei de Cotas, o sistema instituído no âmbito da educação superior do Brasil, não representa exclusivamente cotas étnico-raciais, tendo em vista que estas passam a ser subcotas das cotas sociais de ingresso ao ensino superior federal. Isso incorre na fuga da essência de combate ao racismo nas oportunidades de ingresso, permanência e resultados a que confere às políticas e medidas de ações afirmativas, excluindo, por exemplo, pessoas negras que por sacrifício de seus pais e responsáveis, porventura tenham cursado o ensino médio em escolas particulares.

Além da previsão das (sub)cotas étnico-raciais aplicadas ao ensino superior federal, a autora cita ainda a Lei n. 12.990 de 2014, que consolida a política de ação afirmativa por meio das cotas em concursos públicos na esfera federal, deixando os estados e municípios descobertos desta obrigatoriedade. Entretanto a grande diferença entre o texto legal da Lei n. 12.711/2012 (nas universidades) para a Lei n. 12.990/2014 (nos concursos públicos), é que neste o sistema instituído trata-se efetivamente de cotas raciais, e não meras subcotas.

Apesar de o sistema de cotas da educação superior federal ser mais social do que étnico-racial, os resultados de aumento no número de jovens negros/as cursando o ensino superior são notáveis. O percentual de estudantes negros entre 18 e 24 anos que frequentavam o ensino superior saltou de 16,7%, em 2004, para 45,5%, em 2014. Segundo o IBGE, em 2018, a proporção de pessoas negras cursando o ensino superior em instituições públicas brasileiras chegou a 50,3%, e o percentual de jovens negros/as, entre 18 e 24 anos, no ensino superior era de 55,6% no mesmo ano.

Segundo Vaz uma das principais teses utilizadas para contrapor a existência das cotas raciais é a de inexistência de raças, entretanto, explica que o antirracismo biologicamente estabelecido não é apto para afastar os efeitos do racismo, sustentado, inclusive, pelo racismo científico fortemente difundido entre os séculos 19 e 20, que continua estruturando e moldando as relações sociais, de modo a privilegiar grupos hegemônicos e subalternizar outros grupos sociais, demonstrando como o não interesse por políticas de reparação e promoção da igualdade não são interessantes para aqueles/as detentores de privilégios históricos e alicerçados no pacto narcísico da branquitude.

O termo “pacto narcísico da branquitude”, cunhado pela psicóloga e ativista Cida Bento (2022), refere-se aos acordos e compromissos implícitos entre pessoas brancas, com o objetivo de proteger e perpetuar os privilégios proporcionados pela estrutura racial predominante. Esse pacto narcísico opera como uma forma de autopreservação, em que os indivíduos brancos se unem para manter sua posição de poder e vantagem, muitas vezes negando ou minimizando a existência do racismo e suas consequências.

Antes das universidades adotarem as cotas como política para ingresso de pessoas negras, de baixa renda, que estudaram em escolas públicas, jovens negros/as não conseguiam entrar nas universidades por pontos ínfimos no vestibular. A política, reconhece o esforço e abre os caminhos para que se entre nas instituições, aspirando, inclusive, que seja aproveitado o talento desperdiçado e apagado pelo racismo, uma vez que a possibilidade de um país mais democrático é ruída a cada jovem negro que não entra na universidade, que não se descobre em um projeto cultural ou que não tem a oportunidade de materializar seu sonho no espaço-tempo (SILVA, 2023).

Como a filosofia africana permite o movimento espiralar como fundamento, Vaz resgata Bia Ferreira no último capítulo para afirmar que as cotas são “esmolas” diante a tamanha contribuição que as pessoas negras deram e dão para o país. Principalmente, quando é resgatado que o Brasil foi construído com sangue, suor e lágrimas de pessoas negras e indígenas. Apesar de uma política essencial, seu raio de atuação e eficácia precisa ser ampliado e acompanhado a curto, médio e longo prazo, apostando tanto na formação quanto na absorção de profissionais negros, no seu bem-estar, dignidade e garantia de direitos vilipendiados. Apostando na pluralidade nas instituições como cerne da democracia e justiça. Apostando no Brasil que será!

Fincados os alicerces, avancemos!

## Referências

BENTO, Cida. **Pacto narcísico da branquitude**. São Paulo: Letramento, 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm). Acesso em: 5 ago. 2023.

SILVA, Tássio. Aos jovens negros da Gamboa, justiça! Aos jovens negros da Cidade, futuro! **BNEWS**, 2023. Disponível em: <https://www.bnews.com.br/noticias/artigo/aos-jovens-negros-da-gamboa-justica-aos-jovens-negros-da-cidade-futuro.html>. Acesso em: 5 ago. 2023.



**Tássio Silva**

Vivenciador-pesquisador da cidade, bacharel em Humanidades pelo Instituto

de Humanidades, Artes e Ciências Professor Milton Santos da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e graduando em Direito pela Faculdade de Direito da UFBA. Membro do Núcleo de Assessoria Jurídica Popular do Serviço de Apoio Jurídico, integrante do Coletivo Resistência Preta e parte da Manifesta Coletiva.



**Catharina  
Maia Caetano**

Bacharela em Humanidades pela Universidade da Integração

Internacional da Lusofonia Afro-brasileira (UNILAB), mestrandia em Educação pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), militante do Movimento Negro Unificado e coordenadora do núcleo de juventudes do Coletivo Resistência Preta. Está conselheira no Conselho de Desenvolvimento da Comunidade Negra do Estado da Bahia, na cadeira de juventude negra. Pesquisa políticas públicas de ações afirmativas na educação superior e quilombismo.

## ENTREVISTA

# ENTREVISTA COM LARISSA DANTAS GUIMARÃES SOBRE A COORDENAÇÃO DE ATENÇÃO À SAÚDE E QUALIDADE DE VIDA NO TRABALHO - CSQVT/MPBA

*Larissa Dantas Guimarães*



Doutoranda em Administração pela UFBA, Mestre em Administração pela UNIFACS, Especialista em Gestão de Pessoas pela Faculdade Ruy Barbosa, Especialista em Terapia Cognitiva Comportamental pela PUCRS, Especialista em Eye Movement Desensitization and Reprocessing (EMDR), Certificação Profissional em Neurociências pela PUCRS, graduada em Psicologia. É atual coordenadora da Gestão da Qualidade de Vida no Trabalho do Ministério Público do Estado da Bahia. Integrante da Comissão de Prevenção de Infecções no Ambiente de Trabalho do Ministério Público do Estado da Bahia. Coordenadora do Comitê Científico do International Stress Management Association no Brasil – ISMA-BR. Coordenadora do Grupo de Trabalho de Qualidade de Vida no Trabalho do Comitê de Políticas de Gestão de Pessoas, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Atuou em grandes instituições em diversos segmentos: público, saúde, field marketing, varejo e indústria.

“Entendemos que a saúde mental é muito mais do que a ausência de transtornos mentais, ela está diretamente relacionada ao nosso bem-estar total, ou seja, inclui também aspectos socioeconômicos, biológicos e ambientais, além de representar uma parte essencial da nossa saúde. [...] O aumento do número de brasileiros que sofrem com algum transtorno mental, como por exemplo a ansiedade ou depressão, e que lidam com comportamento suicida (ameaças, pensamentos e/ou tentativas) ou com a automutilação nos faz refletir sobre a necessidade urgente de iniciativas de promoção, cuidado e atenção em saúde mental.”

É dessa forma que a coordenadora de Atenção à Saúde e Qualidade de Vida no Trabalho do MPBA, Larissa Dantas Guimarães, psicóloga, doutoranda em Administração, entende a multifatorialidade das questões que envolvem a saúde mental.

Esse e outros aspectos, como os projetos da CSQVT, foram detalhados pela coordenadora, em entrevista concedida ao Periódico Eletrônico Ciência em Debate do CEA/MPBA. Confira na íntegra.

**Você poderia fazer um breve resumo sobre os objetivos da CSQVT, e como se deu sua implantação no MPBA?**

**R:** O objetivo da Coordenação de Atenção à Saúde e Qualidade de Vida no Trabalho é o de promover programas e ações articuladas que visem a promoção da qualidade de vida no trabalho, nas suas dimensões biológica, psicológica, social, organizacional e espiritual, com aprimoramento permanente das condições, processos e instrumentos de trabalho. A unidade foi criada no final de 2018, com a nomenclatura de Coordenação de Gestão da Qualidade de Vida no Trabalho e este ano mudou para Atenção à Saúde e Qualidade de Vida no Trabalho, abrangendo outras atividades. No momento da implantação, o contexto do trabalho mundial já estava sendo modificado para que as organizações comesçassem a se preocupar cada vez mais com a saúde, o bem-estar e a qualidade de vida no trabalho dos integrantes, e o MPBA acreditou que o início de uma mudança cultural para começar a se preocupar com esses temas também seria de suma importância para a instituição.

**Hoje em dia, qual a estrutura e dinâmica de funcionamento da CSQVT?**

**R:** Hoje a unidade é composta por mim, que coordeno, dois analistas técnicos com especialidade em psicologia, dois assistentes técnicos administrativos com formação em psicologia e dois estagiários de nível superior em psicologia. Estamos vinculados diretamente a Diretoria de Gestão de Pessoas, que compõe a Superintendência de Gestão Administrativa. Os objetivos da unidade estão alinhados com os objetivos gerais do MPBA. Em termos de estrutura, recursos, trabalhamos em uma sala que é composta apenas pela equipe da CSQVT, por lidar com questões sigilosas e que exigem o cumprimento ético dos seus integrantes, e possuímos a sala de bem-estar que está localizada no espaço de convivência da sede CAB, no qual realizamos atendimentos individuais de suporte psicológico e outras atividades.

A dinâmica do funcionamento da unidade é bastante intensa, mas trabalhamos com premissas básicas de planejamento, execução, monitoramento das atividades e ações, tomada de decisão, comunicação, colaboração, relatórios e melhoria contínua. A CSQVT realiza um monitoramento de todas as atividades e produtividade ao longo de todos os anos, desde a sua implantação, e é perceptível, em termos quantitativos, o quanto as demandas pela busca da saúde mental, bem-estar e qualidade de vida no trabalho aumentaram na instituição.

**Como você define 'Qualidade de Vida' no mundo do trabalho e quais os principais benefícios inerentes à sua promoção?**

**R:** A "Qualidade de Vida no Trabalho" (QVT) refere-se à percepção geral do bem-estar e satisfação de um indivíduo em seu ambiente de trabalho. Ela é uma medida abrangente que considera vários fatores que afetam a vida de um trabalhador no contexto de sua ocupação. A QVT não se limita apenas ao ambiente físico do local de trabalho, mas,

principalmente, inclui aspectos psicológicos, sociais e emocionais. Alguns dos principais componentes que podem definir a QVT são as condições de trabalho (local, ergonomia, carga e horário de trabalho), relações interpessoais, desenvolvimento profissional, a capacidade de tomar decisões, cultura organizacional que promova o respeito a diversidade e ética, a possibilidade de conciliar as demandas do trabalho com a vida pessoal, reconhecimento pelo bom desempenho, dentre outros. Todos esses componentes possuem benefícios tanto para os indivíduos quanto para a organização, tais como a satisfação, bem-estar, produtividade, retenção de talentos, redução do absenteísmo e presenteísmo, melhoria na imagem institucional, ambiente positivo e sustentabilidade organizacional.

Em resumo, a QVT se refere a uma abordagem holística que busca melhorar o bem-estar dos integrantes, criando um ambiente de trabalho saudável, equilibrado e gratificante. Isso não só beneficia os indivíduos, mas também contribui para o sucesso e a sustentabilidade das organizações. Uma coisa que eu sempre gosto de deixar claro é que uma unidade não é responsável pela qualidade de vida no trabalho do indivíduo, mas sim as ações e comportamentos existentes naquela organização. Infelizmente, o que ocorre, hoje com menos frequência (ainda bem!), é as pessoas cobrarem as unidades que trabalham com a temática da QVT por sua qualidade de vida, como se fosse um item de prateleira pronto para ser colocado em um ambiente ou indivíduo. A QVT é de responsabilidade de todos da organização e depende também de um comportamento individual de cada integrante.

### **Existem metodologias que permitem medir ou avaliar o nível de qualidade de vida em uma instituição?**

**R:** Há diversas metodologias para medir ou avaliar o nível de qualidade de vida no trabalho nas instituições, dentre elas, as mais usuais são: pesquisa de clima organizacional, inventário de qualidade de vida no trabalho, pesquisa de bem-estar, pesquisa de satisfação no trabalho, entrevistas e grupos focais, indicadores de desempenho (absenteísmo, taxa de rotatividade, acidentes de trabalho, entre outros) e avaliação de programas de responsabilidade social corporativa. É importante adaptar a metodologia de avaliação à natureza e aos objetivos da instituição em questão. Além disso, é fundamental que as avaliações sejam conduzidas de maneira regular e que os resultados sejam utilizados para implementar melhorias e monitorar o progresso ao longo do tempo.

### **Quais os projetos que o MPBA desenvolve hoje nesse campo, e qual seu público-alvo?**

**R:** No campo de avaliação do nível de qualidade de vida no trabalho, o MPBA já aplicou pesquisas para avaliar o comprometimento organizacional, a saúde mental e bem-estar dos integrantes em teletrabalho e realiza em algumas unidades específicas, na ocorrência de trabalhos pontuais, de acordo com o contexto de trabalho estabelecido, a medição de índices de inteligência emocional, satisfação no trabalho, bem-estar, dentre outros.

**Pode nos dizer quais os maiores desafios dessas iniciativas?**

**R:** Ainda há um descrédito na área da psicologia, embora muitas pessoas tenham conseguido perceber a relevância dessa ciência durante o período de vulnerabilidade em que todos passaram na pandemia. Psicologia, saúde mental, QVT...são ciências. Há um grande tabu para se abordar determinados temas nas organizações de forma geral e o principal desafio é as pessoas entenderem, por exemplo, o que no caso do MPBA, a CSQVT faz. Por vezes, ações de saúde e QVT são confundidas com atividades assistencialistas e eventos corporativos. Orientar as pessoas sobre o que, verdadeiramente, é o fazer da QVT é um desafio diário. Além de ser um trabalho de bastidor, por exemplo, não somos reconhecidos pela quantidade X de suportes psicológicos ou por ter conseguido auxiliar alguém em um processo de sofrimento, pois por questões éticas não podemos publicizar uma informação como essa. É um trabalho por vezes silencioso, no qual os profissionais que trabalham lidam com uma variedade de tarefas, que exigem um alto nível de foco mental, estresse, carga de trabalho elevada, contato com situações traumáticas, expectativas sobre uma atuação que não deve ser realizada, dentre outros. Lidar com o humano sempre é um imenso desafio, mas é extremamente gratificante perceber que você pôde, em alguma circunstância e em um grau, ter colaborado para a saúde, bem-estar, qualidade de vida daquela pessoa.

**Esse ano o projeto “Tranquilamente” completou 2 anos, e contou com uma programação especial no mês de setembro. Pode nos detalhar o alcance desse programa e quais as expectativas para 2024?**

**R:** Primeiro, é importante dizer que o Tranquilamente nasceu de forma coletiva na CSQVT e estou falando isso, porque acredito que tenha sido uma das maiores características para ele ter ganhado a repercussão que tem. Segundo que ele é fruto de sonhos e para a equipe da CSQVT nem o céu é o limite nesse assunto, além de estar vinculado a um dos objetivos estratégicos do MPBA que é o de promover a gestão por competências e a qualidade de vida no trabalho. Na programação de 2 anos só tivemos profissionais de grande impacto nacional: Rossandro Klinjey, Renato Nogueira, Lúcia Helena Galvão e Haroldo Dutra Dias. Porém, isso só aconteceu porque sonhamos muito, construímos uma premissa desde o início que só convidaríamos profissionais experientes e que o programa fosse um espaço de informações, esclarecimentos e reflexões de saúde, bem-estar e qualidade de vida no trabalho com uma linguagem acessível a todos. Também é importante informar que o programa é realizado sem nenhum custo para o MPBA, realizamos os convites sempre apresentando o objetivo dele, as



peças que participaram e é elaborado um roteiro de perguntas pela CSQVT para aquele profissional. Assim, construímos o programa dia a dia e ele ganhou notoriedade por conta dos profissionais que começamos a conseguir, pelo compartilhamento interno da nossa equipe com outros contatos, por acreditar nesse trabalho e pelo compromisso e, assim, ele chegou, por exemplo, até fora do Brasil. Hoje temos um acordo de cooperação técnica com o INSS, nacional, e o MPMG, e há outros MPs com o interesse no Tranquilamente. Outros órgãos como o TRT do Mato Grosso também veicularam a existência dele. Além disso, há um pico de audiência na Rádio MP da Bahia nos horários do programa e ele hoje não compreende apenas o público interno do MPBA, mas o externo também. Já alcançamos cidades como São Paulo, Maceió, Belo Horizonte, Recife, Aracaju, Petrolina, Natal, Brasília, Rio de Janeiro, Fortaleza, Porto Alegre, Chicago (EUA), Shanghai (China), dentre outros. Para 2024, como inexistente no âmbito do Ministério Público brasileiro um programa neste formato, a nossa expectativa é que possamos ampliar a divulgação, pois os temas abordados são de extrema relevância para toda a sociedade, e possamos propor temas sempre atualizados e relevantes para as pessoas.

### **Por fim, tem algo mais que queira pontuar sobre a CSQVT?**

**R:** Eu considero a CSQVT uma unidade ainda bastante nova, por ainda não ter completado 5 anos e pela quantidade de ações que desejamos colocar em prática. É importante também ressaltar que a qualidade de vida no trabalho surge das representações individuais e coletivas com base em 3 eixos: contexto de trabalho, práticas de gestão e nos sentimentos oriundos do ambiente de trabalho. Assim, a CSQVT é uma unidade que está crescendo, pelo entendimento da importância em trabalhar institucionalmente com temas tão relevantes para todas as pessoas. Compreendemos que a saúde mental transcende a ausência de transtornos psicológicos, abrangendo de forma integral o bem-estar, englobando aspectos socioeconômicos, biológicos e ambientais. Além disso, ela desempenha um papel essencial em nossa saúde de forma geral. O aumento no número de brasileiros que lidam com transtornos mentais, como ansiedade e depressão, com o aumento de comportamentos suicidas, incluindo ameaças, pensamentos e tentativas, nos faz refletir sobre a urgente necessidade de iniciativas que promovam, cuidem e deem a devida atenção à saúde mental. A promoção do bem-estar e o cuidado com a saúde mental são temas centrais em nosso compromisso diário de trabalho, e frequentemente observamos as dificuldades que as pessoas enfrentam para buscar ajuda quando necessário. Identificar onde, quando e como procurar assistência pode ser um desafio, e vou repetir o que sempre digo as pessoas que já procuraram o nosso serviço em algum momento: você não está sozinho e não precisa estar sozinho. Além de técnica, conhecimento, amor pelo que se faz e compromisso, há um cuidado em olhar para o outro, as diferenças desse outro, e essa é uma característica comum de todos os integrantes que hoje compõem a equipe. Então, convido a todos os integrantes que ainda não tiveram a oportunidade de conhecer a CSQVT, a conhecerem uma pequena parte do nosso trabalho através do nosso site: <https://qvt.mpba.mp.br/> e nos fazendo uma visita.

**RESUMO 1 – Trabalho de Conclusão de Curso****“DE PATRÃO A VILÃO”:** A ANÁLISE DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL DAS TRABALHADORAS DOMÉSTICAS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19*Osana de Andrade Barreto*

Analista Técnica do Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduada em Serviço Social pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Especialista em Direito Privado. Especialista em Educação em Direitos Humanos pelo Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre a Mulher (NEIM) da UFBA. Especialista pelo Programa de Residência Multiprofissional em Saúde da Criança e do Adolescente. Pós-graduanda em Direitos Humanos e Contemporaneidade pela Faculdade de Direito da UFBA. Pesquisadora interna do Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Infância e Adolescência – GEPIA/MPBA.

Em 2020, surge um novo cenário conjuntural que impactou o mundo: A pandemia da Covid19. Houve alterações nas relações sociais, culturais, econômicas e trabalhistas, trazendo significativas repercussões para toda a sociedade. Todavia, os impactos mais severos foram sentidos pelas populações vulneráveis, como é o caso das trabalhadoras domésticas, composta majoritariamente por mulheres negras e com baixa escolarização. Desse modo, o Ministério Público do Trabalho e as entidades representativas coletivas começaram a receber uma série de denúncias de violações de Direitos Fundamentais e Humanos, em que as trabalhadoras domésticas estavam confinadas no local de trabalho,

por exigência do empregador, sob a justificativa de risco de contágio pelo vírus da Covid-19. Destarte, o presente trabalho possui o objetivo de analisar a aplicabilidade dos crimes contra a liberdade individual nas relações empregatícias das trabalhadoras domésticas no contexto da pandemia da covid-19, através de um olhar interseccional de raça, classe e gênero, realizando-se uma abordagem sócio-históricocultural. O marco teórico adotado foi alicerçado no feminismo afrolatinoamericano abordado por Lélia Gonzalez. Foi utilizada a pesquisa empírica, a partir de uma abordagem eminentemente qualitativa, elegendo-se a entrevista semi-diretiva como o meio adequado para a obtenção de dados, os quais foram tratados em cotejo com notícias jornalísticas. A vertente teórico-metodológica perseguida é a jurídico-sociológica. Nesse sentido, pode-se afirmar que a dinâmica como o trabalho doméstico se apresenta no Brasil é fundamentada na sobrevivência de práticas coloniais e escravistas, o que explica o contexto de servidão, invisibilidade e desvalorização social em que está inserido. Com o advento da pandemia, apenas houve uma intensificação dessa vulnerabilidade pré-existente, havendo uma maior visibilidade de casos que podem ser tipificados como redução a condição análoga à escravidão e cárcere privado, tendo na violação do direito à liberdade um reflexo simbólico, por se tratar de um corolário civilizatório seletivo inaplicável à população negra.

**Palavras-chave:** Trabalho doméstico; Covid-19; Direitos Humanos; Redução a condição análoga à escravidão; Cárcere Privado.

Leia o trabalho de conclusão de curso completo: <https://ceafpesquisa.mpba.mp.br/wp-content/uploads/2023/10/Osana-de-Andrade-Barreto.pdf>

**RESUMO 2 – Dissertação de Mestrado****AO SABOR DAS CIRCUNSTÂNCIAS: JUSTIÇA E PODER NA CAPITANIA DA BAHIA (1788-1801)***Milena Pinillos Prisco Teixeira*

Graduada em História pela Universidade Federal da Bahia. Mestra em História Social pela Universidade Federal da Bahia e doutoranda pela mesma instituição. Tem interesse na área de História do Brasil Colônia, pesquisando os seguintes temas: Administração Colonial; Cultura Política e Cultura Jurídica no Brasil Colonial; Crime e Criminalidade. É pesquisadora registrada no Grupo de Pesquisa Justiças e Impérios Ibéricos do Antigo Regime (JIAR).

Esta dissertação propõe-se a investigar aspectos da justiça e do poder na capitania da Bahia entre os anos de 1777-1801. Entende-se que este período foi marcado pela transição do pluralismo jurídico para a modernidade jurídica, movimento que teve início com as reformas jurídicas empreendidas durante o Ministério Pombalino. Defende-se que, num ambiente marcado por conflitos de jurisdições, tal transição aconteceu de maneira incompleta e que os embates entre as diversas instâncias do poder colonial são um sintoma dessa incompletude. Primeiramente, apresenta-se um quadro das referências filosóficas e jurídicas que influenciaram o reformismo ilustrado português. No que se refere ao controle do direito e da justiça, instaurou-se com a Lei da Boa Razão de 1769 um novo princípio que até então não tinha precedentes. Em segundo lugar, revela-se um panorama dos conflitos ocorridos na capitania da Bahia no final do século XVIII, tendo como referência a administração da justiça nas comarcas da Bahia, Jacobina, Ilhéus e Porto Seguro. Por fim, discute-se os caminhos percorridos pelo crime de lesa-majestade na legislação portuguesa a partir de um conflito de jurisdição entre as instâncias civil e militar.

**Palavras-chave:** Bahia – História – Capitânicas hereditárias. Justiça. Conflito de Jurisdição.

Leia a dissertação completa: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/33234>

## BOLETIM DO CEAF - Junho



Foto: Humberto Filho (Cecom/MP).

### PROMOTORES DE JUSTIÇA PARTICIPAM DE CAPACITAÇÃO SOBRE ANÁLISE PERICIAL

Nos dias 29 e 30 de junho, promotores de Justiça com atribuição criminal, júri e auditoria militar participaram do curso Investigação de Crime de Homicídio e Análise Pericial. O curso teve como objetivos o aprimoramento da atuação dos promotores e o fortalecimento da parceria entre o Ministério Público estadual e o Departamento de Polícia Técnica.

Ao saudar os participantes do curso, Pedro Maia, promotor e chefe de Gabinete do MP, registrou que a capacitação é importante para quem atua na área, seja na fase pré-processual ou processual, ter

conhecimento mais aprofundado da prova técnica, de como está sendo construída e do que ela pode propiciar. É uma qualificação fundamental para aprimorar a atuação de análise pericial, complementou o coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal (Caocrim), promotor de Justiça André Lavigne.

O coordenador do Centro de Apoio Operacional de Segurança Pública e Defesa Social (Ceosp), promotor de Justiça Luís Alberto Vasconcelos, também ressaltou a relevância do curso e lembrou que a atuação na área criminal e de segurança pública

é complexa e difícil, requer olhar atento e, cada vez mais, qualificado. Segundo a coordenadora do Grupo de Atuação Especial Operacional de Segurança Pública do MP (Geosp), promotora de Justiça Aline Cotrim, a ideia do curso surgiu de experiências exitosas de aproximação feitas para discussão de casos com peritos do DPT na atuação prática

Conforme informou o coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento

Funcional (Ceaf), promotor de Justiça Tiago Quadros, o curso resultou da soma de esforços do Caocrim, Ceosp e Geosp, com o apoio do Ceaf, para abordar temas de extrema relevância.

Mais informações: <https://ceaf.mpba.br/noticias/promotores-de-justica-participam-de-capacitacao-sobre-analise-pericial/>

## WEBINÁRIO DISCUTE NOVA LEI DE LICITAÇÃO E APRENDIZAGEM PROFISSIONAL NO COMBATE AO TRABALHO INFANTIL

O Ministério Público estadual, contando com o apoio do Fórum Estadual de Eliminação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente na Bahia (Fetipa), realizou no dia 16 o *webnário* intitulado “Aprendizagem profissional e a nova lei de licitações: um caminho para combater o trabalho infantil”. Uma das mudanças implementadas pela nova lei de licitações e contratos administrativos é a exigência de que todos os contratados pelo Poder Público cumpram quotas de aprendizes, tanto durante a fase de licitação quanto durante a execução do contrato. “ Precisamos cuidar das nossas crianças e adolescentes. Não podemos mais conviver com a desassistência e a violação de direitos que geram dor, violência e insegurança. E, para isso, precisamos

nos atentar para o planejamento das ações, com a otimização de processos e maximização de recursos, priorizando as demandas e a busca de resolutividade em nossas ações “, ressaltou a promotora de Justiça Ana Emanuela Meira, coordenadora do Centro de Apoio Operacional da Criança e do Adolescente (Caoca).

A promotora dividiu a mesa de abertura com o promotor de Justiça Tiago Quadros, coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Ceaf), e a juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Adriana Manta.

Mais informações: <https://ceaf.mpba.br/noticias/webinario-discute-nova-lei-de-licitacao-e-aprendizagem-profissional-no-combate-ao-trabalho-infantil/>

## BOLETIM DO CEAF - Julho



Foto: Humberto Filho (Cecom/MP).

### ESPAÇO DE CONVIVÊNCIA É INAUGURADO NA SEDE DO MP NO CAB

O Espaço de Convivência, ambiente voltado para o bem-estar de membros, servidores e colaboradores do Ministério Público estadual, foi inaugurado no dia 24, pela procuradora-geral de Justiça Norma Cavalcanti. Localizado na sede do CAB, o espaço conta com restaurante, cafeteria, biblioteca e sala de bem-estar. “É um prazer muito grande entregarmos esse espaço de convivência prometido há três anos, um projeto feito com dinheiro público com o objetivo de servir a todos. O que o MP tem de melhor é o calor humano e a nossa amizade, então vamos aproveitar esse local que é de todos”, destacou a chefe do MP baiano Norma Cavalcanti.

A sala de bem-estar será gerida pela Diretoria de Gestão de Pessoas/Coordenação de Gestão da Qualidade de Vida no Trabalho, que oferecerá suporte

psicológico a membros, servidores e estagiários no local.

Integra ainda o Espaço de Convivência a nova biblioteca do CAB – a ‘Biblioteca Procurador de Justiça Fernando Steiger Tourinho de Sá’. O espaço, que foi redecorado proporcionando mais conforto para os integrantes do MP, leva o nome do ex-procurador-geral de Justiça Fernando Steiger Tourinho de Sá (*in memoriam*), que chefiou o Ministério Público estadual durante duas gestões (1994/1997 e 1998/2002).

O restaurante e o café Specialitá tem previsão de atender também o público externo. O restaurante funcionará das 11h30 às 14h e o café das 8h às 18h.

Mais informações: <https://ceaf.mpba.mp.br/noticias/espaco-de-convivencia-e-inaugurado-na-sede-do-mp-no-cab/>



Foto: Humberto Filho (Cecom/MP).

## MP PROMOVE CURSO SOBRE ESTRATÉGIAS DO TRIBUNAL DO JÚRI

De 27 a 29 de julho foi ministrado o curso Estratégias e segredos do Tribunal do Júri, com o promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Eugênio Paes Amorim, na sede do MPBA. O objetivo é discutir situações práticas de plenário, rituais e estratégias do Tribunal do Júri, além de apresentar casos reais de atuação do promotor de Justiça em plenário. “É hora de fortalecermos essa missão dos colegas pelo valioso trabalho que é fazer o Tribunal do Júri”, destacou a procuradora-geral de Justiça Norma Cavalcanti. Na ocasião ela ressaltou também a importância de todos

os promotores de Justiça atuarem a favor da unidade do Ministério Público.

O curso contou com 20 módulos sobre temas como rituais e estratégias; fases preliminares; o estudo dos autos; o preparo da véspera; modos e aspectos de inquirição; análise da prova oral e suas perspectivas; dentre outros. Participaram do treinamento cerca de 40 promotores de Justiça da capital e interior.

Mais informações: <https://ceaf.mpba.mp.br/noticias/mp-promove-curso-sobre-estrategias-do-tribunal-do-juri/>



## BOLETIM DO CEAF - Agosto



Foto: Arquivo.

### SEMANA DA SEGURANÇA INSTITUCIONAL É ABERTA COM PALESTRA SOBRE ENGENHARIA SOCIAL

O Ministério Público estadual, por meio da Assistência Militar e a Coordenadoria de Segurança Institucional e Inteligência (CSI), realizou a Semana da Segurança Institucional, nos dias 21 a 25 de agosto.

“O MP mais seguro depende da gente. Gostaria de parabenizar o CSI ao tentar instituir uma lógica preventiva com normas de segurança para que possamos avançar nessa área”, afirmou o promotor de Justiça Tiago Quadros, coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Ceaf).

A programação contemplou palestras sobre a segurança da informação nos meios de TIC, engenharia social, a importância da brigada de incêndio e a análise de risco de segurança institucional e ainda a realização de um simulado de evasão de edificações.

Mais informações: <https://ceaf.mpba.mp.br/noticias/semana-da-seguranca-institucional-e-aberta-com-palestra-sobre-engenharia-social/>



Foto: Divulgação

## SEMINÁRIO REFORÇA IMPORTÂNCIA DA AUTOCOMPOSIÇÃO NOS PROCESSOS DE FAMÍLIA

A aplicação de métodos autocompositivos nos processos de família foi abordada no dia 2, durante o Seminário de Formação Continuada em Direito das Famílias, promovido pelo Ministério Público estadual. O curso foi ministrado pelo promotor de Justiça do MP de Minas Gerais, Luciano Badini, que destacou o desafio de construção de um MP mais resolutivo.

Na mesa de abertura, também estavam presentes os promotores de Justiça e coordenadores dos centros de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Cíveis, Fundações e Eleitorais (Caocife), de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Ceaf) e do Núcleo Permanente de Incentivo à Autocomposição (Nupia), Leila Seijo, Tiago Quadros e Kariny Peixoto.

Eles concordaram unanimemente em destacar a relevância da autocomposição para a redução do número de demandas levadas ao Judiciário.

Leila Seijo enfatizou a importância do seminário para a atuação institucional, destacando o quanto o curso será benéfico para o desempenho diário das atividades e agradeceu ao palestrante por compartilhar sua experiência profissional. Kariny Peixoto ressaltou que as ideias apresentadas pelo palestrante contribuirão para a implementação de ações e projetos do Nupia.

Mais informações: <https://ceaf.mpba.mp.br/noticias/seminario-reforca-importancia-da-autocomposicao-nos-processos-de-familia/>

## BOLETIM DO CEAF - Setembro



Foto: Arquivo

### **FINALIZAÇÃO DA PRIMEIRA ETAPA DO PROGRAMA DE FOMENTO À PESQUISA INSTITUCIONAL (UFBA)**

O CEAF instituiu através do Edital n. 08/2023 o seu Programa de Fomento à Pesquisa Institucional com subsídio para formação em mestrado. O objetivo do Programa é, além de fomentar a qualificação acadêmica de membros e servidores, trazer retornos à atuação funcional e ao MPBA. Desta forma, é exigido que as pesquisas em desenvolvimento estejam relacionadas à atividade profissional exercida no MPBA. Esse controle será realizado pelo Centro de Estudos, que exigirá relatórios parciais das pesquisas.

A primeira etapa do Programa, que começou em julho, foi encerrada no mês de

setembro. Nesta oportunidade membros e servidores efetivos puderam submeter sua candidatura, apresentando suas cartas de interesse e foram avaliados quanto a sua elegibilidade para a concessão do subsídio.

Quatorze membros e trinta servidores foram declarados aptos, e poderão seguir para a Etapa 2 e concorrer às vagas subsidiadas no programa de Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania (UFBA), que está previsto para encerrar no dia 06/10.

Mais informações: <https://ceafpesquisa.mpba.mp.br/programa-de-fomento/mestrado-profissional-2023/>



Foto: Sérgio Figueiredo.

## ACOLHIMENTO A VÍTIMAS É TEMA DE SEMINÁRIO NO MP

A experiência do Ceará no acolhimento a vítimas e como essa experiência pode servir para a implantação de um programa de proteção semelhante na Bahia foi o foco do debate realizado no dia 31, no Ministério Público estadual, em Salvador. O seminário Acolhimento a Vítimas pelo Ministério Público: a Experiência do Ceará foi uma iniciativa do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, em parceria com o Centro de Apoio Operacional Criminal (Caocrim) e Núcleo do Júri (NUJ) do MPBA. O evento contou com palestra da coordenadora

do Núcleo de Atendimento às Vítimas do MP cearense (Nuav), promotora de Justiça Joseana França Pinto.

A mesa de abertura contou com a participação dos promotores de Justiça Pedro Maia, representando a procuradora-geral de Justiça Norma Cavalcanti, André Lavigne, Isabel Adelaide Moura e Tiago Quadros, além do Secretário de Justiça e Direitos Humanos da Bahia Felipe Freitas.

Mais informações: <https://ceaf.mpba.mp.br/noticias/acolhimento-a-vitimas-e-tema-de-seminario-no-mp/>



Foto: Sérgio Figueiredo.

## CANDIDATOS REALIZAM PROVA DISCURSIVA DO CONCURSO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA SUBSTITUTO

A primeira fase das provas discursivas para o concurso de promotor de Justiça substituto foi realizada, nos dias 2 e 3 de setembro, por 319 candidatos, no primeiro dia, e 316, no segundo. Realizada no Colégio Central, em Salvador, a prova foi acompanhada pela procuradora-geral de Justiça Norma Cavalcanti; o secretário da comissão do concurso, procurador de Justiça Nivaldo Aquino; o coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Ceaf), promotor de Justiça Tiago Quadros; o coordenador do Centro

de Apoio Operacional de Segurança Pública e Defesa Social (Ceosp), do promotor de Justiça Moisés Guarnieri e do juiz de Direito Ícaro Matos.

O Concurso compõe-se de prova preambular; provas discursivas; prova oral e análise e valoração de títulos.

Mais informações: <https://ceaf.mpba.mp.br/noticias/candidatos-realizam-prova-discursiva-do-concurso-de-promotor-de-justica-substituto/>



## CADERNOS DE PESQUISA MPBA Biênio 2021/2022

### LANÇAMENTO DO CADERNOS DE PESQUISA

No mês de setembro, tivemos a satisfação de lançar o livro intitulado Cadernos de Pesquisa MPBA (ISBN: 978-85-98937-06-09). Essa obra é o resultado das pesquisas científicas realizadas nos Grupos de Estudos e Pesquisa do CEAF/MPBA durante os anos de 2021 e 2022. O livro está dividido em duas partes:

· A primeira parte é composta pelos trabalhos já concluídos, os quais se subdividem em duas categorias:

1. Resumos de artigos publicados em revistas científicas protegidas por direitos autorais ou em fase de aprovação. Para cada resumo, disponibilizamos o link do periódico para acessar o texto completo;

2. Textos completos de relatórios, artigos e ensaios que foram publicados em periódicos de acesso aberto.

A segunda parte do livro contém os resumos das pesquisas que ainda não foram concluídas até o fim do primeiro período dos Grupos.

Você também pode fazer parte dessa jornada em busca de evidências que contribuam para a construção de um conhecimento sólido sobre os assuntos relacionados à atuação do MPBA.

Leia a versão online aqui: [https://ceafpesquisa.mpba.mp.br/wp-content/uploads/2023/09/Cadernos-de-Pesquisas-MPBA-Bienio-20212022\\_digital-1-2.pdf](https://ceafpesquisa.mpba.mp.br/wp-content/uploads/2023/09/Cadernos-de-Pesquisas-MPBA-Bienio-20212022_digital-1-2.pdf)

**LOCALIZE OS SERVIÇOS DO CEAF**

<b>SERVIÇO</b>	<b>UNIDADE RESPONSÁVEL</b>	<b>TELEFONE</b>	<b>E-MAIL</b>
Acervo e Funcionamento da Biblioteca	Biblioteca	(71) 3103-6497	biblioteca@mpba.mp.br
Cursos, eventos e certificados (servidores)	Coordenação Pedagógica	(71) 3322-1871 Ramal – 239	ceaf.pdc@mpba.mp.br
Cursos, eventos e certificados (membros)	Coordenação Pedagógica	(71) 3322-1871 Ramal – 239	ceaf.capacitacao@mpba. mp.br
EAD	Coordenação Pedagógica	(71) 3322-1871 Ramal – 221	ceaf.ead@mpba.mp.br
Grupos de Estudos e Pesquisa	Unidade de Fomento à Pesquisa	(71) 3322-1871 Ramal – 242	ceaf.pesquisa@mpba. mp.br
Publicação Ciência em Debate	Unidade de Fomento à Pesquisa	(71) 3322-1871 Ramal – 242	ceaf.periodico@mpba. mp.br
Processos seletivos (Estágio)	Unidade de processos seletivos	(71) 3321-6656 - Ramal - 222 e 216	estagios.selecoes@mpba. mp.br
Provimento e designação (Estágio e Serviço Voluntário)	Unidade de Provimento e Designação	(71) 3321-8099 - Ramal – 204, 215 e 223	ceaf.provimento@mpba. mp.br
Gestão contratual (Estágio e Serviço Voluntário)	Unidade de Gestão Contratual	(71) 3322-5089 - Ramal – 209, 218 e 238	estagios.gestao@mpba. mp.br
Demais Assuntos Administrativos	Coordenação Administrativa	(71) 3322-5090	ceaf.administrativa@ mpba.mp.br
Coordenação do CEAF	Unidade de Apoio Técnico e Administrativo	(71) 3322-1871 Ramal – 211	ceaf@mpba.mp.br

## CEAF INDICA



### **Livro: O Transtorno Do Espectro Do Autismo E O Direito À Educação Inclusiva (236 páginas)**

**Autora: Sandra Lucia Garcia Massud**

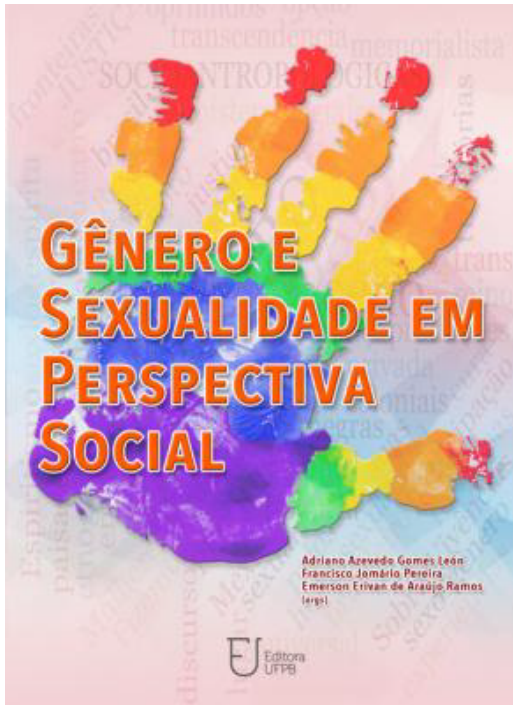
Disponível em: <https://lumenjuris.com.br/direito-constitucional/transtorno-do-espectro-do-autismo-e-o-direito-a-educacao-inclusiva-o-2a-ed--2021-3282/p>

Esta obra é uma feliz mistura de excelência acadêmica com experiência profissional, legitimada, ainda, por uma intensa vivência pessoal. O leitor encontrará importantes apontamentos históricos sobre como a sociedade encarou as pessoas com deficiência, o que lhe permitirá contextualizar sua difícil luta para vencer os olhares e as práticas discriminatórias. Com significativas referências multidisciplinares, o texto aborda especificamente as pessoas com Transtorno do Espectro do Autismo (TEA), sua diversidade e complexidade, tão importantes quando se pensa em

qualquer estratégia de inclusão social. A autora analisa a legislação pertinente e traz sua percepção acerca da educação inclusiva no Brasil, notadamente das pessoas com TEA, apontando caminhos possíveis em direção à supressão dos abismos encontrados entre estas e as pessoas consideradas neurotípicas. O livro é uma fonte obrigatória não só às pessoas do mundo jurídico, mas a todas aquelas que são responsáveis direta e indiretamente por promover genuinamente a inclusão escolar desses indivíduos, tais como gestores públicos e privados, professores, familiares e as próprias pessoas com TEA. Afinal, se o que se busca é sua inserção e autonomia, não é possível falar delas sem que as mesmas tenham a oportunidade de debater seus próprios interesses.



## CEAF INDICA



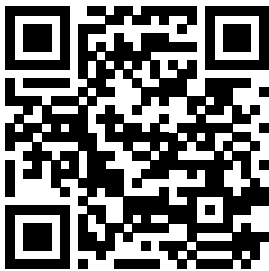
### Livro: Gênero e sexualidade em perspectiva social (304 páginas)

Organizadores: Adriano Azevedo Gomes León, Francisco Jomário Pereira e Emerson Erivan de Araújo Ramos.

Disponível em: <http://www.editora.ufpb.br/sistema/press5/index.php/UFPB/catalog/book/791>

Esta publicação desenvolve um rico diálogo, de natureza epistemológica, com obras como “Gênero: uma perspectiva global”, que reiteram a centralidade do processo colonial no desenvolvimento da nossa modernidade periférica, enquanto Sul Global, que mais do que ser um território no sentido mais raso, o é considerando a concepção de Milton Santos, que articula o espaço enquanto constituinte dos sujeitos, aos impasses da globalização desigual sobre os nossos

corpos subalternizados: corporificação do social/econômico, não em termos abstratos, mas concretos, no tecido do próprio gênero e da sexualidade. Convido o/a leitor/a descobrir, pelo mapeamento apresentado em cada capítulo, a variedade de tópicos, diferenças e semelhanças no amplo espectro das possibilidades de ser, sentir e pensar relativas a gênero e sexualidade em nossa cultura, a qual compõe um quadro reflexivo extremamente útil para o enfrentamento de problemas fundantes não apenas do Brasil, mas também da sociedade global, que somente podem ser respondidos a partir de um domínio de pensamento e ação outro que não unicamente o do Norte Global, não somente o da Metrópole econômica, política, cultural e militar, mas, isso sim, o das periferias do mundo, em termos geográficos mas também demográficos! Ou seja, considerando a produção científica de mulheres, população negra e LGBTI+. Assim, tem-se uma perspectiva renovada, aprimorada pela Teoria social, para a compreensão das questões de gênero do Brasil hoje, e por conseguinte, da própria Sociedade do Conhecimento que ora principiamos a vivenciar e almejamos compreender, para empreendermos caminhadas que nos permitam um bem viver.



Acesse o QR-code ao lado para submeter seu texto às próximas edições do *Ciência em Debate* (ISSN 2965-2367). Ressaltamos que nosso regime de submissão funciona em fluxo contínuo, ou seja, você pode submeter seu texto quando for mais conveniente.



**MINISTÉRIO PÚBLICO  
DO ESTADO DA BAHIA**