

COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO PROFERIDO NA APELAÇÃO CIVIL Nº 70084342005. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS

Judith Martins-Costa

Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1992 a 2010). Livre-Docente e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. É Presidente do Instituto de Estudos Culturalistas – IEC e membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, entre outras associações. Advogada e sócia fundadora de Judith Martins-Costa Advogados, atua como Parecerista e Árbitra (ICC, CCBC, CMA-CIESP, FGV, CAMARB).

Numa frase que ganhou fama, disse Norberto Bobbio a respeito dos direitos humanos que o problema grave em nosso tempo não era mais o de fundamentá-los, mas o de protegê-los.¹ A tarefa mais urgente, da qual estamos todos cotidianamente encarregados, escreveu Bobbio, é a de saber “qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”. Dessa relevantíssima e inadiável tarefa se desincumbiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua Sexta Câmara Cível, ao decidir sobre pedido da mãe de uma criança com Síndrome de Down, por si e em representação do seu filho Mariano, de sete anos, que buscara indenização em virtude de ato ilícito, violador de direito da personalidade,² praticado por servidora pública, professora na rede estadual de ensino.

¹ BOBBIO, Norberto. Presente e futuro dos direitos do homem. In: BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 17. E assinala: “Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.

² Os direitos de personalidade espelham em larga medida as garantias constitucionais fundamentais dos direitos humanos. Como está em Gustavo Tepedino, a tutela da personalidade “não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado” (TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 50). Assim também defendi em outra sede, propondo, todavia, o discernimento – considerado o *sistema geral de proteção à pessoa humana*, espreado entre os diferentes setores do ordenamento – entre as diversas escalas de tutela e os seus diferentes regimes jurídicos, conforme o exigido pela concreção (assim em: MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade (ensaio de uma qualificação)*. Tese (Livre Docência) – Congregação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 213 e ss.

Os fatos referidos no voto da Desembargadora Relatora, Denise Oliveira Cezar, são tão singelos quanto atentatórios ao *direito ao respeito* que a cada ser humano é devido, sendo, com maior razão, devido a uma criança com deficiência, cuja *vulnerabilidade* – isto é, a suscetibilidade a ser ferida – é, por sua própria condição, particularmente acentuada.³

A criança frequentava aulas na segunda série do ensino fundamental de escola estadual. Conforme relatado por um coleguinha de Mariano, a professora da classe colocou em sua boca uma fita adesiva, para que se calasse. Confrontada pela mãe do aluno agredido, a professora admitiu o fato, reconheceu o erro e pediu desculpas. A Direção da escola minimizou o ocorrido, alegando que Mariano não apresentara sintomas de sofrimento ou desgosto. Diante dos acontecimentos, o aluno teve de ser transferido para outra escola, o que implicou a mudança de residência, em face do zoneamento escolar. A ocorrência desses fatos é incontroversa.

Apointa certamente o acórdão: “o fato deve ser analisado na sua objetividade e em face das circunstâncias de Mariano”. Em outras palavras, declarou o Tribunal não se poder confundir a lesão a bem jurídico da esfera da personalidade humana com sentimentos de “dor, sofrimento, desgosto, sentimentos e sensações negativas”,⁴ embora assim pareça ainda entender parcela da jurisprudência.⁵ Sentimentos humanos não são dogmatizáveis nem racionalizáveis, razão pela qual não são erigíveis a categorias jurídicas. O que fez o acórdão foi trabalhar com categorias da dogmática jurídica – como a de *ilicitude*, que é a contrariedade ao direito, a de *dano*, que é a lesão a interesse juridicamente protegido,⁶ a de *responsabilidade* e o seu efeito na esfera civil, o *dever de indenizar*, sendo a indenização devida quando, em razão do ato ilícito, um dano é produzido na esfera jurídica alheia.

³ Consoante a sua raiz etimológica (*vulnus, vulneris*) significa “ferida”. A palavra *vulnerabilidade* significa, justamente, a suscetibilidade a ser ferido. Daí que o termo “vulnerabilidade” indique, hoje, uma particular causa do aumento da chance de a pessoa vulnerável vir a ser desrespeitada.

⁴ TJMA. Quarta Turma Recursal Cível. Recurso nº 6.135/04. Acórdão nº 9862/05. Rel. Dra. Maria do Socorro Mendonça Carneiro, j. 9.6.2005. *DJ*, 12 ago. 2005. p. 17. Disponível em: www.tjma.jus.br/app/webroot/files/diariojustica/2005/doj20050812.pdf.

⁵ Sem que se estabeleça, por vez, uma hierarquização dos gravames à esfera extrapatrimonial da pessoa, a jurisprudência, por vezes, etiqueta com um único e idêntico manto suportes fáticos os mais diversos, desde o extravio de malas em viagem aérea à falta de afeto reclamado por filhos privados do convívio paterno; do “sentimento de menoscabo” pelo descumprimento de um contrato à “humilhação” por permanecer alguns minutos em filas bancárias no aguardo de atendimento; da “frustração” por se ter adquirido um produto não correspondente às expectativas do comprador ao “sofrimento” pela perda de um animal de estimação por ato alheio; do “vexame” por escorregar em piso molhado de supermercado ao “desgosto” por adquirir um veículo desconforme às mais subjetivas expectativas de desempenho.

⁶ Examinei essas noções em: MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. In: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Jurisdição e direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 389-418.

A professora agiu ilicitamente, contrariando o direito ao respeito devido ao menino. E provocou-lhe dano, consistente na lesão ao direito de ser respeitado e de gozar da consideração devida a todos os seres humanos. Por isso as desculpas apresentadas pela vice-diretora, no sentido de Mariano não ter parecido “chocado” com o fato e “até [ter dado] uma gargalhada” após a “colocação da fitinha” – o diminutivo servindo à tentativa de *normalizar o fato*, como é tão comum na cultura brasileira –, não foram consideradas pela relatora. É de notar a violência do silenciamento não apenas simbólico da criança e, em contrapartida, o valor da solidariedade despertada ou acentuada *justamente pelo fato da inclusão*, a demonstrar quão importante é a política pública da qual agora o Executivo Federal quer recuar. O fato chegou ao conhecimento de quem poderia tomar medidas pela voz de um colega de Mariano, certamente chocado com a efetiva anormalidade da situação de violência, que evoca a ideia – hoje acolhida em lei – de violência institucional.⁷

Não se perdendo no jogo de normalizar a violência, a desembargadora relatora acentuou – e muito bem acentuou – a relevância, no exame do caso, de bem atentar aos *fins da educação* e à abrangência da *noção substancial de cidadania*, inconfundível com a noção meramente formal, tal qual deduzida do §3º do art. 1º da Lei nº 4.717/65. Nos termos do art. 205 do texto constitucional, “a educação visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Para a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, art. 32, inc. III, o ensino fundamental “tem por escopo, entre outros, o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores”.

Por longos anos, percorreu-se um bom caminho na Educação brasileira visando à inclusão de crianças com deficiência⁸ no ensino público regular, o que vem

⁷ Destinada também a fins de proteção à criança, a Lei nº 13.431, de 4.4.2017, introduz um conceito inovador, o da violência institucional, estabelecendo: “[...] Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência: [...] IV - violência institucional, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização. [...] §2º Os órgãos de saúde, assistência social, educação, segurança pública e justiça adotarão os procedimentos necessários por ocasião da revelação espontânea da violência”.

⁸ O Brasil aderiu à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 30.3.2007, dela tendo resultado a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, bem como a LBI – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15), segundo a qual, “[c]onsidera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. A deficiência intelectual configura-se, segundo a noção oferecida pela AAIDD (American Association on Intellectual and Developmental Disabilities), por “uma limitação significativa no funcionamento intelectual e nos comportamentos adaptativos expressos nas questões conceituais e sociais e nas atividades de vida prática”, advinda essa limitação antes dos 18 anos. E de ser notado, ante o princípio da proibição de retrocesso dos direitos fundamentais (que apanham, em sede constitucional, os direitos humanos) que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tem *status* de emenda constitucional, exatamente por entrar no âmbito de aprovação do art. 5º, §3º, CF/88, quanto à internalização dos tratados de direitos humanos (Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/>)

agora de sofrer duríssimo revés com o recente “Decreto da Desinclusão”.⁹ Num retorno ao início do século XX, esse pretende ignorar o caminho feito e segregar crianças com deficiência intelectual em instituições especiais, privando-as – e a *todas as crianças* – de uma educação integral, que pressupõe o convívio e a aceitação do “diferente”¹⁰ num processo educacional difícil, por certo, mas no qual todos os alunos (deficientes ou não) acabam ganhando.¹¹

Segundo a redação original da Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, do Ministério de Educação e Cultura, a educação inclusiva:

constitui um paradigma educacional fundamentado na concepção de direitos humanos, que conjuga igualdade e diferença como valores indissociáveis, e que avança em relação à ideia de equidade formal ao contextualizar as circunstâncias históricas da produção da exclusão dentro e fora da escola.

Essa importante política pública se vê ameaçada não somente por meio de ações do Governo, como o já referido Decreto Federal nº 10.502, quanto pelas escolas que não implantam medidas de apoio aos alunos que possuem alguma deficiência e não qualificam *professores inclusivos*, isto é, não capacitam os profissionais para atender a todas as crianças, inclusive as pessoas com deficiência. É a educação (conceito finalista por excelência) ameaçada também quando o Judiciário, última trincheira da cidadania, não atenta ou não qualifica adequadamente condutas ilícitas – pois contrárias ao direito – como a relatada no acórdão ora comentado, erro no qual não recaiu a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

De fato, a educação inclusiva, respeitosa ao “diferente” é prejudicada quando faltam investimentos, seja em recursos patrimoniais, seja em *educação para os*

internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-#:~:text=Aqui%20voc%C3%AA%20encontra%20os%20tratados,5%C2%BA%2C%20C2%A73%C2%BA%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o). Vide, especialmente, o Decreto Legislativo nº 186, de 9.7.2008 que aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30.3.2007 (*DOU*, 10 jul. 2008).

⁹ Decreto Federal nº 10.502, de 30.9.2020. Para um debate acerca dos malefícios desse novo ato normativo do Governo Federal, vide debate em: <https://www.facebook.com/institutoestudosoculturalistas/videos/392099631976653/>.

¹⁰ Vide a história de Marina Marandini Pompeu, relatada por WESENDONCK, Tula. A capacidade civil e a interpretação do Estatuto da Pessoa com Deficiência: desafios da doutrina para além dos institutos tradicionais do Código Civil. In: BENETTI, Giovana *et alii* (Org.). *Direito, cultura, método*. Leituras da obra de Judith Martins-Costa. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 115-138.

¹¹ Disponível em: https://www.unicef.org/eca/sites/unicef.org/eca/files/IE_summary_accessible_220917_0.pdf.

professores que precisam estar cientes do seu dever de proteger os direitos de seus alunos, assim efetivamente implementando, dia a dia, os direitos humanos. Num dos trechos mais relevantes do acórdão que estou a comentar, escreveu a relatora:

Na espécie, não há um elemento sequer que indique que a professora tenha agido com maldade; contudo, é inegável que sua conduta não foi consentânea com os fins da educação, porque crianças devem aprender a dividir o espaço de fala na sala de aula de forma respeitosa, por meio de lições que conduzam ao bom convívio social. O professor é o adulto em sala de aula, é quem ensina e oferece o exemplo, e a criança que tem sua fala impedida pelo professor por meio da colocação de uma fita adesiva em sua boca, recebe um ensinamento incompatível com o conceito de cidadania. Somente uma criança, que é um cidadão em formação, submete-se a esta ação.

Essas foram as razões pelas quais se fundamentou a condenação do Estado do Rio Grande do Sul (sendo a escola integrante do sistema estadual de ensino) a pagar indenização por danos morais e patrimoniais¹² a Mariano e à sua mãe. Recordou ainda a relatora que a responsabilidade do Estado pelos atos ilícitos praticados por seus agentes é averiguada por um fator de imputação objetivo (“responsabilidade objetiva”), o risco da atividade, na forma do art. 37 da Constituição Federal, dispensado, pois, o fator de imputação subjetivo (culpa).

Retomando o alerta de Bobbio com o qual iniciei essas linhas, posso concluir que o problema da proteção aos direitos humanos (e aos direitos de personalidade) pode, se não ser resolvido, ser ao menos corretamente enfrentado pela atenção a casos como o relatado. O direito ao respeito, consectário da dignidade humana, não pode ser dissolvido na normalização do desrespeito, antes exigindo – quando violado – a atenção de juízes atentos às possibilidades oferecidas pela dogmática do direito civil para a proteção dos direitos humanos.

Canela, outubro de 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTINS-COSTA, Judith. Comentário ao acórdão proferido na Apelação Civil nº 70084342005. Tribunal de Justiça do RS. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, Ahead of print, 2020.

¹² Estes, no valor de R\$930,00, tiveram por substrato o fato de, em razão da agressão ocorrida, terem tido a necessidade de matricular Mariano em outra escola, o que, pelo zoneamento escolar, implicou a mudança da residência do menino.