

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)



O DIREITO e sua práxis

Atena
Editora
Ano 2022

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)



O DIREITO

e sua práxis

Atena
Editora
Ano 2022

Editora chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Editora executiva

Natalia Oliveira

Assistente editorial

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto gráfico

Bruno Oliveira

Camila Alves de Cremo

Daphynny Pamplona

Luiza Alves Batista

Natália Sandrini de Azevedo

Imagens da capa

iStock

Edição de arte

Luiza Alves Batista

2022 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2022 Os autores

Copyright da edição © 2022 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial**Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa



Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
Prof^ª Dr^ª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof^ª Dr^ª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
Prof^ª Dr^ª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
Prof^ª Dr^ª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná
Prof^ª Dr^ª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof^ª Dr^ª Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais
Prof^ª Dr^ª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof^ª Dr^ª Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Prof^ª Dr^ª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
Prof^ª Dr^ª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof^ª Dr^ª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof^ª Dr^ª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof^ª Dr^ª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins



Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Mariane Aparecida Freitas
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: Os autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 O direito e sua práxis / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2022.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-258-0285-5

DOI: <https://doi.org/10.22533/at.ed.855220108>

1. Direito. 2. Leis. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br



DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.



DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.



APRESENTAÇÃO

Em **O DIREITO E SUA PRÁXIS**, coletânea de trinta e um capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, no presente volume, dois grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em direito constitucional e direitos humanos; e estudos em direito civil e direito processual civil.

Estudos em direito constitucional e direitos humanos traz análises sobre constituição, democracia, presidencialismo de coalizão, perdão político, direitos e deveres individuais e coletivos, ativismo judicial, judicialização da saúde, liberdade de expressão, direitos da mulher, turismo reprodutivo, movimentos separatistas, direitos da criança, educação e acesso à justiça.

Em estudos em direito civil e processual civil são verificadas contribuições que versam sobre função social do contrato, responsabilidade civil, alimentos avoengos, adoção, alienação parental, multipropriedade, usucapião e arrematação judicial, arrendamento rural, demandas repetitivas e padrões decisórios.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1..... 1

A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A SUPREMOCRACIA DO STF: UMA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Arlisson Silva Cunha

Cibellio Max Lopes de Araújo

Delmilzete Maria da Silva

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552201081>

CAPÍTULO 2..... 13

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: O USO OBRIGATÓRIO DO REFERENDO E PLEBISCITO EM CASOS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

Jhonatan Fernando Ferreira

Vinicius Pacheco Fluminhan

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552201082>

CAPÍTULO 3..... 31

PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E ORÇAMENTO PÚBLICO: JURIDICIDADE DA EXECUÇÃO DE EMENDAS PARLAMENTARES IMPOSITIVAS INDIVIDUAIS NO TRIÊNIO 2017-2019

Ewerson Willi de Lima Pack

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552201083>

CAPÍTULO 4..... 55

UMA LEITURA DECOLONIAL DO PERDÃO POLÍTICO

Daniel de Albuquerque Maranhão Ribeiro

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552201084>

CAPÍTULO 5..... 69

CONFLITO ENTRE DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS DIANTE DO APLICATIVO DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS *WHATSAPP*

Edinei Alex Marcondes

Marilu Pohlenz

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552201085>

CAPÍTULO 6..... 79

ATIVISMO JUDICIAL E SEU PAPEL QUANTO A CRIAÇÃO E A REINVENÇÃO DO DIREITO

Emille Francelino da Silva

Lucas Rodrigues Rego

Martonio Ribeiro Silva

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552201086>

CAPÍTULO 7..... 92

JUDICIALIZAÇÃO NA SAÚDE: EFETIVIDADE PRESTACIONAL DOS SERVIÇOS DE

SAÚDE

Caroline Berguetti Costa

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552201087>

CAPÍTULO 8..... 104

BREVE ANÁLISE HISTÓRICA SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DOS MÉDICOS E OS POSSÍVEIS CRIMES EM PROCEDIMENTOS EXPERIMENTAIS SEM AUTORIZAÇÃO EM SERES HUMANOS

Israel Queiroz Carvalho de Araújo

Ivelise Fonseca de Matteu

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552201088>

CAPÍTULO 9..... 109

A INFLUÊNCIA DA ESCOLA DA LIVRE CRIAÇÃO DO DIREITO E DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NAS DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS

Gabriel de Souza Melhor Pereira

Ícaro de Souza Duarte

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552201089>

CAPÍTULO 10..... 124

DIREITO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA VISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISES CASUÍSTICAS

Daniilo Lopes de Mesquita

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010810>

CAPÍTULO 11..... 138

DO SILÊNCIO DAS MULHERES NA HISTÓRIA A CONQUISTA DE VOZ DA MULHER BRASILEIRA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Isabela Fernanda dos Santos Andrade Amaral

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010811>

CAPÍTULO 12..... 154

DOCÊNCIA NO ENSINO SUPERIOR E DIREITOS HUMANOS: UMA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA SOBRE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER

Louize Helena Meyer França

Rosimeire Martins Régis dos Santos

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010812>

CAPÍTULO 13..... 167

TURISMO REPRODUTIVO: O VÁCUO NORMATIVO INTERNACIONAL SOBRE OS CUIDADOS REPRODUTIVOS TRANSFRONTEIRIÇOS E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DE MULHERES

Semille Hussein Kassab Nogueira Souza

Luciane da Costa Moás

Érica de Aquino Paes

Ely Caetano Xavier Junior

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010813>

CAPÍTULO 14..... 181

MOVIMENTOS SEPARATISTAS E A CONSTITUIÇÃO: "UMA ANÁLISE DO MOVIMENTO NO BRASIL, SOB O OLHAR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL"

Genisson Moacir Santos Bezerra Junior

George Andrade do Nascimento Jr

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010814>

CAPÍTULO 15..... 198

O PROGRAMA CRIANÇA FELIZ COMO INSTRUMENTO DE CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA NO MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA-PA

Fabiola de Sousa Freitas

Josilene Felismina de Souza e Silva Campos

Demilzete Maria da Silva

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010815>

CAPÍTULO 16..... 207

PROMOÇÃO DA EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS E TRAJETÓRIAS PARA A CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA

Elizabeth Rodrigues de Souza

Robson Alves Holanda

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010816>

CAPÍTULO 17..... 221

O SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E NA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha

Adriana Lima Moraes

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010817>

CAPÍTULO 18..... 239

O ACESSO À JUSTIÇA DO HIPOSSUFICIENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA DIREITO FUNDAMENTAL

Carla Eduarda Pereira Lacerda

Daiana de Paula Silva

Demizete Maria da Silva

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010818>

CAPÍTULO 19..... 252

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E SEUS REFLEXOS

Tatiane Guedes Cavallo Baptista

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010819>

CAPÍTULO 20.....	263
RESPONSABILIDADE CIVIL: OS LIMITES DO ENTRETENIMENTO	
Fernanda Frutuoso	
Hillary Vitoria Brasil Gomes	
Maria Fernanda Andrade Queiroz	
Robson Parente Ribeiro	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010820	
CAPÍTULO 21.....	274
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA	
Jaine Rêgo da Silva	
Luana Marques de Oliveira	
Kelys Barbosa da Silveira	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010821	
CAPÍTULO 22.....	286
RESPONSABILIDADE CIVIL: DO ADVOGADO NO DIA A DIA DA ADVOCACIA	
Julianny Souza Abadia	
Milena Alves Pimenta Machado	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010822	
CAPÍTULO 23.....	298
EXECUÇÃO DE ALIMENTOS AVOENGOS: PRISÃO E PENHORA	
Caroline Cristina Vissotho Oliveira	
Clara Carolina Roma Santoro	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010823	
CAPÍTULO 24.....	306
POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: CONSAGRAÇÃO DO AMOR COMO LEI SOCIAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	
Paulo Renato Gustavo de Souza	
Wilson Fernandes Maia	
Martônio Ribeiro Silva	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010824	
CAPÍTULO 25.....	317
O PROCESSO DE SEPARAÇÃO E SEUS REFLEXOS NA ALIENAÇÃO PARENTAL	
Letícia Costa de Oliveira	
Letícia Staroski Machado	
Neyton Izonel Svarcz	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010825	
CAPÍTULO 26.....	334
IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS INDENIZATÓRIOS À LUZ DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
Sóstenis Teixeira de Oliveira	

Cleonizar Gomes Oliveira
Milena Alves Pimenta Machado

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010826>

CAPÍTULO 27..... 346

CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE MULTIPROPRIEDADE

Chiara Roseira Leonardi

Janaina Bueno Santos

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010827>

CAPÍTULO 28..... 355

EM CASO DE EXISTÊNCIA CONCOMITANTE DE USUCAPIÃO E ARREMATÇÃO JUDICIAL SOBRE UM MESMO BEM IMÓVEL QUAL DEVE PREVALECER? UMA ANÁLISE ACERCA DE TAIS FORMAS DE AQUISIÇÃO DE PROPRIEDADE IMÓVEL

Emmily Valadares Cabral

Wendylla Ludmila de Sousa Coutinho Ferreira

Kelys Barbosa da Silveira

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010828>

CAPÍTULO 29..... 370

EMBARGOS DE TERCEIRO E O PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE: GARANTIAS PARA O CUMPRIMENTO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL

Domingos Benedetti Rodrigues

Luiz Henrique Somavilla

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010829>

CAPÍTULO 30..... 396

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR

Isabele Maria Freire de Oliveira

Izaura Maria Rodrigues de Sousa Vale

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010830>

CAPÍTULO 31..... 415

PADRÕES DECISÓRIOS E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Amilcar Cordeiro Teixeira Filho

William Soares Pugliese

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.85522010831>

SOBRE O ORGANIZADOR..... 437

ÍNDICE REMISSIVO..... 438

CAPÍTULO 1

A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A SUPREMOCRACIA DO STF: UMA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Data de aceite: 04/07/2022

Arlisson Silva Cunha

Bacharelado em direito na Faculdade de Colinas do Tocantins - FACT

Cibellio Max Lopes de Araújo

Bacharelado em direito na Faculdade de Colinas do Tocantins - FACT

Delmilzete Maria da Silva

Professora orientadora graduada em direito

RESUMO: Este artigo tem como escopo destacar a importância da supremacia da Constituição de 1988 no Brasil na consolidação da supremocracia do Supremo Tribunal Federal (STF) e ainda na Construção do Estado Democrático de Direito. Ressalta que a pesquisa qualitativa e bibliográfica é baseada em leituras de livros e artigos. Buscando fazer a trajetória desde a ideia de elaboração do constitucionalismo ou das Leis até a inserção do uso das interpretações baseadas nas legislações para resolução das sentenças ou neoconstitucionalismo, mas de forma sucinta e preliminar. Os resultados aqui encontrados foram a elucidação da Carta Magna de 1988 como um documento superior as outras promulgações realizadas no território brasileiro desde o ano de 1824, por trazer os direitos fundamentais como base para consolidar a democracia no Brasil. Além disso, as leituras ratificam também que o poder abrangente do Judiciário frente aos outros poderes contribui para a construção da cidadania, da democracia

e do Estado Democrático de Direito, executando as leis constitucionais de forma responsiva e acendendo os valores humanos, na expectativa de uma sociedade com mais justiça, liberdade e igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. STF. Democracia e Direitos Fundamentais.

THE SUPREMACY OF THE CONSTITUTION AND THE SUPREMOCRACY OF THE STF: A CONSOLIDATION OF HUMAN RIGHTS IN BRAZILIAN SOCIETY

ABSTRACT: This article aims to highlight the importance of the supremacy of the 1988 Constitution in Brazil in the consolidation of the supremacy of the Federal Supreme Court (STF) and in the Construction of the Democratic State of Law. It emphasizes that the qualitative and bibliographic research is based on readings of books and articles. Seeking to follow the path from the idea of elaboration of constitutionalism or laws to the insertion of the use of interpretations based on legislation to resolve sentences or neoconstitutionalism, but in a succinct and preliminary way. The results found here were the elucidation of the Magna Carta of 1988 as a superior document to other enactments carried out in Brazilian territory since 1824, for bringing fundamental rights as a basis for consolidating democracy in Brazil. In addition, the readings also ratify that the comprehensive power of the Judiciary vis-à-vis the other powers contributes to the construction of citizenship, democracy and the Democratic State of Law, executing the

constitutional laws in a responsive way and igniting human values, in the expectation of a society with more justice, freedom and equality.

KEYWORDS: Constitutionalism. Neoconstitutionalism. STF. Democracy and Fundamental Rights.

1 | INTRODUÇÃO

Nesta pesquisa o foco da discussão é a Constituição, por ser dela a origem da supremacia das leis e supremacia do Supremo Tribunal Federal – STF, o que por sua vez constrói o Estado Democrático de Direito na sociedade brasileira sendo este o principal diferencial, por efetivar os direitos fundamentais em prol dos sujeitos que precisam de voz e vez.

Deste modo, o objetivo deste estudo é mostrar o caminho percorrido pela Constituição de 1988 na sociedade brasileira, desde o constitucionalismo até o neoconstitucionalismo, assim enfatizar o papel de guardião do Supremo Tribunal Federal – STF e também a elaboração do Estado Democrático de Direito, o qual é efetivado por meio das interpretações realizadas pelos juízes ou magistrados para atender as demandas sociais, políticas e culturais da sociedade brasileira.

Este entendimento surge da leitura dos textos teóricos que respondem as seguintes questões problemas: Quanto a função expansionista ou Supremacia do Poder Judiciário é positiva ou negativa na realização da democracia brasileira? O Neoconstitucionalismo colabora na construção do Estado Democrático de Direito?

Destarte, a primeira compreensão hipotética é a de que a abrangência e o poder de impedir algumas ações contrárias de outros poderes na consolidação de direitos fundamentais é positiva para alicerçar e construir a cada dia a democracia em todas as áreas da sociedade brasileira. Já o neoconstitucionalismo contribui com plenitude na construção do Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, este artigo foi dividido em títulos e subtítulos, que serão chamados de seções, que são elas: introdução; a segunda seção descreve sobre a supremacia da constituição, o ativismo do STF nas decisões das sentenças e consolidação da democracia participativa que é participação do povo nas buscas pelos direitos, constitucionalismo, neoconstitucionalismo e supremacia; na terceira seção aborda sobre o poder representativo e contramajoritário do STF que consolidam a democracia e a dignidade da pessoa humana.

E por fim as Considerações finais e as referências com o registro dos nomes dos autores e suas respectivas obras.

21 A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: UM ELEMENTO DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E DO ATIVISMO DO STF NO BRASIL

O trabalho do STF (Supremo Tribunal Federal) na sociedade brasileira tem sido motivo de discussão na sociedade brasileira, devido as diversas fake news (notícias falsas) e a falta de conhecimento da população em relação ao serviço do judiciário no meio social. Mas, no passado também era polêmico, por isso, é importante saber sobre o termo ativismo judicial, iniciado em meados do século XX nos Estados Unidos, o qual é considerado um assunto atual especialmente na função do judiciário brasileiro, como explica Campos (2016) que

O ativismo judicial na Suprema Corte foi desenvolvido em contextos ideológico, político, social e cultural tão ricos e conflituosos, de aspectos tão amplos e, ao mesmo tempo, tão polarizados que seus diferentes elementos e variáveis o tornam de uma utilidade didática única. Sem embargo, a compreensão do debate norte-americano é imprescindível para a investigação do tema em qualquer outra realidade política, e seus mais destacados elementos e variáveis serão de extraordinária relevância para a compreensão do ativismo judicial contemporâneo no Brasil. (CAMPOS, 2016, p.56)

Porém, nos Estados Unidos o ativismo começou a ser discutido como algo negativo, visto que os conservadores da época utilizavam a expressão “ativismo” para serem contrários a Suprema Corte sob a liderança de Earl Warren que teve início na década de 50 e permaneceu até o fim da década de 60 com uma visão progressista e democrática, ou seja, trabalhava em prol dos direitos constitucionais no que se refere a efetivação dos direitos fundamentais, o que permanece até atualidade esta luta pelos direitos por meio da Suprema Corte.

Ressalta-se que no território brasileiro existem inúmeras atitudes ativistas nas decisões efetivadas pela Suprema Corte. Entende-se que o ativismo judicial é uma forma proativa de entender a Constituição, por colaborar na expansão do significado e abrangência. Deste modo, a jurisdição constitucional é ampliada a cada dia para atender a sociedade naquilo que o poder legislativo e executivo “fracassam” no que diz respeito, por exemplo, ao atendimento das demandas geradas pela realidade social, nas políticas públicas e enfim na prática da democracia.

De acordo com Campos (2016) o Supremo Tribunal Federal - STF no Brasil tem decidido sobre diversas situações cruciais não fugindo da sua responsabilidade enquanto guardião da Constituição no que se refere à definição da vontade de cumprir com os direitos fundamentais ou humanos e assim age em diversas áreas e temas políticos e sociais do Brasil na atualidade.

Nas palavras de Campos (2016) o Supremo Tribunal Federal age em titularidade de cargos eletivos, condicionando a prática parlamentar dos partidos, fundação ou criação de municípios, demarcação de terras indígenas, reforma da previdência, guerra fiscal entre estados, união estável homoafetiva, litude de aborto de fetos anencéfalos, promoção

de professores e diversas temáticas, ações que o torna onipresente, ou seja, um poder presente em todos os lugares.

Segundo Barroso (2017) o Supremo Tribunal Federal – STF na nação brasileira tem atuado como ativista na aplicação da Constituição em situações que se desviam dos textos constitucionais, como por exemplo, vedação do nepotismo e na determinação de fidelidade partidária; decisões referentes a verticalização das coligações partidárias e cláusulas de barreiras; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, como em caso de inércia do legislador e ainda em precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município. Lembrando que o STF age também para a existência de políticas públicas em favor de uma saúde pública de qualidade para a população.

Compreende-se também que existem atuações que às vezes afastam os juizes e os tribunais das funções típicas na efetivação do direito, uma vez que as funções típicas são constituídas pela jurisdição e pela garantia da supremacia constitucional. Já as funções atípicas são aquelas que legislam e administram ou se assemelham a criação de direitos no âmbito social.

Porém, as práticas são necessárias sobretudo neste momento de crise social, política, econômica e histórica, em que o poder executivo tenta inferiorizar e denegrir o poder judiciário, por meio de ações políticas e discursos negacionistas que causam polêmica no meio social contra a Suprema Corte e além disso, responsabiliza o STF por todas as catástrofes sociais e políticas.

Apesar do Supremo Tribunal Federal ser diminuído enquanto poder é intimado a dar soluções às diversas demandas.

Neste tempo pandêmico da Covid-19 o Governo Federal justificou sua omissão frente os fatos declarando que foi impedido desta ação pelo STF, quando na realidade o Supremo somente expandiu a autonomia de ação aos governos tanto estaduais quanto municipais, dando o livre arbítrio de trabalhar o distanciamento social de acordo com a realidade de cada região. Todavia, estas falácias falsas surgem no meio político porque os sujeitos políticos desejam manter uma imagem de político bom e assim utilizá-la nas inúmeras campanhas eleitorais que oportunizam diferentes cargos e regalias.

Diante do exposto, é plausível afirmar que a democracia brasileira ainda permanece protegida por causa da prática ativista do STF, porque se a nação brasileira contasse apenas com os rumores políticos pela efetivação do AI-5 (decreto de 1968 da época da ditadura) é bem provável que já não existiria mais a luz da democracia.

Mas, o esforço do STF como guardião da Constituição ainda sustenta uma sociedade democrática, por isso, a existência de tantos protestos em prol do fechamento do Congresso Nacional e extinção do próprio Supremo Tribunal Federal, tanto que o prédio foi atacado por fogos de artifícios,¹ porque são estes poderes, legislativo e judiciário que

1 NUNES, Maira; LIMA, Bruna. Fogos contra o STF: repercussão de ataques mobiliza ministros e autoridades. https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/06/15/interna_politica,863743/fogos-contra-o-stf-reper-

ainda colaboram para a efetivação da ordem e da cidadania no Brasil nestes dias de tantos atos antidemocráticos.

Analisa-se que as funções do Supremo Tribunal Federal - STF no Brasil desempenha as funções típicas e atípicas, o que requer várias interpretações da Constituição. Mas, isso só existe devido a presença da Constituição de 1988, a qual foi pensada a partir do ativismo americano e alemão iniciado na década de 80, no que se refere a interpretação e supremacia dos textos constitucionais.

Na concepção de Barroso (2017), a Suprema Corte no Brasil tem a cada dia se tornado o centro das discussões na sociedade, sobretudo no século XXI por ser a época do neoconstitucionalismo e crescimento do Poder Judiciário, fazendo com que a capacidade constitucional brilhe em todas ordenanças jurídicas, políticas e sociais.

Desta maneira, a democracia participativa acontece por meio da passagem da soberania do Estado para a Constituição, conforme Bonavides (2007, p.56) “a Carta Magna é um poder vivo do povo, o poder que ele não alienou em nenhuma assembléia ou órgão de representação, o poder que faz as leis, toma as decisões fundamentais e exercita uma vontade que é a sua”.

Nesta perspectiva, é possível afirmar que a supremacia da Constituição é somada às demandas sociais ou às necessidades do povo no Brasil, a qual não permite a lesão de direitos dos cidadãos por aqueles que tenta burla a Lei em defesa de seus próprios interesses.

Sendo assim, esta discussão permite a reflexão de que a existência da Constituição e do STF como guardião colabora para a efetivação plena da democracia no meio do povo, o que pode ser denominado como uma democracia participativa na nação brasileira. É bom ratificar que a democracia plena e eficaz existe apenas na teoria porque na prática ainda é necessário mudanças de concepções ideológicas, culturais, políticas e sociais.

2.1 O alicerce dos Direitos Fundamentais e da Supremocracia: Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo

Carvalho (2005) evidencia que o constitucionalismo nasceu com a Revolução francesa e a independência dos Estados Unidos, ou seja, teve início no século XVII e assim enfatiza a supremacia das leis e limita o poder de governo, como exemplo, a Constituição dos Estados Unidos em 1787 e da França em 1791, a qual declara os direitos do cidadão.

Deste modo, estas ideias instigaram o surgimento dos textos constitucionais brasileiros das primeiras constituições como a de 1824 e de 1891. Assim, como influenciou nas Constituições da era moderna que surgiram depois da primeira guerra mundial, como por exemplo, os direitos sociais criados no México no ano de 1917, em Weimar no ano de 1919 e na Carta Magna brasileira do ano de 1934.

Assim, estas inovações jurídicas da contemporaneidade nas diversas nações,

cussao-de-ataques-mobiliza-ministros-e-autori.shtml. Acesso em: 20 de maio de 2022.

especialmente no Brasil tiveram início com a promulgação da Constituição, visto que estas ideias jurídicas modificadas surgem com o objetivo de transformar as várias situações complexas da época.

Observa-se que esta ideia de supremacia da Constituição teve início em nações teoricamente democrática, tais como Nova Zelândia e Reino Unido, que são países modelos representativos da época contemporânea, onde a Constituição é um documento que impõe as regras constitucionais.

Mediante, esta afirmação é possível deduzir que a supremacia constitucional ganha força a cada dia através da efetivação do ativismo neoconstitucional na sociedade brasileira, a qual é trabalhada pelos juízes no poder judiciário, principalmente no STF ou na Suprema Corte quando traz discussões que requisitam a dignidade humana, fazendo os demais poderes funcionarem, tais como: legislativo e executivo. Sendo que estes necessitam estar dentro das regras constitucionais focalizando sempre os direitos humanos ou fundamentais na/para população.

A batalha realizada pelo Supremo Tribunal Federal – STF em prol da concretização dos direitos fundamentais e das políticas públicas tem repassado uma imagem de contramajoritário para a sociedade, todavia são estas ações que não permitem a democracia participativa ruir no Brasil. E é por causa desta posição utilizada pelo STF que Vieira (2008) define a ação abrangente do Tribunal com a palavra supremocracia, mostrando a imposição de autoridade sobre as instancias judiciárias e como centro de autoridade em relação aos outros poderes. Pois, além das ações de guardião do STF para com a Constituição ele também defende e instiga os demais poderes a praticar os direitos de dignidade da pessoa humana, os quais estão previsto no artigo 1º da Constituição de 1988.

Nota-se que toda esta dinâmica do neoconstitucionalismo na questão da inserção de entendimentos para efetivação dos direitos humanos ou fundamentais iniciaram com a ideia da promulgação de constituição, de acordo com Canotilho (2000) a Constituição é uma ideologia que frisa os limites governamentais em favor da garantia dos direitos e zela pela estrutura organizacional da política social numa sociedade.

Neste contexto, é possível entender que o neoconstitucionalismo tem duas finalidades básicas para a Constituição que são: a limitação do poder do Estado e a antever os direitos fundamentais numa sociedade. Já o Poder judiciário tem função ativa em inúmeras decisões, uma vez que os juízes não podem efetivar as leis de forma fria, mais deve emitir seus entendimentos e direcionamentos jurídicos utilizando a Constituição como luz para atender e responder as várias demandas trazidas pela heterogeneidade social e cultural, sendo esta Corte a responsável pelo último veredito no que concerne a compreensão ou interpretação dos textos constitucionais.

Sendo assim, estas normas jurídicas são equivalentes a questão da mudança de Estado de Direito para o denominado Estado Democrático de Direito, visto que o Estado de Direito é orientado apenas pelas leis escritas sem conexão com os direitos humanos

e o Estado Democrático de Direito a legislação tem como obrigatoriedade respeitar a democracia e tem como objetivo principal erguer uma sociedade tendo como base fundamental a cidadania.

2.2 A Contribuição da Constituição de 1988 para efetivação da Supremocracia do Supremo Tribunal Federal

O papel da Constituição de 1988 conforme Vieira (2008) foi de muita relevância na concepção da supremocracia do STF, considerando que a elaboração dos textos constitucionais foram feitos numa época de incerteza e de desejo pela concretização da democracia na sociedade, devido a isso as leis foram elaboradas com a preocupação de fechar as brechas que pudessem destruir a ideia de democracia e isso foi determinante em todas as áreas, daí a ideia de onipresença do poder judiciário, o que causa debates ou polêmicas.

Segundo Vieira (2008) a Carta Magna de 1988 colocou o supremo no centro dos poderes, principalmente da política, então conceitua a supremocracia como consequência da desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira.

Diante desta complexidade de definições, o que significa Supremo Tribunal Federal – STF?

Para responder este questionamento Vieira (2008) responde que é um grupo de magistrados formado por onze membros, os quais tem como função julgar as mais variadas causas nas mais diferentes circunstâncias, mas é importante frisar que eles não são eleitos pela população.

Desta forma, a Constituição possibilitou ao STF a função de guardião dos seus conteúdos, além disso assume o papel de tribunal apelativo, denominado como última instância. Em outros termos, o Supremo Tribunal Federal trabalha como órgão de resolução de sentenças de outros tribunais e ainda julga as autoridades máximas do governo.

Lembra que o Supremo trabalha com o enfrentamento aos desafios, como por exemplo, inserção da ideologia do neoconstitucionalismo que significa praticar o princípio da dignidade da pessoa humana em prol dos grupos minoritários no meio social, como: LGBTQi+, índios, negros, quilombolas e vários outros.

3 | DEMOCRACIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: RESULTADO DO TRABALHO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Partindo do pressuposto de que o STF é o guardião da Constituição ou das Leis, e que ele tem a função de dois papéis relevantes na sociedade brasileira que é ser contramajoritário e representativo, sendo que o primeiro trata de inviabilizar ou impedir ações de outros poderes que prejudicam a nação com base e por meio dos textos constitucionais e o segundo é que colabora em pendências sociais que ficam engavetadas no Congresso Nacional. Nestes termos é um Poder que trabalha em prol das demandas sociais do povo.

Luís Roberto Barroso (2010), informa que a sociedade pode desfrutar de estabilidade de garantias de direitos e de agilidade nos assuntos diários quando existe equilíbrio entre a Constituição e as discussões majoritárias. Lembrando que nestas discussões de equilíbrio é que surgem a democracia.

Na concepção de Cunha Júnior (2010) a democracia existe quando há tratamento de igualdade, consideração e respeito entre as pessoas e decisão da maioria na definição de um governo. Neste aspecto, da decisão da maioria em favor de um governo como definição da democracia Streck (2009) assevera que então não existe ato democrático no constitucionalismo, pois na elaboração das leis e em algumas decisões se exclui a maioria, por isso, ele explica que preocupa com a democracia diante do contramajoritarismo constitucional.

Contudo, a realidade contemporânea brasileira apresenta muitas corrupções, políticas inflamadas, ações contrárias à democracia, à liberdade de expressão e conseqüentemente aos grupos minoritários, como: negros, índios, lésbicas, gays, bissexuais, homossexuais, transexuais, quilombolas e outros, situação que traz discordância com este pensamento de Streck expressado a uma década, quando muitas destas ações ainda não tinham clareza para a sociedade.

Na atualidade o Supremo Tribunal Federal - STF tem sido a “proteção” visível da democracia via entendimentos baseados na Constituição, ainda que as decisões sejam tomadas em prol de uma minoria tem caráter democrático e constitucional porque são cidadãos amparados pelos direitos já garantidos pela Constituição de 1988.

Ressalta-se que as ações contramajoritárias são características da própria Constituição, as quais defendem os direitos fundamentais/humanos por ser ela a representação da soberania popular. Então, de acordo com Cunha Júnior (2010), o poder contramajoritário em relação ao parlamento, a sua jurisdição constitucional não pode ser considerada antidemocrático, já que sua autoridade é abonada pelo povo no que diz respeito a boa-fé do processo político em favor das minorias e o respeito pelos valores do Estado Democrático de Direito.

Deste modo, o Estado Democrático de Direito existe no Brasil por causa da adoção do princípio majoritário, que zela pela supremacia constitucional e prioriza os direitos fundamentais, acoplando valores que legitima a performance contramajoritária do Poder Judiciário que também defende a dignidade da pessoa humana entre/para os cidadãos.

Do mesmo modo, é o princípio fundamental da Constituição na atualidade quanto a dignidade da pessoa humana, o que é preferência do STF ter respeito pelos fundamentos apresentados pelo artigo 1º da Constituição de 1988 (2016, p.9), informa que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, “constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”.

Conforme a Carta Magna de 1988, em seu Art. 1º (2016, p.9) em seu PARÁGRAFO ÚNICO. Afirma que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição”.

Relevante, afirmar que a base constitucional da população brasileira ainda não passou por muitos danos, especialmente nas garantias de direitos fundamentais, como reverbera Lobo (2012, p. 33) que existem “direitos fundamentais que são o princípio da dignidade humana e da solidariedade e que os princípios gerais são: convivência familiar, igualdade, afetividade e liberdade”.

Diante do exposto, fica compreendido que a dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares da Constituição, por garantir condições básicas para qualidade de vida das pessoas, enquanto ser social, individual, político, cultural e outros. Além disso, faz valer os direitos fundamentais que são eles a educação, a saúde, a segurança, a previdência e outros. Mesmo que estes sejam negados aos cidadãos pelo poder executivo e legislativo, eles são atendidos e defendidos pela justiça ou poder judiciário, porque este exerce a função de contramajoritário que é uma ação legítima de intervenção contra as atitudes contrárias dos poderes aos direitos fundamentais.

Comparato (2007) afirma que os direitos humanos funcionam como um meio de informar as pessoas sobre a existência das diferenças e da importância do entendimento de que todos merecem ser respeitados. Por isso, nenhum cidadão ou cidadã pode se declarar superior ao outro, devido a equiparação dada aos sujeitos pelos direitos fundamentais, confirmado pelo artigo 5º da Constituição de 1988 quanto a igualdade entre todos independente da raça, cor, classe social e etc.

3.1 Constituição: Um Documento que dá origem a Democracia

A constituição é antes de tudo o alicerce para a convivência humana em coletividade, o que é peculiar a natureza humana, mas é uma prática que requer uma organização sistemática, com eficácia e acima de tudo com normas, as quais necessitam ser conhecidas e legitimadas pelas pessoas. Desta maneira, estas regras de convívio trouxe os modelos padronizados, representados pelos Estados com escopo de disciplinar, de distribuir poder e de desempenhar seus papéis juntos aos cidadãos.

Neste contexto, que surge os adventos constituintes e os documentos nominados como Constituição nas diferentes nações, sendo o documento constitucional crucial para organizar Estado, delimitar direitos e conseqüentemente garantir direitos e impor regras aos cidadãos que formam a sociedade. Neves (1988) afirma que não existe Estado sem Constituição, mesmo quando existem sistemas sociais sem uma Constituição formal, possuem fundamentos normativos que são válidos e tem supremacia jurídica como é o caso da Constituição Inglesa, que tem base em leis esparsas, jurisprudências, costumes e enfim em convenções, mas não possui um documento escrito.

No Brasil, por exemplo, houve várias promulgações de Constituições sendo válida

para os dias atuais a Constituição de 1988, que de acordo com Dias (2013) trouxe mudanças significativas para a vida das pessoas e conseqüentemente para toda a sociedade brasileira.

Nas palavras de Dias (2013), a Constituição traz como contribuição ao direito de família o princípio da dignidade humana, ou seja, contempla o cidadão com dignidade de direito e com isso tenta afastar as práticas discriminatórias; reconhece a diversidade ou pluralidade no que concerne as relações e interações familiares.

A autora continua afirmando que a Constituição Federal de 1988 é uma evolução do século XXI, contra os preconceitos e também em relação aos textos do Código Civil que em sua concepção não acompanhou a desenvoltura da sociedade.

Assim, segundo Canotilho (1994) Constituição é uma lei fundamental e soberana do Estado, a qual possui normas distintas que se referem a estrutura do Estado, a elaboração de poderes públicos, a formação de governos e poder de governar, além disso traz jurisdições, direitos, deveres e garantias aos cidadãos, e assim edita regras jurídicas, legislativas e administrativas.

Diante do exposto, é possível afirmar que a Constituição é uma ferramenta que possibilita o exercício do Estado, o que por sua vez mostra que ela não tem apenas a função jurídica, mas igualmente política. Uma vez que é utilizada para proteger os sujeitos de acordo com as mudanças sociais.

Neste aspecto, de mudanças que com o tempo nascem novas leis para atenderem as demandas dos cidadãos, mas estas precisam ser observadas e controladas para não ferir a supremacia da Constituição.

Toda esta discussão lembra a importância do poder constituinte defendida por Negri (2002), o qual afirma que a existência das Constituições é oriunda de diversas reivindicações realizadas no passado por diferentes gerações e conseqüentemente por diferentes temáticas, ou seja, as pessoas lutavam por melhorias diante dos seus governantes e estas revoluções se transformaram em registros ou textos constitucionais utilizados para normatizar as diferentes nações.

Então, a Constituição de caráter democrático é aquela que defende os direitos fundamentais dos cidadãos, por isso, a Constituição federal brasileira de 1988 é a mais popular nas discussões por ter uma grande abrangência teórica dos direitos fundamentais/humanos, sendo que a luta é para tornar estes direitos uma prática entre os cidadãos para que estes sejam atendidos nas mais variadas demandas de necessidades para assim efetivar a qualidade de vida para todos.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo enfatiza a relevância da supremacia da Constituição Federal de 1988, a qual surge como uma esperança de liberdade política, democrática e de expressão para o povo brasileiro, especialmente na efetivação dos direitos fundamentais como

educação, saúde, liberdade e enfim dignidade para todos na sociedade. Em consonância a esta superioridade nasce o poder do guardião das Leis que é o STF (Supremo Tribunal Federal), constituído por onze ministros (juizes) que julgam e aplicam seus entendimentos nas resoluções de sentenças com base nos textos constitucionais.

Lembra que o poderio dado ao Supremo é chamado por Oscar Vilhena Vieira de Supremocracia, que é o poder do Supremo de impor limites aos demais poderes que tentam infringir os direitos humanos ou fundamentais dos cidadãos.

Destarte, a Suprema Corte tem a incumbência de guardar as Leis na sua essência e ainda de atualizá-las com a realidade das sentenças por meio dos diferentes entendimentos, resguardando sempre a dignidade da pessoa humana, procurando assim manter a Constituição viva e eficaz no cotidiano dos cidadãos brasileiros.

Lembra que esta ideia de Suprema Corte nasceu nos Estados Unidos onde houve o estilo conservador e ativista progressista de acordo com as ideologias políticas da época. Sendo esta última defendida por Earl Warren, o qual instigava o ativismo baseada nas situações sociais, ou seja, as leis eram trabalhadas com interpretações adequando a realidade e não somente pelo texto escrito. Sendo que esta ação ou prática é conhecida na atualidade como neoconstitucionalismo que é a inserção da Constituição na realidade da sociedade por meio dos diferentes entendimentos dos magistrados, mas nunca saindo dos fundamentos que dão alicerce as funções e finalidades das leis.

Dentro deste contexto, a supremacia constitucional que deu origem a supremocracia do STF, poder representativo e contramajoritário e não usurpador, constrói o Estado Democrático de Direito, por meio do processo responsivo de cumprimento as ordenanças constitucionais em prol da efetivação dos direitos fundamentais e conseqüentemente da democracia na sociedade brasileira.

Este estudo, embora superficial e com abordagens introdutórias alcança o objetivo de mostrar de forma sucinta a trajetória da Constituição Federal de 1988, enquanto constitucionalismo e neoconstitucionalismo no cumprimento da supremacia e construção desafiadora da supremocracia na sociedade brasileira com tantas demandas desafiadoras ao Poder Judiciário representado pelo STF.

Ressalta-se também que a hipótese inicial é confirmada no que diz respeito a positividade da abrangência do Poder judiciário na consolidação da democracia e por meio da contribuição do neoconstitucionalismo na valorização do ser humano no âmbito das leis.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 480.

BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Juris Plenum Direito Administrativo, Caxias do Sul (RS), v. 4, n. 15, p. 119-156, set. 2017. Disponível: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/55915>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 452 p.

BRASIL. **Constituição (1988)**. 45. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Mealheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 527 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes – **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4^a ed. Coimbra: Portugal. Livraria Almedina, 2000.

CARVALHO, Kildare. **Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo**. 11^a edição – Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2005, p. 165.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5^o ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle da constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. rev. Salvador: JusPODIVM, 2010. 360 p.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed. 2. Tiragem. [s.l.]: Saraiva, 2012.

NEVES, Marcelo – **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 594 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**. Revista Direito GV, São Paulo. JulDez.2008, p.441464. Site:<https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/7127>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

CAPÍTULO 2

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: O USO OBRIGATÓRIO DO REFERENDO E PLEBISCITO EM CASOS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

Data de aceite: 04/07/2022

Jhonatan Fernando Ferreira

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Vinicius Pacheco Fluminhan

Universidade Presbiteriana Mackenzie

RESUMO: A Constituição brasileira é alvo de uma diversidade de classificações, feitas pela doutrina, o presente estudo, dá ênfase àquela que diz respeito à estabilidade/alterabilidade, uma vez que na atualidade, o Poder Constituinte Derivado Reformador, constantemente, tem se utilizado de sua prerrogativa, para alterar dispositivos importantes da Constituição Federal. A problemática se dá, pois, tais reformas constitucionais versam acerca de direitos consagrados como garantias fundamentais, fato que agrava a crise do sistema representativo, evidenciada não só pela doutrina, mas também pelos meios de comunicação e questionários utilizados nessa pesquisa. Desse modo, o presente estudo aborda-se três importantes assuntos, quais sejam: a democracia participativa, o sistema representativo e as emendas à Constituição, utilizando-se de uma análise bibliográfica, que aborda a literatura acerca dos assuntos, e também de uma pesquisa empírica que teve por objetivo aferir a opinião da sociedade acerca das atuais reformas, e a possibilidade de utilização do plebiscito e referendo em casos de emendas à Constituição, de modo obrigatório, como meio de legitimar o ordenamento constitucional, diminuir a crise no

sistema representativo, fortalecer os mecanismos da democracia participativa, bem como proteger os direitos consagrados pelo ordenamento constitucional. Teve-se por resultado que embora seja majoritário o entendimento que a proposta de tornar o plebiscito e referendo obrigatório em casos de emendas à Constituição é capaz de atingir todas as finalidades angariadas nesse estudo, há alguns pontos que precisam ser observados, em ênfase ao conhecimento da população acerca das emendas, antes de decidirem pela aprovação ou não destas.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia participativa. Emendas à Constituição. Sistema representativo.

ABSTRACT: The Brazilian Constitution is the target of a diversity of classifications, made by the doctrine, the present study, emphasizes the one that concerns the stability / alterabilidad, since at the present time, the Reformed Derivative Constituent Power, has constantly been used of its prerogative , to change important provisions of the Federal Constitution. The problem is, then, such constitutional reforms are about rights enshrined as fundamental guarantees, a fact that aggravates the crisis of the representative system, evidenced not only by the doctrine but also by the means of communication and questionnaires used in this research. Thus, the present study addresses three important issues, namely: participatory democracy, the representative system and amendments to the Constitution, using a bibliographical analysis, which deals with the literature on subjects, as well as a research and the possibility of using the plebiscite and referendum in cases of amendments to

the Constitution, in a mandatory way, as a means to legitimize the constitutional order, to reduce the crisis in the representative system, strengthen the mechanisms of participatory democracy, as well as protect the rights enshrined in the constitutional order. It was found that although the majority of the understanding is that the proposal to make the plebiscite and referendum mandatory in cases of amendments to the Constitution is capable of achieving all the purposes raised in this study, there are some points that need to be observed, in an emphasis on knowledge of the population about the amendments, before deciding whether or not to approve them.

KEYWORDS: Participative Democracy. Amendments to the Constitution. Representative system.

1 | INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 sofre muitas classificações pela doutrina, a partir de diferentes critérios: forma, modo de elaboração, origem, estabilidade, extensão, conteúdo analítico, entre outros. A classificação que interessa a este projeto de pesquisa é a que condiz à estabilidade/alterabilidade. A Constituição brasileira é classificada neste aspecto como rígida, o que implica afirmar que o processo para sua alteração, por mais necessário que seja, é bem dificultoso, afanoso e rígido.¹

Celso Ribeiro Bastos identifica como Constituição rígida aquelas que só podem ser modificadas por um procedimento mais complexo e solene que aquele previsto para a elaboração de leis ordinárias.²

A alteração da Constituição é competência do Congresso Nacional, como prescreve o artigo 59, I, em concordância com o artigo 60 da Constituição Federal de 1988, mediante a votação em dois turnos com exigência de quórum qualificado de 3/5 dos votos.

Mesmo diante de tanta burocracia, a Constituição Federativa Da República do Brasil, já foi alterada por meio de 99 emendas, como consta no site oficial do Planalto. O agravante é que, em nenhuma destas emendas a população foi consultada previamente, por meios dos mecanismos de participação política popular, positivados na Carta Magna. As atuais emendas versaram acerca de direitos considerados como garantais fundamentais.

Há um grande questionamento na sociedade, quanto à real necessidade de tantas emendas em um curto período de tempo. Ademais, questiona-se a legitimidade de tais propostas de emenda à Constituição, visto a crise política, institucional e representativa que assola a nação brasileira. Paulo Bonavides afirma que a legitimidade inquirir acerca dos preceitos fundamentais que justificam ou invalidam a existência do título e do exercício do poder, da regra moral, mediante a qual se há de mover o poder dos governantes para receber e merecer o sentimento dos governados.³

O que se pretende neste projeto de pesquisa, não é criticar a prerrogativa de

1 MORAES, Alexandre. de. **Direito Constitucional**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 10.

2 BASTOS, Celso. Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.84.

3 BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 124.

alterabilidade da Constituição, mas sim trazer o ordenamento para a realidade da sociedade, visando assegurar os valores desta. Narra Miguel Reale, em sua famosa Teoria Tridimensional do Direito:

Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva, ou de forma analítica: Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores.⁴

De maneira mais clara, o Direito se baseia em um fato, com o objetivo de assegurar os valores da sociedade, prezando pelo bem comum.

É mediante a tamanha problemática que esta pesquisa, teve como tema a democracia participativa e os mecanismos de participação política popular, com ênfase ao plebiscito e referendo, no que diz respeito ao possível uso obrigatório de tais em casos de emenda à Constituição como formar de legitimar o ordenamento jurídico, fortalecer os mecanismos de participação popular, bem como zelar pelas garantias fundamentais que podem ser violadas em determinadas reformas. Esta pesquisa pode ser classificada quanto a abordagem, natureza e aos objetivos, em: qualitativa, aplicada e exploratória, respectivamente. Ademais, o método utilizado foi pesquisa de campo.

2 | REFERENCIAL TEÓRICO

A palavra *democracia* é de origem grega (*demokratía*), sendo composta por *demos* (que significa povo) e *Kratía* (que significa poder). Etimologicamente, portanto, democracia é o poder do povo.

Há dois tipos de democracia: direta e indireta. Majoritariamente quando se fala em democracia direta, todos se remetem a democracia grega, principalmente a ateniense, onde o povo reunido no Ágora, exercia o poder político, decidindo sobre vários assuntos que envolviam a sociedade da época. Para Bonavides, a democracia direta dos gregos foi a mais bela lição moral de civismo que a civilização clássica legou aos povos ocidentais.⁵

A democracia indireta, também conhecida por representativa, é o modelo adotado pelo Brasil. O titular do poder continua a ser o povo, entretanto o exercício deste cabe somente aos governantes, eleitos pelo povo por meio de eleições diretas e periódicas.

Um novo tipo de democracia, vem sendo tratada e estudada pela doutrina, e pelos estudiosos, tal é nomeada como democracia semidireta. É uma modalidade em que há alteração das formas clássicas de democracia representativa, aproximando esta, do modelo grego de democracia. Seria uma fusão entre democracia representativa e democracia direta, em que o produto de tal é a democracia semidireta, também conhecida como democracia participativa. Este modelo de democracia permite a população mesmo em um sistema representativo, participar das decisões políticas, por meios dos mecanismos de participação

⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 67.

⁵ PAULO, Bonavides. **Ciência Política**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

política popular: referendo, plebiscito e iniciativa popular de leis. Por muito tempo a doutrina tratou a democracia semidireta como sinônimo da democracia participativa⁶, o fato é que esta última possui espectro de maior abrangência⁷.

Paulo Macedo disserta que a democracia participativa compreende uma participação universal, com todas as formas e mecanismos que existirem e que forem criados para ampliar os espaços de participação da sociedade nas decisões políticas e nos atos da administração pública⁸.

Paulo Bonavides aborda a democracia participativa como modelo de democracia capaz de conciliar democracia direta e democracia representativa, tendo como produto desta fusão uma democracia em que confere a população a faculdade de participação nas decisões de caráter estatal, por meio dos mecanismos constitucionais de participação popular.⁹

A literatura do direito se manifesta favorável à democracia participativa, José Alvaro Moíses, em sua obra, destaca a importância dos mecanismos de participação popular, dando ênfase ao plebiscito e referendo. Este também critica as limitações que a sociedade sofre devido a impossibilidade de se utilizar o referendo (em plano federal) para vetar ou propor a rejeição de leis ou normas que gerem ou contrarie os interesses do cidadão. Fato, estritamente ligado a questão problema desta pesquisa, visto a delimitação do cidadão, no que se refere à participação em questões de caráter público, e a contraposição dos representantes ao interesses de seus representados.¹⁰

A constituição Federativa do Brasil de 1988, tradicionalmente positiva a soberania popular e a democracia participativa por meio de seu art. 14:

Art. 14: A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I-plebiscito II-referendo

III-iniciativa popular...

A iniciativa popular, se refere à prerrogativa da população em apresentar à Câmara dos Deputados projeto de lei (ordinária e complementar), que deve ser subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, conforme art. 13 da Lei 9709/98.

Entretanto tal mecanismo de participação política também mostra suas falhas, visto que somente 4 projetos de iniciativa popular adentraram o ordenamento jurídico. São elas: a Lei 8930/1994 “Caso Daniella Peres”, que incluiu o homicídio qualificado no rol de

6 MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição Brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 178, p. 181-193/, abr./jun. 2008. p. 185

7 Ibidem p. 185

8 Ibidem p. 185

9 Bonavides, P. **Ciência Política**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 301.

10 MOISÉS, José. Álvaro. **Cidadania e participação**: Ensaio sobre o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular na nova Constituição. São Paulo: Marco Zero, 1990. p. 83.

crimes hediondos; a lei 9840/1999 de combate a compra de votos; a Lei 9840/1999 “Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social”; e por último a lei complementar 135/2010 “Lei da Ficha Limpa”.

Quanto ao referendo e plebiscito, também redigidos pela Lei 9709/98, foram poucas as ocasiões em que o processo legislativo se utilizou destes institutos. O primeiro plebiscito nacional realizado no Brasil, foi realizado em 6 de janeiro de 1963, e tinha por objetivo definir o regime de governo: presidencialista ou parlamentarista. Esse primeiro plebiscito não nasceu de reivindicação popular, mas de necessidades políticas da ocasião. Fato não diferente da realidade atual, visto que somente o Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, por um terço no mínimo dos membros de qualquer uma das casas, pode propor referendo e plebiscito.

Em 1993, 30 anos depois é convocado um novo plebiscito, agora para decidir quanto à forma (monarquia ou república) e sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo). No dia 07 de setembro o povo opta pela república e pelo presidencialismo. Na constituição Federal, na parte do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), é possível encontrar a previsão do plebiscito. Segue o texto em sua íntegra:

Art. 2º: No dia 07 de setembro de 1993 o eleitorado definirá através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no país.

A última consulta popular no Brasil ocorreu através de um referendo, em 23 de outubro de 2005, em que a população foi às urnas para votar em relação ao desarmamento, Lei nº 10.826/2003.

O Brasil em sua história se usou do referendo e plebiscito apenas 3 vezes, bem diferente de outras nações, como mostra José Álvoro Moisés em seu livro *Cidadania e Participação*. De 1900 a 1980, a Suíça realizou 252 referendos nacionais, a Austrália 18, Nova Zelândia 17, Dinamarca 14, França 10, Irlanda 9 e Itália 4.¹¹ Mediante a estes dados se reforça ainda mais a falha dos mecanismos de participação popular no Brasil, em especial ao plebiscito e referendo.

Há de se evidenciar que os institutos pertencentes à democracia participativa positivados na Constituição Federal não se delimitam ao art. 14 desta, existem uma diversidade de artigos, incisos e parágrafos. A título de exemplo o art. 5º que positiva os direitos e deveres individuais e coletivos, inserido no título das garantias fundamentais, prevê quatro garantias que representam a democracia participativa, quais sejam: obrigação de os órgãos públicos prestarem informações de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, no prazo da lei (Art. 5º, XXXIII); direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (Art. 5º, XXXIV, a; reconhecimento da competência do Tribunal do Júri, de caráter eminentemente popular, de participação

11 MOISÉS, José. Álvoro. **Cidadania e Participação**: Ensaio sobre o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular na nova Constituição. São Paulo: Marco Zero, 1990. p. 68.

da sociedade no Poder Judiciário (Art. 5º , XXXVIII); legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular, em defesa de direito difuso, objetivando anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (Art. 5º LXXIII).

O Brasil, adotou a democracia representativa como forma de governo, e tal é alvo de constantes críticas, que não se limitam apenas à atualidade. O suíço Jean Jacques Rousseau, no *Contrato Social*, fazia duras críticas a tal sistema:

A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste ela essencialmente na vontade geral e a vontade não se representa: ou é ela mesma ou algo diferente; não há meio termo.¹²

Entretanto o pensador também reconhecia as dificuldades de uma democracia que não fosse a representativa:

Se se tomar o termo no rigor da aceção, jamais existiu verdadeira democracia e jamais existirá. É contrário á ordem natural que o grande número governe e que o pequeno seja governado. Não se pode imaginar que o povo fique continuamente reunido para cuidar dos negócios públicos. Se houvesse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente. Não convém a homens um governo perfeito.¹³

Ainda no *Contrato Social*, Rousseau tece considerações importantes acerca da vontade geral, disserta o pensador que “a vontade geral é sempre reta e tende sempre para a utilidade pública; mas não significa que as deliberações do povo tenham sempre a mesma retitude¹⁴”. A preocupação do autor se dá uma vez que, a vontade geral sempre quer o bem, todavia tal anseio nem toda vez se vê, uma vez que o povo é enganado com frequência, assim parece que estes desejam o mal.

No que tange a liberação da vontade geral, mais uma vez as críticas de Rousseau refletem no atual cenário do Brasil, indaga-se a alienação da população pelas associações, aponta o autor:

Se, quando o povo, suficientemente informado, delibera, não tivessem os cidadãos nenhuma comunicação entre si, sempre boa. Quando porém, há brigas, associações parciais às expensas da grande, a vontade de cada uma dessas associações torna-se geral em relação a seus membros, e particular no concernente ao Estado; pode-se então dizer que já não há tantos votantes quantos são os homens, mas apenas tantas quantas forem as associações; as diferenças se tornam mais numerosas e fornecem um resultado menos geral.

Na atualidade, o processo de emendas à Constituição, tem elevado o debate acerca da contrariedade entre a vontade do representado e seu representante, agravando a crise no sistema representativo.

O artigo 60 da Constituição prevê que cabe ao Congresso Nacional a aprovação de

12 ROUSSEAU, Jean. Jacques. **O contrato social**. Trad. Vicente Sabino Junior. São Paulo: José Bushatsky, 1978. p.182

13 Ibidem p. 152.

14 Ibidem p. 150

emendas à Constituição. Segundo o referido dispositivo, a Constituição pode ser emendada mediante proposta, de um terço no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República; e de mais da metade das Assembleias legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

A proposta deve ser votada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando aprovada se obtiver em ambas as casas, três quintos dos votos dos respectivos membros. Depois de todo trâmite de votação, caso aprovada, a emenda à Constituição é promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. Há de se ressaltar que, o processo é válido desde que não haja ofensa a cláusulas pétreas, prescritas no § 4º do art. 60.

A problemática não se dá pela alteração da Constituição, tendo em vista que o direito é uma ciência social que se encontra em constantes transformações, ademais alterar o texto constitucional é uma prerrogativa positivada pela Carta Magna. O que se questiona é o conteúdo das emendas, os direitos que são atingidos com tais reformas, e o agravamento da crise institucional mediante a contrariedade entre os representantes e seus representados.

A aprovação da PEC 55/2016 é um exemplo da contrariedade entre os representantes e seus representados. Tais ações vem agravando a crise política e institucional brasileira, como mostra a pesquisa realizada pelo Datafolha, divulgada em dezembro de 2016, em que a desaprovação ao Congresso Nacional, bate seu recorde atingindo um índice de 58%¹⁵. Tal projeto de emenda à Constituição, altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo um novo Regime Fiscal, no âmbito do orçamento fiscal e da seguridade social da União, vigorando por 20 exercícios financeiros. O questionamento consiste na discussão da fragilidade da soberania popular, e a contribuição que os representantes políticos tem dado para agravar tal fato.

Em consulta pública realizada pelo Portal e- cidadania do Senado Federal, foi realizada uma votação online a fim de averiguar a opinião da população quanto à PEC 55/2016, tendo como resultado final um total de 369.418 votantes, destes, 23.770 à favor e 345.718 contra à aprovação. Mesmo com resultado desfavorável de mais de 90%, a PEC foi votada e aprovada pelo Congresso. O agravante é a notória recusa e descontentamento da população em relação à aprovação do projeto de emenda à Constituição.

Outra reforma alvo de discussões foi a trabalhista, as alterações atingiram, diversos pontos da Legislação Trabalhista.

A professora Carolina Masotti Monteiro, especialista em direito do trabalho pela Universidade de São Paulo, tece uma série de críticas a reforma trabalhista, justamente acerca da fragilidade da reforma no que diz respeito aos Direitos Humanos e ao Direito do

¹⁵ Pesquisa disponível no site: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/indice-1.shtml>> Acesso em: 23/02/2017, 20:39.

Trabalho:

A conclusão que se chega é que este projeto de Lei, tal qual posto, atende tão somente aos anseios do capital, além de ser antidemocrático, violador dos direitos humanos e, conseqüentemente do direito do trabalho como tal. É ainda inconstitucional e muito pernicioso, de modo que não há como defendê-lo sob nenhum aspecto que se analise.

Ele é revestido de maldade e na prática, ao contrário do que os congressistas que apoiam essa barbárie dizem, não fará aumentar as contratações, não tirará o país da crise, muito pelo contrário, agravará na medida em que diminuirá o poder de compra da classe trabalhadora¹⁶.

Ao passo que as atuais propostas de emendas à Constituição são aprovadas sem nenhuma prévia discussão, outras propostas que são menos desfavoráveis, e que atingem a classe política e outros grupos privilegiados, tão pouco são debatidas em plenário. Como exemplo da PEC n. 106/2015 que reduz o número de membros da Câmara dos Deputados (para 386) e do Senado Federal (de 3 para 2 por unidade da Federação); a PEC n. 62/2016 que Incluiu o art. 17-A no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para reduzir a quinze mil reais o limite do valor pago a qualquer agente público, mensalmente, pelo prazo de vinte anos, dentre outros projetos de emendas à Constituição.

Há de se evidenciar que o mesmo Congresso que vislumbra nas atuais reformas constitucionais um meio de contenção de gastos, é o segundo mais caro do mundo, custando 28 milhões de reais por dia¹⁷. Enquanto o Congresso exhibe tamanho gasto, o Brasil, segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), contém mais de 50 milhões de pessoas vivendo na linha da pobreza.

Ao mesmo tempo em que se alega, uma crise no setor público no que tange aos gastos públicos, o Brasil, jamais se utilizou do imposto sobre grandes fortunas, previsto no art. 153, VII, da Constituição Federal. A tributação das grandes fortunas, pode ser vislumbrada como um meio de arrecadação de tributos, além de diminuição das desigualdades sociais. André Dias e Álisson Melo, docentes da Universidade de São Paulo e Universidade Federal do Ceará, respectivamente, vislumbram que: “A instituição do imposto sobre grandes fortunas no Brasil certamente contribuiria para a redução das desigualdades socioeconômicas, por redistribuir pequena parcela da riqueza excedente dos muito abastados diretamente aos pobres.¹⁸” Existem cálculos, como afirma, Pedro de Carvalho Júnior, pesquisador do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) mostrando que taxar os ricos ajudaria a arrecadar de 0,25% a 0,5% do PIB (Produto Interno Bruto), e que a cobrança poderia ser

16 MONTEIRO, Carolina Masotti. Mary Shelley e a reforma trabalhista : um Frankenstein a brasileira. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 6, n. 61, p. 105-134, jul./ago. 2017.

17 COTTA, Leticia. Congresso brasileiro é um dos mais caros do mundo, diz Gil Castello Branco: O secretário-geral da ONG Contas Abertas afirmou que o Congresso tem o custo diário de R\$ 28 milhões por dia. **Correio Braziliense Política**. Disponível em: < O secretário-geral da ONG Contas Abertas afirmou que o Congresso tem o custo diário de R\$ 28 milhões por dia> Acesso em: 27/07/2018.

18 FERNANDES, André Dias; MELO Álisson José Maia. O imposto sobre grandes fortunas no Brasil e a redução das desigualdades socioeconômicas: exame da constitucionalidade do PLP 277/2008. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Ceará, v. 36.2, jul./dez. 2016.

feita junto com o Imposto de Renda, já que uma parte dos economistas afirmam que tal tributo é de pouca arrecadação como o IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) que é regulamentado no país.

Alguns países adotaram a obrigatoriedade do plebiscito e referendo em casos de emendas à Constituição como meio de fortalecimento da democracia participativa, e amenização da crise do sistema representativo.

Mônica de Mello, mostra em sua obra o uso do referendo e do plebiscito em várias nações, mencionando que alguns países já positivaram constitucionalmente o uso obrigatório do referendo e plebiscito em casos de emenda à Constituição. São eles: a Áustria (artigo 44,3), a Dinamarca (artigo 88), a França (artigo 11, com artigo 89), o Japão (artigo 96), e o Paraguai (artigo 290).¹⁹

Dispõe a Constituição da Áustria em seu art.44, acerca do processo de emendas à Constituição:

Article 44 [Constitutional Laws]

(1) Constitutional laws or constitutional provisions contained in simple laws can be passed by the House of Representatives only in the presence of at least half the members and by a two thirds majority of the votes cast, they shall be explicitly specified as such.

(2) Any total revision of the Federal Constitution shall upon conclusion of the procedure pursuant to Article 42 but before its authentication by the Federal President be submitted to a referendum by the entire nation, whereas any partial revision requires this only if one third of the members of the House of Representatives or the Senate so demands²⁰.

Dispõe a Constituição da Dinamarca em seu art. 88:

Section 88 [Constitutional Amendments, Electors' Vote]

When the Parliament passes a Bill for the purposes of a new constitutional provision, and the Government wishes to proceed with the matter, writs shall be issued for the election of Members of a new Parliament. If the Bill is passed unamended by the Parliament assembling after the election, the Bill shall within six months after its final passing be submitted to the Electors for approval or rejection by direct voting. Rules for this voting shall be laid down by Statute. If a majority of the persons taking part in the voting, and at least 40 per cent of the Electorate has voted in favor of the Bill as passed by the Parliament, and if the Bill receives the Royal Assent it shall form an integral part of the Constitution Act²¹.

¹⁹ MELO, Monica. de. **Plebiscito, referendo e iniciativa popular: Mecanismos Constitucionais de Participação Popular**. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2001.p. 119.

²⁰ Tradução livre: Artigo 44 [Leis Constitucionais]

(1) As leis constitucionais ou disposições constitucionais contidas em leis simples podem ser aprovadas pela Câmara dos Representantes somente na presença de pelo menos metade dos membros e por uma maioria de dois terços dos votos expressos, eles devem ser explicitamente especificados como tal.

(2) Qualquer revisão total da Constituição Federal deverá, após a conclusão do procedimento previsto no Artigo 42, mas antes de sua autenticação pelo Presidente Federal, ser submetida a um referendo por toda a nação, enquanto qualquer revisão parcial somente o exigirá se um terço da membros da Câmara dos Representantes ou do Senado assim exige.

²¹ Tradução livre: Quando o Parlamento aprovar um projeto de lei para fins de uma nova disposição constitucional, e o governo desejar prosseguir com a questão, serão redigidos os termos para a eleição dos membros de um novo

Na França, nos termos do art. 89 da Constituição do país, a iniciativa da revisão da Constituição pertence conjuntamente ao Presidente da República mediante proposta do Primeiro-Ministro e dos membros do Parlamento. O projeto ou proposta de revisão deve ser considerado nas condições de prazo previsto no terceiro parágrafo do artigo 42 e votado por duas assembleias em termos idênticos. A revisão é definitiva após ter sido aprovada por referendo. Cumpre de ser apontado que o projeto de revisão não é apresentado no referendo quando o Presidente da República decide apresentá-lo ao Parlamento, convocado em Congresso; Nesse caso, o projeto de revisão é aprovado apenas se reunir a maioria de três quintos dos votos válidos. A mesa do Congresso é a Assembleia Nacional.

Dispõe a Constituição do Japão, em seu art. 96 acerca das emendas constitucionais, que deverão ser de proposição da Dieta, por meio da aprovação de mais de dois terços dos membros de cada Casa e, posteriormente, serem submetidas à ratificação, o que requer a maioria de todos os votos em um referendo ou em eleição a ser convocada pela Dieta. As emendas, quando ratificadas, deverão ser imediatamente promulgadas pelo Imperador e em nome do povo, como parte integral da Constituição.

No Paraguai, país de grande similaridade com o Brasil no que condiz ao direito constitucional, sistema de direito e proximidade geográfica, também adota a obrigatoriedade do referendo em casos de emenda a Constituição:

Artículo 290 - DE LA ENMIENDA

Aprobada la enmienda por ambas Cámaras del Congreso, se remitirá el texto al Tribunal Superior de Justicia Electoral para que, dentro del plazo de ciento ochenta días, se convoque a un referéndum. Si el resultado de este es afirmativo, la enmienda quedará sancionada y promulgada, incorporándose al texto institucional.²²

3 | METODOLOGIA

Para a concretização dos objetivos deste estudo, utilizou-se a abordagem qualitativa onde se buscou entender a democracia participativa, bem como o procedimento de emendas à Constituição Federal e a possibilidade de tornar obrigatório o uso do plebiscito e referendo em casos de emendas constitucionais.

Em relação a natureza da pesquisa, tem se que esta é aplicada, uma vez que se teve por objetivo gerar conhecimentos para aplicação prática, dirigidos à solução de problemas específicos, quais sejam, a crise no sistema representativo e a violação de

Parlamento. Se o projeto de lei for aprovado sem a aprovação do Parlamento após a eleição, o projeto de lei deverá ser entregue aos eleitores dentro de seis meses após sua aprovação final, para aprovação ou rejeição por votação direta. As regras para esta votação serão estabelecidas por Estatuto. Se a maioria das pessoas participarem na votação, e pelo menos 40% do eleitorado votarem a favor do projeto de lei como aprovado pelo Parlamento, e se o projeto de lei receber o Royal Assent, ele fará parte integrante do projeto de lei. Lei de Constituição.

²² Tradução livre: Aprovada a emenda por ambas Câmaras do Congresso, será enviado o texto ao Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, para que, dentro do prazo de cento e oitenta dias, seja convocado um referendo. Se o resultado deste for afirmativo, a emenda será sancionada e promulgada incorporando o texto constitucional.

direitos e garantias fundamentais, face a atuais reformas constitucionais.

Ademais a pesquisa foi exploratória e de campo, tendo em vista que além de uma análise bibliográfica, que consistiu na análise da doutrina nacional e internacional, acerca da democracia participativa e o sistema representativo, bem como do processo de emendas à Constituição, no Brasil, com os países que já adotam a obrigatoriedade do referendo e plebiscito em casos de emenda à Constituição, realizou-se também uma coleta de dados por meio da aplicação de questionários, com vistas a entender a problemática ora elucidada neste presente estudo.

Para aferir a opinião da comunidade jurídica acerca do sistema representativo, das atuais emendas à Constituição, bem como a possibilidade de se adotar de forma obrigatória o uso do plebiscito e referendo em casos de emendas à Constituição, foram aplicados 150 questionários aos alunos da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, das mais variadas etapas. O questionário foi composto de 07 questões, onde se buscou averiguar em cada pergunta a importância da proposta em si. Cumpre ser anotado que foram mantidos os sigilo dos dados dos entrevistados, bem como a opinião de cada um deles, uma vez que quando da aplicação do questionário, os discentes ficaram em suas respectivas salas, sem a presença de nenhum dos membros dessa pesquisa.

O questionário foi composto das seguintes questões:

Questão 01: O sistema representativo brasileiro representa verdadeiramente a vontade popular?

Questão 02: Na sua opinião, o referendo e o plebiscito reforçam o sistema democrático?

Questão 03- Você sabia que o referendo e o plebiscito não podem ser adotados para os casos de emenda à Constituição?

Questão 04- Você acha adequado que o povo, por meio de plebiscito e referendo, participe da aprovação de emendas à Constituição?

Questão 05- A democracia direta (plebiscito e referendo) é um meio adequado para evitar o desgaste político?

Questão 06- Você acha que o povo possui um nível de instrução suficiente para fazer suas escolhas (políticas, econômicas e sociais) nas eleições?

Questão 07- Você participa ou já participou de algum órgão ou entidade, público ou privado, de natureza política ou não (exemplo: comissões em clubes, associações, conselhos municipais, entidades filantrópicas etc), voltadas para a melhoria do bem coletivo

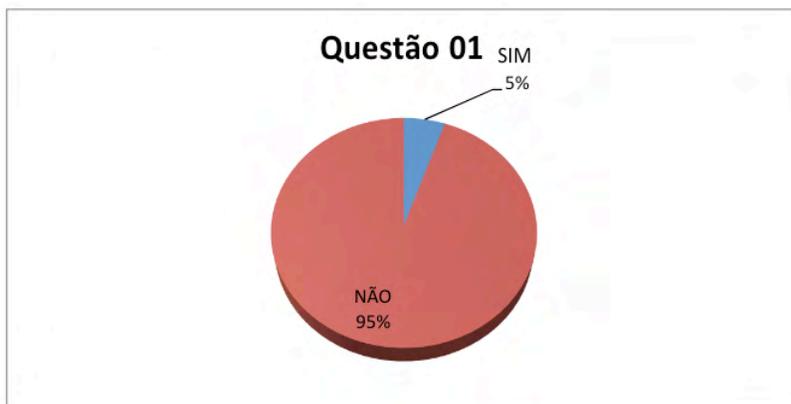
4 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

Abaixo foram colacionados os resultados, e os comentários de cada questão, do questionário:

Questão 01: O sistema representativo brasileiro representa verdadeiramente a

vontade popular?

Comentários: Tal questão teve por finalidade aferir o contentamento da sociedade com o sistema representativo, os números demonstram a crise no sistema representativo e a contrariedade desse sistema com a vontade popular, reafirmando a importância da democracia participativa como meio de diminuir o desgaste do sistema representativo, uma vez que a democracia participativa coexiste no atual regime de poder. 95% dos entrevistados votaram na alternativa que assinalava não.



Questão 02: Na sua opinião, o referendo e o plebiscito reforçam o sistema democrático?

Comentários: A questão 02 evidencia a necessidade de maior utilização dos mecanismos de participação popular, uma vez que grande é a porcentagem de entrevistados que opinam pela utilização destes (83%), como meio de fortalecer o sistema Democrático. No Brasil a aplicabilidade dos mecanismos de participação política popular na esfera federal é ínfima, visto que o Brasil se utilizou do referendo e plebiscito em sua história apenas três vezes: em 1963, 1993 e 2005.



Questão 03- Você sabia que o referendo e o plebiscito não podem ser adotados para os casos de emenda à Constituição?

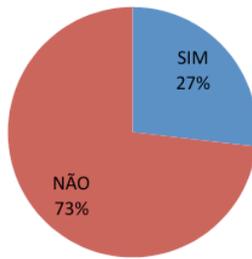
Comentários: A questão 03 demonstra o nível de desconhecimento da sociedade acerca dos mecanismos de participação popular, fato que pode justificar a pouca aplicabilidade destes. 63% dos entrevistados não sabiam que o referendo e o plebiscito não podem ser adotados para os casos de emenda à Constituição. Há de se enfatizar que os questionários foram aplicados para um público que convive diariamente com a legislação.



Questão 04- Você acha adequado que o povo, por meio de plebiscito e referendo, participe da aprovação de emendas à Constituição?

Comentários: A questão 04 evidencia a importância da proposta desse estudo, quase 3/4 (três quartos) dos entrevistados valoram a obrigatoriedade do plebiscito e referendo em casos de emendas à Constituição como um fator positivo, 73% dos entrevistados.

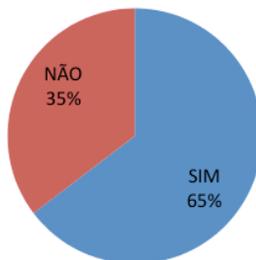
Questão 04



Questão 05- A democracia direta (plebiscito e referendo) é um meio adequado para evitar o desgaste político?

Comentários: Essa questão também evidencia para a necessidade de fortalecimento dos mecanismos de participação popular como meio de evitar o desgaste político, fato também defendido pela doutrina do direito, bem como pelos entrevistados, uma vez que 65% deles opinam que sim.

Questão 05



Questão 06- Você acha que o povo possui um nível de instrução suficiente para fazer suas escolhas (políticas, econômicas e sociais) nas eleições?

Comentários: Caso o modelo de emendas que propõe esse trabalho seja adotado em determinado momento, é de extrema importância que antes de cada votação pela aprovação ou não da emenda, se faça um amplo debate, onde se aponte as mudanças que tal emenda irá trazer, dada a mínima instrução da população com os assuntos constitucionais, sejam estes econômicos, sociais, culturais, dentre outros. Deve ser evidenciado que a

Constituição Federal no capítulo dos Direitos Políticos não exige para a elegibilidade que o candidato tenha ensino superior, formação em direito, economia, ciências sociais, ou qualquer outra formação que envolva a criação e aprovação de leis. Nos termos do art. 14, III, § 3º, são condições de elegibilidade:

Art. 14 (...)

§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

III - o alistamento eleitoral;

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; Regulamento

VI - a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.



Questão 07- Você participa ou já participou de algum órgão ou entidade, público ou privado, de natureza política ou não (exemplo: comissões em clubes, associações, conselhos municipais, entidades filantrópicas etc), voltadas para a melhoria do bem coletivo?

Comentários: A questão 07 teve por finalidade demonstrar a falha da sociedade com a democracia participativa, uma vez que embora esta seja favorável aos mecanismos

de participação popular, poucos são os indivíduos que já participaram ou participam de algum órgão ou entidade, público ou privado, de natureza política ou não, somente 37% dos entrevistados.



5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regime atual de aquisição de poder no Brasil, como já estudado ao longo desse estudo, é a Democracia/sistema representativo, ocorre que na atual conjuntura do país tal sistema enfrenta uma crise legitimadora, tornando-se notória a contrariedade entre o anseio do povo e as decisões tomadas pelos seus representantes. No Brasil torna-se evidente o privilégio a uma minoria em detrimento de uma grande parcela da sociedade, as atuais reformas mostram-se prejudiciais e incompatíveis com a realidade do país, diversos direitos vem sendo violados, em nome de uma estabilidade econômica que não tem mostrado seus efeitos, como demonstrado ao longo desse estudo. Um país onde se tem mais de 50 milhões de brasileiros a margem da pobreza, e o 2º congresso mais caro do mundo, enfatiza para a necessidade de preservação das garantias que vem sendo retiradas por meio das atuais reformas constitucionais.

Há outros meios de contenção de gastos e arrecadação de tributos para o Estado, a tributação das grandes fortunas, tributo positivado no art. 153, VII da Constituição Federal, como exemplo, e que na atualidade não é regulamentado:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

Trazendo os ideais de Rousseau para a realidade contemporânea, percebe-se que o sistema representativo é falho, mas é o único meio possível de democracia, visto a quantidade de cidadãos existentes e a complexidade de gestão que o Estado possui, fato que não exclui a possibilidade de maior participação da população nas tomadas de decisões, por meio dos mecanismos de participação popular positivados na Constituição Federal, tão

pouco exclui a possibilidade de implementação do sistema de emendas proposto nesse trabalho, uma vez que não é excluída a participação do Congresso Nacional nas tomadas de decisões.

Mediante a tudo que foi exposto é perceptível que a obrigatoriedade do plebiscito e referendo em casos de emendas à Constituição é um meio de se legitimar o ordenamento constitucional, assim tendo por consequência natural, a amenização da crise no sistema representativo, e por primazia a proteção de uma diversidade de direitos fundamentais, uma vez que ao se propor uma emenda o legislador terá que repensar meios menos prejudiciais à população, criando margem para que outras emendas de contenção de regalias fossem propostas e aprovadas, fato que não acontece na atualidade. Não obstante, um modelo de emendas como esse, necessita do conhecimento prévio da população acerca da matéria que será votada, fato que demanda um amplo debate dos pontos favoráveis e desfavoráveis das futuras emendas. Ademais há de se observar que o objetivo não é tornar a Constituição imutável, mas sim preservar pelos direitos indispensáveis a dignidade da pessoa humana. O direito é uma ciência iminentemente social, portanto é indispensável a alteração deste, frente as mudanças da sociedade, fato que não legitima a perda de direitos adquiridos mediante longos anos de lutas, como os direitos trabalhistas, políticos, dentre outros.

APOIO

PIVIC Mackenzie

REFERÊNCIAS

AUSTRIA, Constituição da Áustria. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21383-21384-1-PB.htm>> Acesso em: 20/06/2018.

BASTOS, Celso. Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2010

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20/07/2018

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

COTTA, Letícia. Congresso brasileiro é um dos mais caros do mundo, diz Gil Castello Branco: O secretário-geral da ONG Contas Abertas afirmou que o Congresso tem o custo diário de R\$ 28 milhões por dia. **Correio Braziliense Política**. Disponível em: < O secretário-geral da ONG Contas Abertas afirmou que o Congresso tem o custo diário de R\$ 28 milhões por dia> Acesso em: 27/07/2018.

DINAMARCA. Denmark Constitution. Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21412-21413-1-PB.htm>> . Acesso em 27/07/2018

FERNANDES, André Dias; MELO Álisson José Maia. O imposto sobre grandes fortunas no Brasil e a redução das desigualdades socioeconômicas: exame da constitucionalidade do PLP 277/2008. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Ceará, v. 36.2, jul./dez. 2016.

JAPÃO, Constituição do Japão. Disponível em: <<http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>>. Acesso em: 20/06/2018

PARAGUAI, Constitución de la República de Paraguai, 1992. Disponível em: < https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf> Acesso em: 20/06/2018

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição Brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 178, p. 181-193/, abr./jun. 2008.

MELO, Monica. de. **Plebiscito, referendo e iniciativa popular**: Mecanismos Constitucionais de Participação Popular. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2001

MONTEIRO, Carolina Masotti. Mary Shelley e a reforma trabalhista : um Frankenstein a brasileira. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 6, n. 61, p. 105-134, jul./ago. 2017.

MOISÉS, José. Álvaro. **Cidadania e participação**: Ensaios sobre o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular na nova Constituição. São Paulo: Marco Zero, 1990

MORAES, Alexandre. de. **Direito Constitucional**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean. Jacques. **O contrato social**. Trad. Vicente Sabino Junior. São Paulo: José Bushatsky, 1978.

PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E ORÇAMENTO PÚBLICO: JURIDICIDADE DA EXECUÇÃO DE EMENDAS PARLAMENTARES IMPOSITIVAS INDIVIDUAIS NO TRIÊNIO 2017-2019

Data de aceite: 04/07/2022

Ewerson Willi de Lima Pack

RESUMO: O escopo do presente trabalho é verificar se o Executivo federal utilizou as emendas parlamentares impositivas individuais, previstas no art. 166 da Constituição, como meio juridicamente indevido para angariar apoio político junto ao Congresso Nacional no triênio 2017-2019. A partir (i) do marco dogmático constitucional da Separação dos Poderes, (ii) das lições da ciência política sobre poder de agenda e processo decisório orçamentário do presidencialismo brasileiro e (iii) de um desenvolvimento metodológico de natureza quantitativa baseado nos dados numéricos das emendas individuais impositivas presentes no “Painel Emendas” do portal “SIGA Brasil Painéis”, traçaram-se duas hipóteses, paralelas e inter-relacionadas, que foram confirmadas. Primeiro, constatou-se que a imposição das emendas parlamentares veio a mitigar, ainda que limitadamente, o poder de agenda do Executivo. Todavia, no poder de agenda presidencial em matéria orçamentária, a resultante das alterações equivaleu a uma perda de ordem micropolítica, em decorrência do pequeno peso que as emendas impositivas significam em todo o ciclo orçamentário, não afetando, assim, o mecanismo geral de formação de coalizões. Segundo, considerou-se, como critério, que o uso antijurídico das emendas parlamentares impositivas seria observado se sua execução

infringisse o comando programático de equidade previsto pela Constituição ou contrariasse normas legais e específicas sobre execução equitativa. Concluiu-se que as emendas parlamentares impositivas não são utilizadas como claro modo de cooptação política e antijurídica do Congresso, pois sua execução não se mostra simultaneamente dispersa e assimétrica: observando-se as emendas empenhadas e pagas, não foi possível vislumbrar favorecimento manifesto a grupos políticos numericamente relevantes para uma coalizão.

PALAVRAS-CHAVE: Presidencialismo de coalizão; orçamento impositivo; emendas parlamentares individuais; execução equitativa.

PRESIDENTIALISM OF COALITION AND PUBLIC BUDGET: JURIDICITY OF THE EXECUTION OF INDIVIDUAL “IMPOSING PARLIAMENTARY AMENDMENTS” IN THE 2017-2019 TRIENNIUM

ABSTRACT: The scope of this article is to verify if the Federal Executive has used the individual “imposing parliamentary amendments”, provided in art. 166 of the Constitution, as a legally undue means to obtain political support from the National Congress in the 2017-2019 triennium. Based on (i) the constitutional dogmatic framework of the Separation of Powers, (ii) the lessons of political science on the agenda power and budgetary decision-making process of Brazilian presidentialism and (iii) a quantitative methodological development based on the numerical data of the “imposing parliamentary amendments” present in the “Painel Emendas” of the “SIGA Brasil Painéis” portal, two hypotheses

were outlined, parallel and interrelated, which were confirmed. First, it was found that the imposition of parliamentary amendments came to mitigate, albeit to a limited extent, the Executive's agenda power. However, in the power of the presidential agenda in budgetary matters, the result of the alterations was equivalent to a loss of micropolitical order, due to the small weight that the "imposing amendments" mean in the entire budgetary cycle, thus not affecting the general mechanism of formation of coalitions. Second, it was considered, as a criterion, that the anti-legal use of parliamentary "imposing amendments" would be observed if their execution violated the programmatic equity command provided for in the Constitution or contradicted legal and specific rules on equitable execution. It was concluded that the "imposing parliamentary amendments" are not used as a clear way of congressional political and anti-judicial co-optation, since their execution is not simultaneously dispersed and asymmetrical: observing the committed and paid amendments, it was not possible to envision manifest favoritism to groups politically relevant to a coalition.

KEYWORDS: Coalition presidentialism; imposing budget; individual parliamentary amendments; equitable execution.

1 | INTRODUÇÃO

Persiste, nas notícias veiculadas, em grande parte, por grupos midiáticos de comunicação (PASSARINHO; SHALDERS, 2017; PEREIRA, 2017; EMENDAS, 2020), e em muitas análises acadêmicas e doutrinárias (PEREIRA, 2000; MARTINS, 2016; BERTHOLINI; PEREIRA, 2017), a visão de que o Presidente da República buscaria angariar apoio dos parlamentares por meio do uso político das chamadas emendas parlamentares – acréscimos de verbas públicas que os congressistas fazem na proposta orçamentária, enviada inicialmente pelo Executivo ao Legislativo a cada ano, para serem aplicadas nos redutos eleitorais dos membros do Congresso Nacional.

Segundo esse pensamento, isso configuraria mais uma das práticas da "velha política" existente em Brasília: em vez de disponibilizar as emendas para o cumprimento de políticas públicas ou por motivos técnicos de necessidade e adequação financeiras, o Executivo usaria referido expediente institucional como modo de compra do apoio de parte dos parlamentares, sobretudo dos mais alinhados à agenda do governo, ferindo, por conseguinte, a separação e harmonia dos Poderes. Nesse contexto, nos anos de 2015 e 2019, foram promulgadas as Emendas Constitucionais n.º 86 e n.º 100, respectivamente, as quais determinaram que parcela das emendas parlamentares individuais e de bancada seja de execução obrigatória por parte do Executivo.

Diante desse cenário, e partindo-se do marco dogmático constitucional da Separação dos Poderes e das lições da ciência política sobre poder de agenda e processo decisório orçamentário do presidencialismo brasileiro, o objetivo do presente trabalho é verificar se o Executivo federal utilizou as emendas parlamentares impositivas individuais, previstas no art. 166 da Constituição, como meio juridicamente indevido para angariar

apoio político junto ao Congresso Nacional no triênio 2017-2019.¹ A análise se focará nas emendas individuais em razão do limitado espaço disponível para este artigo e do fato de que os dados envolvendo as emendas de bancada ainda são reduzidos, pelo pouco tempo passado desde sua vigência.

Para tanto, partir-se-á de duas hipóteses, paralelas e inter-relacionadas. Na primeira seção, será apresentada a estruturação do poder de agenda em matéria orçamentária no Brasil e, então, verificado se as emendas parlamentares impositivas acabaram mitigando este mesmo poder de agenda, a partir de um desenvolvimento metodológico de natureza qualitativa. Na seção seguinte, o escopo será constatar, a partir de dados numéricos de execução orçamentária e financeira, se as emendas impositivas parlamentares estão sendo utilizadas indevidamente, de forma manifestamente antijurídica e/ou política, ou se estão a ser manejadas de acordo os requisitos constitucionais. Ressalte-se que os requisitos de avaliação terão de ser indicados previamente, a fim de que a medição, substancialmente quantitativa, seja respaldada em critérios suficientemente definidos.

2 | PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO, PODER DE AGENDA E ORÇAMENTO: OS IMPACTOS INSTITUCIONAIS DAS EMENDAS PARLAMENTARES IMPOSITIVAS

A compreensão das dinâmicas governantes do processo orçamentário brasileiro não é tarefa simples. As normas sobre matéria orçamentária encontram-se dispostas principalmente nos âmbitos constitucional e legal. Ocorre que a simples leitura dos dispositivos normativos, por mais analítica e cuidadosa que seja, talvez permita que se apreenda apenas uma parte do contexto institucional que envolve o sistema orçamentário presente no país.

Há diferentes teorizações que buscam explicar a maneira pela qual funcionaria o sistema governamental brasileiro desde a promulgação da Constituição da República em 1988, tendo em vista sobretudo como os governos buscariam conjugar a obediência às normas vigentes, a gestão com capacidade decisória e a estabilidade institucional.^{2,3}

1 A escolha do triênio 2017-2019 como objeto da pesquisa empírica explica-se pelos limites espaço-temporais do estudo que ora se projeta. Com efeito, as emendas parlamentares impositivas já haviam sido previstas pela EC n.º 86, de modo que, em tese, o exercício de 2016 poderia ser, também, objeto de avaliação. Todavia, em referido ano houvera o impedimento da Presidente Dilma Rousseff e a posse de Michel Temer. Em razão dessa circunstância, que impede uma análise uniforme de dois Chefes de Poder diferentes em um mesmo ano, limitou-se o triênio 2017-2019 para estudo. Observa-se que o ano de 2019 teve a respectiva Lei Orçamentária aprovada ainda sob o governo Temer, isto é, em 2018. Deixou-se de analisar o ano de 2020, visto que, em razão da pandemia de Covid-19, o país precisou editar o “Orçamento de Guerra”, cujas relações com o tema desse artigo poderiam exigir uma pesquisa própria e apartada, em razão das especificidades e complexidades existentes.

2 Conforme outros estudos de natureza descritiva já apresentaram, há três principais eixos teóricos que explanam as relações existentes no Presidencialismo brasileiro. (BITTENCOURT, 2012, p. 13 et seq.). De forma sintética, uma primeira abordagem enxerga o Executivo como a instância que possuiria um poder de agenda preponderante que efetivamente subordinaria o Legislativo às políticas do Presidente da República. Tal capacidade decisória sobressalente seria decorrente das regras institucionais que permitiriam ao Executivo a capacidade para passar determinadas propostas e bloquear outras que lhe contrariassem. (MONTERO, 2009; PALERMO, 2000)

3 Uma outra abordagem, a seu turno, considera que existiria uma preponderância decisória do Executivo diretamente decorrente da “transação de interesses” existentes entre os Poderes. O apoio do Legislativo ao Presidente da República

Segundo as teorizações de Figueiredo e Limongi – adotadas no presente trabalho – não haveria elementos certos e conclusivos aptos a demonstrar que o apoio do Legislativo à agenda presidencial seria decorrente meramente da transação de interesses e da liberação de verbas orçamentárias: concluir-se que haveria uma constante barganha entre os Poderes exigiria partir-se do pressuposto de que parlamentares e Presidente possuiriam agendas próprias e necessariamente divergentes implementadas a custas de outra, considerando suas origens eleitorais distintas. Em sentido distinto a isso, Figueiredo e Limongi defendem que os principais programas propostos e executados por ambos os Poderes são idênticos. (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2008, p. 151) Ao contrário do que Tsebellis afirma,⁴ o que nenhuma das correntes teóricas do Presidencialismo de Coalizão refuta é a capacidade, desenhada constitucionalmente, de o chefe do Executivo poder formular políticas de diversas áreas. Na vertente de Figueiredo e Limongi, essa capacidade é apontada como verdadeiro domínio da agenda, ou seja, a forte predominância, na pauta legislativa, das matérias e decisões de iniciativa e interesse do Executivo. (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998, p. 103)⁵

Sob o ponto de vista do processo decisório, o chefe do Executivo Federal – e isso desde o primeiro mandato democraticamente eleito sob a égide da atual Constituição – detém considerável poder não por usurpar o espaço do Poder Legislativo, mas porque a Constituição assim estabeleceu (LIMONGI, 2006, p. 25): o Presidente possui a prerrogativa exclusiva de propor legislação em muitas áreas, incluindo o orçamento.

Desse modo, o processo decisório presente na Lei Fundamental favorece o Executivo, o qual, contando com esse arranjo institucional, escolhido pelo constituinte originário, é capaz de estruturar e preservar sua base de apoio legislativa. Disso decorre que o Executivo governa suportado por uma delegação da maioria. (LIMONGI, 2006, p. 27-28) Em outras palavras, o Executivo controla a produção legislativa em setores fundamentais, tal qual o orçamento, e esse controle resulta da interação entre o poder de agenda⁶ e o apoio da maioria parlamentar reunida por coalização partidária, a qual obedece ao princípio partidário definido em Regimentos das Casas legislativas (i.e. centralização do controle do partido e definição das pautas por meio dos líderes partidários).⁷ (LIMONGI; FIGUEIREDO,

teria origem numa série de concessões dadas por este para o maior número possível de parlamentares, considerando que o “índice do voto” nas eleições seria extremamente pessoalista (e pouco ideológico-partidário), o que faria o ocupante de cargo legislativo buscar bens de interesse político individual. (LEMOS; RICCI, 2011; AMES; PEREIRA; RENNÓ, 2011)

4 Tsebellis entende que existe uma diferença elementar e inafastável entre os sistemas Parlamentarista e Presidencialista. No primeiro, o governo controlaria a agenda e o Legislativo aceitaria, ou não, as propostas. No segundo, as propostas seriam formuladas pelo Legislativo, e sancionadas, ou vetadas, pelo Executivo. (TSEBELIS, 1997)

5 Com isso, os projetos de lei e as emendas introduzidos pelos congressistas individuais ou pelas minorias não costumam alcançar o plenário das Casas, e o máximo que podem fazer, em geral, é votar “sim” ou “não” para uma agenda pré-determinada.

6 Esse “poder de agenda” é entendido como a capacidade de determinar quais propostas serão objeto de apreciação do Congresso e quando o serão: quanto maior o poder de agenda, maior é a possibilidade de o Executivo influir nos trabalhos legislativos e, por conseguinte, diminuir os efeitos decorrentes da separação dos poderes ao induzir congressistas à cooperação. (LIMONGI, FIGUEIREDO, 1998, p. 86)

7 Sem embargo dos discursos que procuram asseverar (i) as incapacidades dos partidos em direcionar as preferências do eleitorado e (ii) os desejos individualistas parlamentares fomentados pelo desenho eleitoral brasileiro, o que predomi-

1998, p. 85)

Significa dizer que, na análise do jogo institucional, o Presidente se move em primeiro lugar. É capaz de, não apenas sob o viés pragmático, mas também constitucional, apresentar suas propostas antecipando a reação dos demais.⁸ (LIMONGI, 2006, p. 34) Pode optar pela melhor proposta para si dentre aquelas do conjunto que a maioria parlamentar aceitará. Esse ganho é resultado direto do poder de agenda combinado com a antecipação das reações.⁹

Por fim, Figueiredo e Limongi compreendem também que o Presidencialismo de Coalizão se amoldaria numa perspectiva transversal, em que os mesmos agrupamentos políticos acabam ocupando posições tanto no Executivo quanto no Legislativo, de modo que a agenda do Executivo resulta de barganhas concretizadas **previamente** por esses mesmos grupos no interior do Executivo – os quais a propõem, posteriormente, nos parlamentos.¹⁰ (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2008, p. 152)

Essa leitura sobre o ambiente institucional do sistema de governo, quando aplicada ao processo orçamentário, conclui que não é possível estabelecer uma relação diretamente causal entre as emendas orçamentárias dos parlamentares e apoio no Congresso – como se fossem uma simples moeda de troca entre os Poderes –, sobretudo se considerado que referidas emendas consistem numa pequena parcela do jogo orçamentário, mesmo que vertentes da literatura e da mídia vislumbrem-na como ponto principal das relações institucionais envolvendo o orçamento. (LIMONGI; FIGUEIREDO, 2005, p. 741-742)

Analisando-se as normas orçamentárias relacionadas ao objeto desse trabalho, observa-se que a Constituição da República, em seu art. 84, inciso III, c/c seu art. 61, § 1º, inciso II, alínea “b”, dispõe que a iniciativa em matéria orçamentária é privativa do Poder Executivo, o qual deve, por sua vez, encaminhar o projeto da lei orçamentária para deliberação do Legislativo, no comando do art. 166, § 6º. Após aprovação da lei, caberá também ao Executivo a execução orçamentária.

Esse desenho acarreta, em tese, a diminuta capacidade de parlamentares

na no território congressual nacional examinado é a atribuição e a delegação dada aos líderes partidários pelo desenho institucional – criado pelos Regimentos parlamentares – para que estes se posicionem em representação direta de seus partidos, focalizando em seu bojo o processo decisório, ao possibilitar aos nomes que enfeixam tão fortes poderes a representação de toda uma bancada. (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998, p. 91)

8 Nesse sentido, tem-se o sentido atribuível ao chamado “governo de coalizão” no Brasil, numa construção politicamente determinada a partir da própria Constituição, a qual faculta ao Chefe do Executivo uma posição antecipadamente estratégica de negociação para aprovação de grande parte de sua agenda.

9 Em outras palavras, boa parte do tempo da agenda e de suas ações respectivas são definidos e calculados pelo próprio Presidente. Existindo, todavia, propostas contraditórias, nessa linha de pensamento, não haveria ganhos potenciais em uma possível barganha ou negociação, visto que o Presidente frustraria as pretensões da maioria e o *status quo* legislativo/político se sobressairia: “somente nesse caso, a agenda do presidente se torna uma não-agenda”. (LIMONGI, 2006, p. 35)

10 Nesse sentido, o Presidente atribuiria, a determinado(s) núcleo(s) político(s), (i) bônus imediatos (i.e. ganhos diretamente resultantes dos cargos), (ii) ônus (i.e. responsabilidades políticas e dever de defender a agenda nas Casas legislativas) e (iii) bônus indiretos (decorrentes da formulação e da execução das políticas nas áreas ocupadas por membros da coalizão). Os agentes das barganhas consistem nos diferentes representantes de cada partido nos principais Ministérios (i.e. aqueles que originam maiores despesas, como saúde e educação), os quais negociam no interior do Governo a fim de conseguir maior prioridade nas suas políticas, sobretudo perante os ministros que controlam as pastas de finanças (orçamento, planejamento, gestão, fazenda e economia). (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2008, p. 153)

individuais influenciarem a lei orçamentária a ser aprovada, na medida em que, conforme indicado antes, o processo decisório no Brasil segue a lógica do princípio partidário, no qual os congressistas são substancialmente disciplinados, necessitando atuar e votar de acordo com seu lugar na coalizão (base ou oposição). E, no caso da base, cooperar com o detentor da agenda (Executivo) – o qual é capaz de, por causa das normas do processo orçamentário, prever com alguma precisão as aspirações e os movimentos dos parlamentares – significa compartilhar com ele o rol de políticas a serem decididas. Por conseguinte, em face do desenho institucional, tendo o Executivo o poder de (i) começar o ciclo orçamentário, de (ii) controlar maior parte de sua execução e de (iii) punir congressistas infieis (potencialmente minoritários, em razão do papel central das lideranças) – retirando-lhes benefícios políticos (e. g. apoio, influência e cargos) –, fica visível que, para a coalizão, o caminho mais frutífero é cooperar com a agenda presidencial.

Ocorre que a utilização dos mecanismos das coalizões, sobretudo quando se fala da previsão e execução de emendas parlamentares, acabou despertando, no Congresso, maiores discussões acerca da natureza do orçamento público brasileiro e das relações institucionais entre os Poderes. Esse contexto culminou na promulgação das Emendas Constitucionais n.º 86/2015 e n.º 100/2019, respectivamente conhecidas como emendas parlamentares “individuais” e “de bancada”. Ambas preveem que parcela da execução das rubricas acrescentadas pelos parlamentares à proposta orçamentária inicial do Executivo seja obrigatoriamente executada. (SANTOS; GASPARINI, 2020, p. 340)

O advento de referidas modificações constitucionais introduziu novas normas reguladoras do processo orçamentário brasileiro. Então, questiona-se: essas alterações significaram, de algum modo ou grau, mudanças no poder de agenda em orçamento e nas relações institucionais existentes, a partir das definições e critérios apresentados até aqui? Para responder a essa pergunta, é necessário verificar, em linhas gerais, os dispositivos introduzidos pelas ECs que tratam dos parâmetros e limites a serem observados pelo Executivo na matéria, e antes inexistentes.

Em âmbito constitucional, o escopo da EC n.º 86/2015 e da EC n.º 100/2019 foi o de modificar o sistema de execução orçamentária, a fim de tornar obrigatória, impositiva (e, portanto, não meramente autorizativa), a realização de emendas individuais estabelecidas pelos parlamentares. (DINIZ, 2016, p. 32) Vincula o Executivo na matéria, primeiramente, o limite percentual estabelecido no § 9º (1,2%) e no § 11 do art. 166 da Constituição. O primeiro dispositivo objetivou impedir um descontrole no aumento das programações aprovadas por emendas individuais inseridas no rol de execução obrigatória. Mas, ao mesmo tempo, essa regra implicou renúncia de prerrogativa política, uma vez que inibiu que parlamentares propusessem alterações estruturantes de grande repercussão financeira na ordem orçamentária. (SANTOS; GASPARINI, 2020, p. 364) O segundo dispositivo impõe a obrigatoriedade de execução orçamentária e financeira das programações das emendas individuais, “em montante correspondente a 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da

receita corrente líquida (RCL) realizada no exercício anterior, conforme os critérios para a execução equitativa da programação definidos na lei complementar prevista no § 9º do art. 165”. A citada alteração teve o objetivo de proporcionar juridicamente uma maior eficácia a uma parcela do orçamento público do país, tornando-o proporcionalmente mais rígido. (SANTOS; GASPARINI, 2020, p. 377)

Já a Emenda Constitucional n.º 100/2019 acrescentou ao ciclo orçamentário as chamadas emendas parlamentares de bancada (em até 1% da RCL realizada do ano anterior, distintas, portanto, das emendas individuais previstas pela alteração da EC n.º 86/2015). Observa-se que esta EC n.º 100/2019 também incluiu o § 13 do art. 166 da CF, que prevê que as emendas parlamentares impositivas não serão de execução obrigatória quando presentes “impedimentos de ordem técnica”. Entretanto, o Congresso deixou de balizar suficientemente a matéria, vez que não definiu os pressupostos e fundamentos de referidos impedimentos, permitindo, destarte, que o Executivo deixe de cumprir a execução obrigatória por razões que ele mesmo entenda como impeditivas – fator que aumenta, nesse ponto, seu campo de discricionariedade.¹¹ (SANTOS; GASPARINI, 2020, p. 366) Outrossim, o § 18 do art. 166, introduzido pela EC n.º 100, dispõe que, no caso de “contingenciamento”,¹² o percentual definido para as emendas parlamentares poderá sofrer uma redução em até a mesma proporção dos limites incidentes sobre o conjunto das despesas discricionárias. Da análise da norma, tanto se verifica que a obrigatoriedade da execução das emendas parlamentares impositivas não deve ser mantida sob qualquer condição, quanto se observa que o Congresso também não definiu critérios para tais “contingenciamentos”¹³ (com exceção da proporcionalidade), determinando ao Executivo a atribuição para decidir sobre eventuais bloqueios sem precisar levar esta questão à apreciação do Legislativo. (SANTOS; GASPARINI, 2020, p. 367-368)

Além disso, destaca-se que a EC n.º 100/2019 estipulou que os restos a pagar provenientes das programações orçamentárias das emendas parlamentares impositivas poderão ser considerados para fins de cumprimento da execução financeira até o limite de 0,6% da RCL realizada no exercício anterior para as programações das emendas individuais, e até o limite de 0,5% para as programações das emendas de iniciativa de

11 Segundo os autores, “os impedimentos de ordem técnica permitem afastar a obrigatoriedade de execução das emendas individuais em situações como: falta de razoabilidade do valor proposto, incompatibilidade do valor proposto com o cronograma de execução do projeto ou proposta de valor que impeça a conclusão de uma etapa útil do projeto; falta de apresentação de proposta ou plano de trabalho ou apresentação fora dos prazos previstos; não realização de complementação ou ajustes solicitados em proposta ou plano de trabalho; bem como realização de complementação ou ajustes fora dos prazos previstos, entre outras”. (SANTOS; GASPARINI, 2020, p. 366) Uma efetiva e minuciosa regulamentação desses impeditivos pode ter tanta importância para a efetividade do orçamento impositivo quanto as disposições legais e constitucionais, na medida em que imporia barreiras claras e limites previamente definidos à execução orçamentária e financeira das emendas parlamentares impositivas. (PEDERIVA; PEDERIVA, 2015)

12 Visto que tal expressão não se encontra em qualquer dispositivo legal anterior, presume-se que tal “contingenciamento” se trata de reestimativa da receita e da despesa que resulte no não cumprimento da meta de resultado fiscal estabelecida na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

13 Registre-se que não definiu porque essa expressão, de fato, nunca existiu na legislação. A primeira vez que ela aparece é na própria Emenda Constitucional. É verdade que a Lei de Responsabilidade Fiscal tem critérios bem definidos no seu art. 9o. para a “limitação da movimentação e empenho”, mas a palavra “contingenciamento” nunca constou de nenhum documento legal ou regulamentar.

bancada.¹⁴

Analisando-se as alterações trazidas pela obrigatoriedade de execução de parcela das emendas parlamentares, pode-se afirmar que referidas modificações impactaram uma fração do quadro institucional brasileiro, na medida em que garantiram uma maior prerrogativa ao Congresso no ciclo orçamentário, importante elemento da agenda de qualquer governo: por meio dos dispositivos que obrigam o Executivo a executar parcela das emendas oriundas do Legislativo, a ampla discricionariedade do Executivo na execução de rubricas parlamentares foi atenuada, ainda que essa atenuação tenha sido em grau bastante limitado.

Acerca desta limitação, Greggianin e Silva (GREGGIANIN; SILVA, 2015, p. 32-34) argumentam que as alterações constitucionais desencadeadas pelo Congresso revelam que este possui uma visão míope em relação à sua própria participação no ciclo orçamentário, uma vez que tornar obrigatória a execução de parte das emendas parlamentares seria focar em micropolíticas (“micro” tanto no aspecto quantitativo quanto no qualitativo, referente aos âmbitos locais da Federação), abstendo-se de adentrar com ênfase na discussão de macropolíticas e na definição de políticas públicas estruturantes – como se sua função no orçamento fosse majoritariamente procedimental (i.e. mera aprovação do orçamento proposto pelo Executivo).¹⁵

Soma-se a isso o fato de que nem mesmo as emendas parlamentares impositivas tornaram-se um ato integralmente vinculado para o Presidente, na medida em que também **permaneceu como discricionário o tempo de empenho e pagamento dessas verbas orçamentárias**, desde que respeitado o período do exercício financeiro respectivo: o Executivo continua, pois, se movendo em primeiro lugar no quadro orçamentário de execução das emendas parlamentares. Essa observação é determinante na avaliação do poder de agenda do Executivo em matéria orçamentária, vez que, conforme visto acima, este poder é definido como quais propostas serão apreciadas e quando o serão.

Em que pesem essas considerações – que corroboram o entendimento de que as Emendas Constitucionais não alteraram a estrutura do processo orçamentário (SANTOS; GASPARINI, 2020, p. 341) – as alterações ora discutidas de fato diminuiriam a possibilidade de influência do Executivo no tocante às emendas parlamentares, na medida em que ele não pode obstar que as emendas impositivas sejam deliberadas e encaminhadas às execuções orçamentária e financeira – ressalvadas, nesse último caso, as hipóteses (i) de impeditivos técnicos/“contingenciamentos” (as quais se situam na guarida normativa do Presidente) e (ii) de não atendimento, pelo parlamentar beneficiário, das exigências legais

¹⁴ Todavia, referido limite de uso dos restos a pagar pode comprometer a própria meta de execução financeira de 1,2% da RCL e a eficácia das normas do orçamento impositivo. (GREGGIANIN; SILVA 2015, p. 20-22)

¹⁵ Além disso, os autores comentam que os deveres de executar a LOA e de justificar impedimentos poderiam ser inferidos do próprio sistema jurídico vigente; porém, quando o Congresso especifica que a obrigatoriedade deve incidir sobre parcela das emendas parlamentares, acaba na verdade restringindo o orçamento impositivo, como se o que não estivesse claramente definido como obrigatório na Constituição fosse apenas autorizativo, permitindo ao Executivo possuir maior liberdade sobre o orçamento não destinado às emendas.

para se receber uma transferência dessa espécie, como regularidade fiscal, adequação de projetos, etc.¹⁶

Dessa forma, a imposição de um percentual das emendas parlamentares veio a mitigar, ainda que limitadamente, o poder de agenda do Executivo, o qual necessita, por comando constitucional, executar rubricas de parlamentares que não fazem parte do grupo político que compõe sua coalizão transversal e/ou de parlamentares infíeis, conforme explicado anteriormente.¹⁷ Em suma, a Presidência **precisa** apreciar e executar parte das emendas: isso não está mais em seu rol de ampla discricionariedade. Na medição do poder de agenda, conforme adiantado acima, a capacidade de definir o que será apreciado, e quando o será, é elemento determinante. Assim, o Congresso ao menos transpareceu que determinado percentual de suas emendas orçamentárias terá de ser apreciado no processo decisório.

No poder de agenda presidencial, a resultante das alterações equivale a, então, uma perda de ordem micropolítica, em decorrência do pequeno peso que as emendas impositivas significam em todo o ciclo orçamentário, cujo papel preponderante permanece no Executivo, visto que este inicia e propõe a grande maior parte do orçamento e o executa.

Todavia, seguindo-se o desenvolvimento proposto por Figueredo e Limongi, essa relativa perda de poder de agenda orçamentária não afetou o mecanismo geral de formação de coalizões. Conforme visto nas páginas anteriores, a leitura do ambiente institucional brasileiro não enxerga uma relação causal entre emendas parlamentares e apoio no Congresso. E, se a conclusão de que as alterações constitucionais não significaram modificações estruturantes for a premissa lógica desse raciocínio, então não há razão pela qual se concluir ter havido transformação na estabilidade do governo ou modificação do *modus operandi* das relações entre Executivo e Legislativo, considerando-se ainda os mecanismos de cooperação que o Presidente possui em relação ao Congresso (delineados *supra*).

Essa conclusão, porém, é de natureza lógico-formal, desenvolvida com base no

16 Em síntese, essas condições de transferência consistem nos impeditivos técnicos, nos “contingenciamentos” e na exigência imposta aos parlamentares de identificar (i) a entidade beneficiária que receberá os recursos, (ii) as metas que essa entidade deverá cumprir e (iii) a compatibilidade do objeto da emenda com o valor da verba fixada. Atualmente, regulamentam referidas exigências as regras de transferência de recursos pela União, que são encabeçadas pelo Decreto n.º 6.170/2007. Ademais, toda LDO estabelece restrições e condições diversas vigentes no exercício a que se refere (em função do art. 4º, inc. I, alínea “f”, da Lei de Responsabilidade Fiscal). Registre-se, por fim, que o sistema orçamentário e financeiro brasileiro também possui exigências específicas para transferência em setores especiais, como o SUS. (PONTUAL, s.d.)

17 Todavia, referida situação precisa ser compreendida conjuntamente à circunstância de que a Constituição, ao dispor diversas limitações para a propositura de emendas parlamentares, continua impondo que as intenções do Congresso se coadunem com as ações oriundas do Executivo no que se refere ao orçamento, pois devem se fundamentar no Plano Plurianual e na LDO, bem como observar o equilíbrio fiscal, não podendo criar despesas. Sopesados os cenários existentes antes e depois das alterações, percebe-se que a agenda orçamentária permanece sob os auspícios da Presidência e de sua coalizão, ainda que estes tenham perdido uma pequena parcela do controle. Considerado o aspecto legal das previsões orçamentárias, almeja-se que o que é previsto seja cumprido até o término de determinado exercício financeiro. Nessa medida, a própria Constituição, em seu art. 166, § 3º, inciso I, determina que as emendas individuais de iniciativa dos parlamentares do Congresso Nacional só poderão ser aprovadas se conformes ao plano plurianual e à lei de diretrizes orçamentárias. (SANTOS; GASPARINI, 2020, p. 352)

pensamento de Figueredo e Limongi. O próximo passo é examinar a segunda hipótese, relacionada com a primeira hipótese dessa seção, de que não haveria o claro uso político indevido/antijurídico das emendas parlamentares. Com efeito, se for possível verificar que o Presidente buscou manejar a execução de referidas verbas a partir de práticas juridicamente indevidas, de modo a, possivelmente, manter sua esfera de influência, então as teses de Figueiredo e Limongi podem ser parcialmente contestadas, pois as emendas parlamentares representariam um real impacto na governabilidade do Presidente.

3 | A OFICINA DA PRÁXIS BRASILEIRA: A JURIDICIDADE DA EXECUÇÃO DAS EMENDAS INDIVIDUAIS IMPOSITIVAS

Conforme visto acima, parte da literatura que estuda as emendas parlamentares acredita que elas consistiriam em uma forma de negociação política, em que o Legislativo trocaria o apoio à governabilidade do Executivo por verbas que garantiriam aos congressistas um mais satisfatório desempenho eleitoral em âmbito local. Tais verbas, ademais, seriam destinadas e executadas em maior montante aos membros do Legislativo mais fiéis ao Presidente da República, o que se configuraria numa prática de duvidosa juridicidade. (LIMA; VIANA, 2016; BERTHOLINI; PEREIRA, 2017)¹⁸

Em face dessas considerações, formula-se o segundo problema a ser tratado no presente artigo: verificar se a execução das emendas impositivas individuais recém-criadas é utilizada de forma a frontalmente violar a ordem jurídica que regula essa matéria, ou se a prática observada, no âmbito das relações institucionais entre os Poderes, cumpre os requisitos constitucionais e legais atualmente vigentes – conforme a segunda hipótese apresentada nesse trabalho. Para tanto, nos parágrafos seguintes serão apresentados os critérios específicos para a análise da hipótese, decorrentes das alterações normativas que introduziram as emendas parlamentares impositivas.

Partindo-se do princípio estruturante da juridicidade administrativa (ROCHA, 1994, p. 81 et seq.), o qual determina que a atuação do Poder Público deva ser sustentado em parâmetros jurídicos conjunta e sistematicamente considerados, o uso antijurídico das emendas parlamentares impositivas é observado se sua execução, em tese, (a) infringe o comando programático de equidade e o percentual de execução definido como obrigatório, previstos pela Constituição, e/ou (b) contraria normas legais e específicas sobre execução equitativa – diretamente interligadas e referentes ao desenho constitucional da questão – que se deveriam se situar em lei complementar (como as LDOs, ou acrescentadas na Lei n.º 4.320/64, que estatui normas

18 Poder-se-ia concluir, desse posicionamento, que o modo de operação do empenho e da liberação das verbas parlamentares dar-se-ia de forma afrontosa aos princípios constitucionais da Administração Pública, presentes no art. 37 da Constituição, na medida em que o Executivo recorrentemente constrangeria os parlamentares a votarem conforme a vontade do Planalto, violando a moralidade e a impessoalidade na Administração. Haveria também, com tais práticas, transgressão ao princípio da separação e da harmonia entre Poderes (artigo 2º da Constituição) e dos valores republicanos.

gerais de direito financeiro, ou então presente em diploma próprio e específico, o qual nunca existiu, conforme será visto a seguir).

Segundo já destacado na seção anterior, a agenda em matéria orçamentária pertence ao Executivo, com participação transversal do Legislativo. Ao Executivo cabe iniciar o processo orçamentário e, no âmbito das emendas parlamentares, a obrigatoriedade determinada pela Constituição se refere a execuções orçamentária (=de empenho) e financeira (=de pagamento) do percentual estipulado, de modo que serão incluídas na Lei Orçamentária Anual (LOA) mais emendas (1,2% das emendas individuais da RCL do Projeto de LOA) do que serão executadas (1,2% da RCL do ano anterior), ressalvadas as exceções nas quais a RCL prevista no PLOA seja menor do que a RCL do exercício anterior. (SANTOS; GASPARINI, 2020, p. 365) Todavia, reiterando-se o comentado anteriormente, as Emendas Constitucionais não determinaram detalhadamente o tempo no qual o Executivo deve realizar referidas execuções. Apenas impôs que observasse um quantitativo em determinado exercício: ao Executivo, também no regime das emendas parlamentares impositivas, cabe a gestão do tempo de execução.¹⁹ Já o § 19 do art. 166, definindo genericamente uma gramática normativa para a referida execução, considera que esta é equitativa quando observa “critérios objetivos e imparciais” e atende “de forma igualitária e impessoal às emendas apresentadas, independentemente da autoria”.

Observa-se, por conseguinte, o seguinte cenário. O Presidente está vinculado a um montante obrigatório destinado às emendas parlamentares (ressalvadas impossibilidades técnicas, mencionadas na Constituição, no mesmo art. 166). A Constituição também exige que a execução das referidas programações de caráter obrigatório não distinga entre quem as propôs, isto é, entre parlamentares individualmente considerados. Além disso, a Constituição definiu, no art. 165, § 9º, inciso III, que os critérios específicos para a execução equitativa estejam presentes em Lei Complementar.

Todavia, o atual regime vigente acaba ensejando muitas dúvidas sobre a concepção de execução equitativa e de isonomia no ciclo orçamentário. (LAHUD, 2016, p. 88) Numa tentativa de melhor delimitar essa questão, Santos e Gasparini comentam que a isonomia consistiria em taxas de execução semelhantes entre (i) aliados/membros do governo, (ii) oposição e (iii) congressistas menos influentes no jogo político. **Ainda assim, os autores pontuam que, sob a ótica normativa, nas Emendas Constitucionais promulgadas não foi inserida nenhuma regra ou parâmetro, ou “critérios objetivos e imparciais”.** (SANTOS; GASPARINI, 2020, p. 366) **O mesmo se deu nas Leis de Diretrizes Orçamentárias subsequentes – que poderiam prever, conforme a gramática constitucional, os**

¹⁹ Seguindo-se o marco teórico do presente trabalho, é possível até se afirmar que as emendas parlamentares impositivas puderam significar algum reconforto ao Executivo, o qual pode se debruçar sobre um regramento orçamentário e financeiro mais bem definido e racionalizado, inclusive com dispositivos jurídicos amplos que lhe permitem ainda considerável liberdade de atuação (e.g. as já citadas questões técnicas e de tempo de execução) diante das exigências para que uma emenda possa ser executada. (DINIZ, 2016, p. 32) Registre-se que esta não é necessariamente a opinião de Diniz, mas, antes, um encadeamento lógico que a EC pode ter causado, se seguidas as teorizações de Figueiredo e Limongi.

mencionados critérios específicos para a execução equitativa. Permitir ao Executivo a definição dos parâmetros acaba implicando, de fato, um enfraquecimento tanto da norma programática disposta na Constituição quanto do próprio Legislativo. (LAHUD, 2016, p. 39-40) **Assim, a partir dos parâmetros constitucionais e legais acima delineados, pode-se concluir que não há na atual ordem jurídica um regime que permita distinguir imediatamente e de forma exauriente uma execução equitativa e impessoal. A Constituição estabelece balizas genéricas, com baixa densidade normativa, e não há, até o momento, “normas legais sobre execução equitativa – diretamente interligadas e referentes ao desenho constitucional da questão”.** Assim, o segundo critério apresentado mostra-se, atualmente, aberto e lacônico para a medição da hipótese, embora seja perfeitamente possível que, no porvir, normas orçamentárias estipulem parâmetros mais concretos e extensos.

Desse modo, a tarefa de avaliar a juridicidade da execução das emendas acaba esbarrando em uma limitação de ordem linguística: execução “equitativa” (=“forma igualitária e impessoal”).

Ciente desse alerta, formula-se, então, o seguinte quadro hipotético, com fundamento nos critérios apresentados acima – que indicam as balizas jurídicas existentes atualmente:

H_0 : as emendas parlamentares impositivas não são utilizadas como claro modo de cooptação política e antijurídica do Congresso, pois sua execução não se mostra altamente dispersa.

H_1 : o Executivo executa as emendas parlamentares impositivas descumprindo a juridicidade exigida na matéria, com manifesto favorecimento a parte de congressistas, fugindo de tratamento equitativo.

Para a verificação desse quadro, propõe-se que a avaliação das execuções, no período proposto, parta de critérios estatísticos baseados nas taxas de execução das emendas impositivas de cada parlamentar, vez que esse método consiste no instrumento mais objetivo possível – pois, conforme visto, ainda não existe na ordem jurídica o “critério objetivo e imparcial” referido pela Constituição.

Significa dizer: a execução equitativa e impessoal será aquela que tenda a distribuir, a cada exercício considerado, montantes semelhantes para parlamentares, independentemente da base político-partidária que ocupem, das posições que assumam no Congresso, ou de qualquer outro aspecto não previsto. Todavia, sendo o critério jurídico – e não matemático –, eventuais dispersões e variabilidades nas execuções não significarão, apenas por si mesmas, uma utilização antijurídica das emendas. Pela base teórica adotada aqui, é de se esperar que a aplicação dessas emendas não disperse muito, pois elas não são, por hipótese, os principais instrumentos de barganha do Presidente. Por outro lado, se se partisse das teorias que defendem haver essa transação de interesses “Executivo-Legislativo”, seriam esperadas altas dispersões.

De um modo ou de outro, uma alta variação entre as execuções será indício de um

uso político e/ou indevido, mas não uma comprovação fatal. Isso porque uma execução desigual é condição necessária, mas não suficiente para a configuração do uso antijurídico, o qual ocorre quando há afronta à norma orçamentária. Se houver a incidência de fatores lícitos em uma não execução,²⁰ de modo a impactar a aferição da igualdade numérica de um conjunto de emendas analisadas, então poderá haver uma execução mais ou menos dispersa e, ainda assim, jurídica. Esse é um detalhe que a tradução de dados estatísticos para o universo jurídico não pode ignorar.

Em suma, tendo o critério do quadro hipotético uma natureza jurídica – baseada na previsão “execução equitativa” (=“forma igualitária e impessoal”) –, a interpretação dos dados quantitativos estará atrelada a um raciocínio indutivo, que partirá dos dados empíricos encontrados e que buscará observar os alertas elencados nos parágrafos acima.

A medição e o teste foram realizados partindo-se dos dados das emendas individuais impositivas presentes no “Painel Emendas” do portal “**SIGA Brasil Painéis**”.²¹ **Com esses dados, calculou-se o grau de execução, que representa o total executado da despesa das emendas de um parlamentar dividido pelo respectivo total autorizado.** Em outras palavras, o grau de execução indica em que medida a autorização de despesa na lei orçamentária é efetivamente materializada como despesa pública. Assim, o grau de execução variará entre 0 (execução nula – nenhuma parcela do gasto autorizado foi efetivamente transformada em despesa no exercício financeiro de referência ou em exercícios seguintes) e 1 (execução total – a totalidade da despesa foi materializada em gasto público).

Essa metodologia justifica-se pelo fato de que, não obstante uma despesa específica tenha sido prevista, ela só se realizará se o Executivo operar todas as providências necessárias para a efetivação do gasto. (BITTENCOURT, 2015, p. 36-37) Por sua vez, referido total executado, com base no regime orçamentário brasileiro, deve ser constatado a partir de duas facetas: valor executado (valor liquidado mais restos a pagar inscritos, registrado como “despesa executada” no portal SIGA)²² e valor pago (registrado como “despesa paga+RP Pago” no SIGA). “RP” significa “restos a pagar”, correspondendo à despesa empenhada e não paga até o fim do ano de referência, e, por isso mesmo, rolada para outro exercício financeiro.

De posse do grau de execução, buscou-se observar a questão pela perspectiva dos congressistas, individualmente considerados, visto que as emendas parlamentares individuais impositivas possuem como referencial principal cada um dos deputados federais

20 Já explanados na seção anterior.

21 Conforme informa o portal: “O SIGA Brasil é um sistema de informações sobre orçamento público federal, que permite acesso amplo e facilitado aos dados do Sistema Integrado de Administração Financeira-SIAFI e a outras bases de dados sobre planos e orçamentos públicos. Esse acesso pode ser realizado pelo SIGA Brasil Painéis e pelo SIGA Brasil Relatórios”. (BRASIL, s.d.)

22 Explica-se: todo ato efetivamente adotado pelo Poder Executivo para a execução da despesa, dentro do processo orçamentário, torna-se relevante para a análise, mesmo que não tenha havido a conclusão formal dos procedimentos de execução mediante a liquidação ou o pagamento. (BITTENCOURT, 2015, p. 37)

e senadores. Assim, levantou-se o grau de execução de cada parlamentar nos exercícios financeiros propostos (2017-2019), e, então, calculou-se a média simples, a mediana, o desvio padrão, o coeficiente de variação e o coeficiente de assimetria de Pearson desse conjunto de graus de execução. Esses resultados mostram-se úteis não apenas para a análise de uma dada execução de um dado ano, mas também para a comparação entre despesa executada e despesa paga+RP pago de um ou mais exercícios financeiros.

A média simples e a mediana medem a tendência central do conjunto de dados, enquanto o desvio-padrão representa o desvio típico dos dados em relação à média. O coeficiente de variação, calculado pela razão entre média simples e o desvio-padrão, mede a variabilidade dos graus de execução (i.e. quanto maior o coeficiente de variação, mais dispersa e desigual é a execução, em determinado ano, entre os parlamentares). O coeficiente de Pearson é um cálculo tradicional para se medir assimetrias, com base nos valores da média, mediana e desvio-padrão, cuja equação pode ser dada por $IAP = 3(\text{média-mediana})/\text{desvio-padrão}$. Por definição, se $IAP > 1$ ou $IAP < 1$, então o conjunto pode ser considerado significativamente assimétrico. (REIS; REIS, 2002, p. 36)

Todavia, antes, e apenas para se ter uma noção da ordem de grandeza com a qual se trabalhará, registram-se abaixo os valores totais das emendas autorizadas, empenhadas e pagas para todo o Congresso em cada ano estudado, assim como os valores médios do total de emendas por parlamentar e por ano:

	2017	2018	2019
Autorizado	9,098	8,773	9,143
Empenhado	7,155	8,462	8,540
Pago+RP Pago	5,585	6,150	5,17

TABELA 1 – Valores totais das emendas parlamentares obrigatórias, por ano, em bilhões de R\$.

Fonte: elaboração própria.

	2017	2018	2019
Autorizado	15,317	14,770	15,419
Empenhado	12,046	14,246	14,401
Pago+RP Pago	9,403	10,354	8,719

TABELA 2 – Valores médios do total de emendas por parlamentar e por ano, em milhões de R\$.

Fonte: elaboração própria.

Para a **despesa executada**, os resultados para cada ano alcançados foram o seguinte, com registro até a terceira casa decimal:

QUESITO	2017	2018	2019
Média	0,786	0,964	0,933
Mediana	0,802	0,985	0,971
Desvio-padrão	0,049	0,056	0,095
Coefficiente de variação	0,063	0,058	0,1
Coefficiente de Pearson	-0,971	-1,092	-1,176

TABELA 3 – Resultados estatísticos dos graus de execução dos parlamentares, por quesito e por ano

Fonte: elaboração própria.

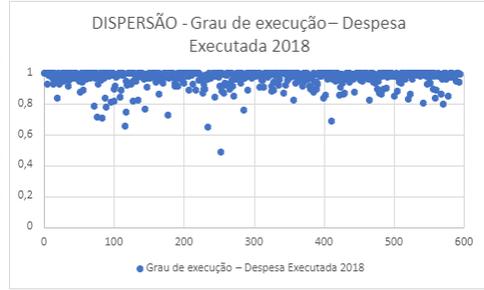
No decorrer do triênio, os dados indicam tanto um crescimento do grau de execução das despesas quanto um aumento da dispersão e da assimetria. De forma significativa, o Executivo aparenta estar a se comprometer mais com essa espécie de execução. De fato, os coeficientes de variação constatados indicam baixa variabilidade, o que permite a aceção de que, ao menos nesse parâmetro, não é possível se falar em evidente manejo desigual das emendas parlamentares. É verdade, por outro lado, que coeficiente de Pearson indica uma distribuição um pouco assimétrica para 2018 e 2019, mas é preciso notar que a grande maioria dos congressistas teve um grau de execução acima de 0,9, o que indica alta execução no geral.

Os histogramas e gráficos de dispersão de cada ano corroboram essa interpretação, pois é perceptível que a grande maior parte dos graus de execução se concentra em faixas contíguas, o que de fato era esperado numa execução de tendência igualitária, isto é, que a maioria dos parlamentares tivesse suas execuções em graus semelhantes ou aproximados:



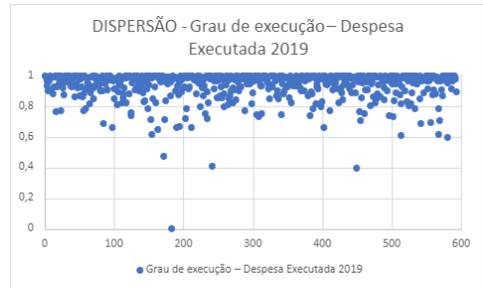
FIGURAS 1 e 2 – Frequência de parlamentares por faixa de grau de execução de “despesa executada” em 2017 e Dispersão do grau de execução, por parlamentar, de “despesa executada” em 2017.

Fonte: elaboração própria



FIGURAS 3 e 4 – Frequência de parlamentares por grau de execução de “despesa executada” em 2018 e Dispersão do grau de execução, por parlamentar, de “despesa executada” em 2018.

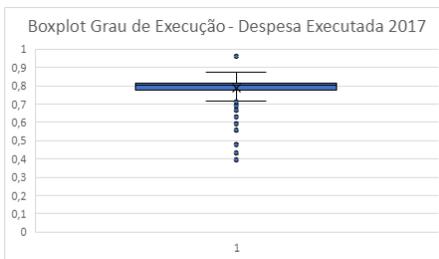
Fonte: elaboração própria



FIGURAS 5 e 6 – Frequência de parlamentares por grau de execução de “despesa executada” em 2019 e Dispersão do grau de execução, por parlamentar, de “despesa executada” em 2019.

Fonte: elaboração própria

Os *boxplots*²³ do triênio também indicam baixa variabilidade, e um pequeno número de parlamentares discrepantes (*outliers*):



FIGURAS 7 e 8 – *Boxplot* dos graus de execução de “despesa executada”, por parlamentar, em 2017 e 2018.

Fonte: elaboração própria

23 O *boxplot* é um gráfico útil para detectar valores discrepantes (*outliers*), isto é, muito diferentes do restante do conjunto de dados. A caixa representa a metade dos parlamentares que possuem graus de execução situados numericamente entre o primeiro quartil (25%) e o terceiro quartil (75%) da ordem crescente dos graus de execução dos parlamentares (assim, a caixa também inclui a mediana). Quanto maior a altura da caixa, maior será a variação do conjunto. Os pontos, abaixo ou acima da caixa, representam graus de execução muito distantes do intervalo de graus de execução situados na caixa, porquanto fora da linha traçada acima e abaixo dessa mesma caixa (linha que, por definição, é calculada pelo tamanho da altura multiplicado por 1,5). (REIS, REIS, 2002, p. 53)



FIGURA 9 – Boxplot dos graus de execução de “despesa executada”, por parlamentar, em 2019

Fonte: elaboração própria

Já, para a **despesa paga+restos a pagar (RP) pago**, os resultados para cada ano alcançados foram o seguinte, com registro até a terceira casa decimal:

QUESITO	2017	2018	2019
Média	0,613	0,701	0,565
Mediana	0,627	0,710	0,546
Desvio-padrão	0,119	0,134	0,165
Coefficiente de variação	0,194	0,192	0,293
Coefficiente de Pearson	-0,352	-0,213	0,344

TABELA 4 – Resultados estatísticos dos graus de execução dos parlamentares, por quesito e por ano.

Fonte: elaboração própria.

Para as despesas pagas+RP pago, nota-se, a partir dos resultados das médias e das medianas, uma sensível queda na quantidade de emendas efetivamente executadas em relação à categoria “despesa executada”. Também se percebe um significativo aumento do coeficiente de variação das execuções, chegando-se a um patamar de 0,293 para as emendas referentes a 2019. De forma imediata, é possível asseverar que as emendas terão uma menor chance de serem pagas igualmente. Nada obstante, observa-se também que o conjunto, nessa espécie de execução, não pode ser considerado assimétrico, a partir dos cálculos do coeficiente de Pearson. Vale dizer que, embora os dados estejam um tanto dispersos, a execução pelo Presidente não é feita de modo a claramente favorecer uma grande quantidade de parlamentares e ignorar uma outra parcela de vários congressistas. Observa-se que as medianas estão próximas às respectivas médias, o que denota que um relativo alto número de parlamentares possui grau de execução semelhante à média de referência.

Os histogramas e gráficos de dispersão elucidam esse ponto, ao demonstrarem uma

mais alta dispersão dos graus de execução simultânea a uma simetria maior do conjunto:



FIGURAS 10 e 11 – Frequência de parlamentares por grau de execução de “paga+RP pago” em 2017 e Dispersão do grau de execução, por parlamentar, de despesa “paga+RP pago” em 2017.

Fonte: elaboração própria.

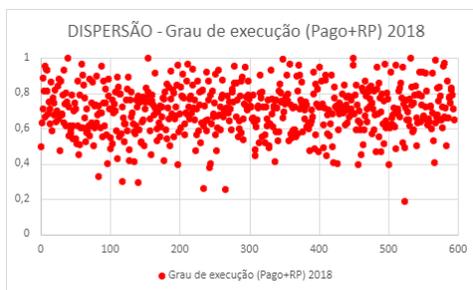
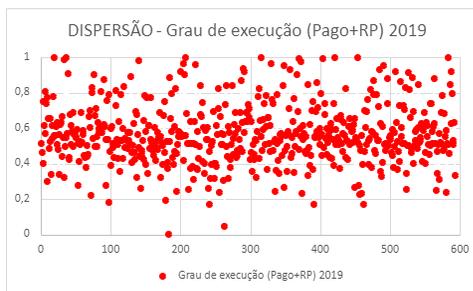


FIGURA 12 e 13 – Frequência de parlamentares por grau de execução de “paga+RP pago” em 2018 e Dispersão do grau de execução, por parlamentar, de despesa “paga+RP pago” em 2018.

Fonte: elaboração própria.

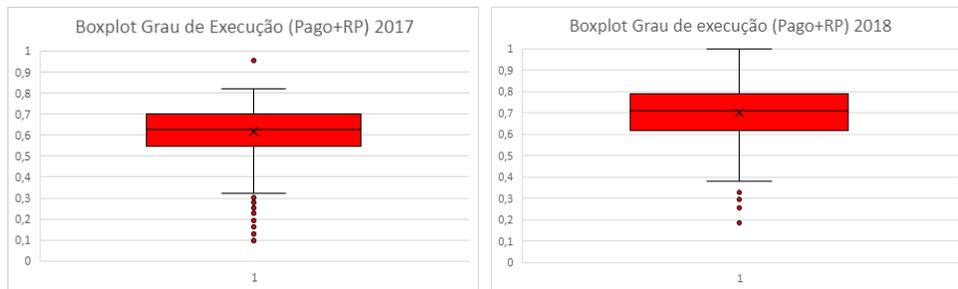


FIGURAS 14 e 15 – Frequência de parlamentares por grau de execução de “paga+RP pago” em 2019 e Dispersão do grau de execução, por parlamentar, de despesa “paga+RP pago” em 2019.

Fonte: elaboração própria.

Os *boxplots* da despesa paga+RP pago confirmam a maior variação, mas também demonstram que o número de parlamentares discrepantes (*outliers*) permanece reduzido, não chegando a 10 (a cada ano), total esse bastante baixo se comparado com (i) a soma do conjunto (quase 600 congressistas) e com (ii) um número possível e necessário para a

composição de uma base aliada ou de uma oposição:



FIGURAS 16 e 17 – *Boxplot* dos graus de execução de despesa “paga+RP pago”, por parlamentar, em 2017 e 2018.

Fonte: elaboração própria.

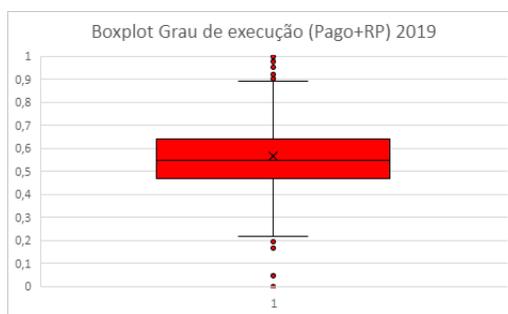


FIGURA 18 – *Boxplot* dos graus de execução de despesa “paga+RP pago”, por parlamentar, em 2019.

Fonte: elaboração própria.

O conjunto estatístico levantado permite trazer, então, as seguintes conclusões:

1. As emendas parlamentares são em alto e maior grau executadas no universo “despesa executada”, em que recebem, também, tratamento mais uniformizado por parte do Executivo, pois menor é a dispersão/variação desse conjunto. É possível inferir, com isso, (i) que a execução tem sido consideravelmente equitativa nesse universo, e (ii) que, também, o Executivo pode estar sendo induzido a cumprir o ditame constitucional de execução igualitária e impessoal nessa fase do ciclo orçamentário porque é justamente em relação à liquidação financeira que se dá o controle contábil formal do cumprimento da execução orçamentária (art. 35, inc. II, da Lei n.º 4.320/64²⁴): assim, o Executivo pode empenhar (quase) toda despesa autorizada e em quantitativo semelhante para cada parlamentar a fim de que não sofra nenhum questionamento formal acerca do modo como trata as emendas dos congressistas, sobretudo em matéria econômica ou política.

2. No universo de despesa “paga+restos a pagar pago” observa-se considerável

24 Lei n.º 4.320/64. Art. 35. Pertencem ao exercício financeiro:

[...]

II - as despesas nêle legalmente empenhadas.

variação da execução. Todavia, os resultados de dispersão e de assimetria do conjunto denotam que não existe um evidente manejo das emendas que (i) favoreça com altos graus de execução uma quantidade relevante de parlamentares (e.g. suficiente para formar uma base de apoio em votações) e, ao mesmo tempo, que (ii) relegue a graus ínfimos uma quantidade importante de congressistas. Adicione-se a isso a possibilidade de o Executivo não realizar o pagamento se não observadas determinadas condições juridicamente previstas, conforme mencionado em páginas anteriores.

Como nesse universo o controle contábil tem menos capacidade de evidenciar por si só o fenômeno jurídico da “execução”, poder-se-ia imaginar, seguindo-se sobretudo o marco teórico da “transação de interesses” – em que as emendas seriam determinante objeto de barganha política entre Executivo e Legislativo –, que a dispersão e a assimetria seriam tais que demonstrariam com evidência um tratamento privilegiado do Presidente para aqueles que o apoiariam e um tratamento de rejeição àqueles parlamentares opositores ou infieis. Nesse sentido, seriam esperados altos graus de execução para aproximadamente metade do Congresso (considerando o apoio necessário nas votações), e bem mais baixos graus de execução para a parcela restante. As barras dos histogramas estariam mais bem espaçadas entre si. Em vez disso, nesse conjunto as faixas de execução possuem um pico (=classe modal)²⁵ com barras vizinhas de altura semelhante.

Por conseguinte, a análise de dados não autoriza cravar que o Executivo, no triênio assinalado, utilizou as emendas parlamentares como moeda de troca política ou de modo estritamente antijurídico. Se a lógica ora desenvolvida estiver correta, então é possível afirmar que, sob a ótica estatística, uma execução inequitativa e antijurídica será vista quando houver uma alta dispersão do pagamento das emendas concomitante a uma distribuição assimétrica de execuções, em que se observe um favorecimento para relevante parcela do Congresso (aproximadamente metade, ou até mais) e uma falta de execução para outra parte significativa (a depender da soma de opositores a infieis eventuais).

E, assim sendo, os dados levantados corroboram, em parte, as lições de Figueiredo e Limongi, quando dizem que não haveria elementos certos e conclusivos aptos a demonstrar que o apoio do Legislativo à agenda presidencial seria decorrente meramente da liberação de verbas orçamentárias.

Todavia, sobre esse ponto cabe uma última observação, mas bastante relevante. Falou-se que os dados levantados corroboraram em parte o marco teórico adotado no presente trabalho – e não por completo –, pois é perfeitamente possível que novos estudos de ciência política (processo decisório), conjugados com os saberes de direito financeiro e constitucional, procedam a análises mais profundas e que cheguem a resultados esperados pela corrente teórica da “transação de interesses”. Na linha da doutrina que enxerga o uso das emendas como moeda de troca política e antijurídica, pode-se, por exemplo, pesquisar o tratamento que cada emenda de cada parlamentar, num intervalo de tempo delimitado,

²⁵ Isto é, a classe de grau de execução mais frequente num determinado ano de referência.

recebeu por parte do Presidente, questionando-se, então, se ela foi, ou não, paga em decorrência de apoios ou infidelidade/oposição do congressista em relação a determinada pauta oriunda do Executivo – ou se, por outro lado, deixou de ser paga por razões de impeditivos, contingenciamentos ou outras hipóteses juridicamente previstas. Isso porque, como a avaliação de uma “execução equitativa” passa por uma interpretação jurídica – e não meramente matemática –, defende-se aqui que a mera constatação de dispersão não basta, porquanto a desigualdade é condição necessária mas não suficiente para a confirmação de um manejo antijurídico. Além disso, analisar se determinados parlamentares, tidos como aliados fiéis do Planalto, possuíram – ou não – graus de execução maiores do que outros, infieis e opositores, a partir de comparações indutivas entre eles, também pode ser uma ferramenta útil para aferir os acertos (e erros) dos distintos marcos teóricos e quadros hipotéticos decorrentes. Adicionalmente, expandir a análise para outras parcelas do orçamento – relativas, por exemplo, a despesas discricionárias – permitiria averiguar se a negociação em relação às transferências de recursos públicos estabelecer-se-ia agora sobre recursos de outra origem que não aqueles relativos às emendas individuais.

4 | CONCLUSÃO

Quanto à primeira hipótese estudada, analisando-se as mudanças normativas trazidas pelas Emendas Constitucionais n.º 86/2015 e n.º 100/2019, concluiu-se que a execução impositiva de um percentual das emendas parlamentares veio a mitigar, ainda que limitadamente, o poder de agenda do Executivo. Todavia, no poder de agenda presidencial em matéria orçamentária, a resultante das alterações equivaliu a uma perda de ordem micropolítica, em decorrência do pequeno peso que as emendas impositivas significam em todo o ciclo orçamentário, não afetando, assim, o mecanismo geral de formação de coalizões.

Quanto à segunda hipótese, concluiu-se, a partir da análise de dados estatísticos de despesas executadas e pagas, que as emendas parlamentares impositivas não são utilizadas como claro modo de cooptação política e antijurídica do Congresso, pois sua execução não se mostra simultaneamente dispersa e assimétrica. É autorizado afirmar que, (i) não havendo parâmetros detalhados na ordem jurídica para medir uma “execução equitativa”, o Executivo possa querer empenhar todas as emendas possíveis, a fim de evitar questionamentos político-jurídicos na matéria; e, justamente por isso, que (ii) avaliações de toda ordem (e.g. científica, jurídica, econômica) necessitarão aferir a dispersão e a simetria das execuções das “despesas pagas+restos a pagar pago”, a fim de conferir se as emendas estão a receber tratamento equitativo; e, por fim, que (iii) análises individualizadas sobre emendas, parlamentares e pautas específicas relacionadas com o Executivo poderão trazer conclusões mais precisas quanto à existência de uso político e/ou antijurídico dessas mesmas emendas. O presente artigo possuiu pretensão apenas de trabalhar aspectos

gerais e limitados, estando longe de encerrar qualquer ponto acerca da questão.

Isso porque a análise sobre a juridicidade da execução das emendas precisa ser constantemente atualizada. De fato, se observado efetivo favorecimento político de parlamentares, poder-se-ia pensar, no âmbito jurídico, por exemplo, na invalidação dos atos do Executivo por infringência aos princípios da Administração Pública previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e até a responsabilização do Executivo por improbidade administrativa. E, no âmbito político, o eventual descumprimento comprovado de lei orçamentária poderia levar ao julgamento político do Presidente por crime de responsabilidade, conforme o art. 85 da Constituição Federal. Dado o recente e instável cenário institucional brasileiro (a partir de 2015), dar atenção à questão aparenta ser atividade de relevância.

Além disso, a constatação de que não existem parâmetros previamente definidos pelo Congresso de execução “equitativa”, tempo de execução, impeditivos técnicos e “contingenciamentos” – todos esses fatores importantes na análise – impõe que se reconheça que ao Legislativo recaem muitas lacunas que ele mesmo pode preencher. Se o Congresso impuser normativamente a observância de critérios concretos, “objetivos e imparciais” nesses pontos – em nova lei complementar específica, em LDOs ou mesmo na Lei n.º 4.320/64 (que estatui normas gerais de direito financeiro), cumprindo o art. 165, § 9º, inciso III, da Constituição –, poderá diminuir ainda mais o poder de agenda orçamentário do Presidente, evitando maiores riscos de manejo político indevido das emendas parlamentares, que muitos dizem ser evidente. É claro que isso não é tarefa simples, e exigiria considerável esforço dos agentes políticos atuantes em Brasília.

REFERÊNCIAS

AMES, Barry; PEREIRA, Carlos; RENNÓ, Lucio. Famintos por pork: uma análise da demanda e oferta por políticas localistas e suas implicações para a representação política. **Power & Zucco**, 2011.

BERTHOLINI, Frederico; PEREIRA, Carlos. Pagando o preço de governar: custos de gerência de coalizão no presidencialismo brasileiro. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 528-550, ago. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612154969>. Acesso em: 18 fev. 2021.

BITTENCOURT, Fernando M. R.. Relações executivo-legislativo no presidencialismo de coalizão: um quadro de referência para estudos de orçamento e controle. **Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado**, Brasília, n. 112, abr. 2012.

BITTENCOURT, Fernando M. R.. Execução orçamentária e presidencialismo de coalizão: uma abordagem exploratória. **E-Legis – Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados**, [S.l.], p. 33-50, dez. 2015. Disponível em: <http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/226>. Acesso em: 3 mar. 2021.

BRASIL. **SIGA Brasil**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>. Acesso em: 21 mar. 2021.

DINIZ, Vítor. **PEC do orçamento impositivo**: um sonho que virou realidade?. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. 2016. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-14032017-142110/pt-br.php>. Acesso em: 2 mar. 2021.

EMENDAS parlamentares: o que são e como funcionam? **Estado de Minas**. Belo Horizonte. 30 maio 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/05/30/interna_politica,1152215/emendas-parlamentares-o-que-sao-e-como-funcionam.shtml. Acesso em: 3 mar. 2021.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Política orçamentária e presidencialismo de coalizão**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2008.

GREGGIANIN, Eugênio; Silva, J. R. P. da. O orçamento impositivo das emendas individuais disposições da Emenda Constitucional n.º 86, de 2015, e da LDO 2015: o regime de execução do orçamento impositivo. **Revista Orçamento em Discussão**, Brasília, n. 16, 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/revistaorcamento/detalherevista?id=o-orcamentoimpositivo-das-emendas-individuais-disposicoes-da-emendaconstitucional-no-86-de-2015-e-da-ldo-2015>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

LAHUD, V. P. M. **Financiamento federal da saúde**: efeitos do orçamento impositivo. (Dissertação de Mestrado), Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de Brasília (UNB), Brasília, Distrito Federal, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/31135>>. Acesso em: 8 ago. 2020. p

LEMOS, Leany Barreiro de Sousa; RICCI, Paolo. Individualismo e partidarismo na lógica parlamentar: o antes e o depois das eleições. **Power & Zucco**, 2011.

LIMA, Eduardo Martins; VIANA, P. R. N. As relações entre o executivo e o legislativo na elaboração do orçamento brasileiro: considerações sobre a emenda constitucional 86/2015. **Revista de Direito Tributário e Financeiro**, v. 2, n. 2, p. 199-220, jul./dez., 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/direitotributario/article/view/1368/pdf>. Acesso em: 6 mar. 2020.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos Estudos – CEBRAP** [online]. 2006, n. 76. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n76/02.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Maria Cheibub. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. **Lua Nova**, v. 98, n. 44, p. 81-215, 1998.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Maria Cheibub. Processo orçamentário e comportamento Legislativo: emendas individuais, apoio ao Executivo e programas de governo. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 737-776, dez. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000400002>. Acesso em 23 fev. 2021. <https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000400002>.

MARTINS, Urá Lobato. Orçamento impositivo brasileiro: reflexão sobre os avanços e as limitações decorrentes da emenda constitucional n. 86/2015. **Revista de Direito Tributário e Financeiro**. v. 2, n. 2, Curitiba, 2016.

MONTERO, 2009. Montero, Mercedes Garcia. **Presidentes y parlamentos**: ¿quién controla la actividad legislativa en América Latina?. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2009.

PALERMO, Vicente. Como se governa o Brasil?: o debate sobre instituições políticas e gestão de governo. **Dados**, v. 43, n. 3, 2000. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2000

PASSARINHO, Nathalia; SHALDERS, André. Como nomeações e R\$ 1 bi em emendas devem ajudar Temer a enterrar segunda denúncia na Câmara. **BBC Brasil**. Londres e São Paulo. 25 out. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41741475>. Acesso em: 28 fev. 2021.

PEDERIVA, João Henrique; PEDERIVA, P. L. M. Execução de emendas parlamentares individuais ao orçamento: mudanças em 2014. *In: I Encontro nacional de ensino de ensino e pesquisa do campo de públicas*, Brasília, 2015. Anais. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/59266768-Execucaode-emendas-parlamentares-individuais-ao-orcamentomudancas- em-2014.html>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

PEREIRA, Carlos. **What Are the Conditions for the Presidential Success in the Legislative Arena?** The Brazilian Electoral Connection. Ph.D. Dissertation, the New School University, New York, 2000.

PEREIRA, Joelma. Denúncias contra Temer movimentaram R\$ 6,6 bilhões em emendas parlamentares. **Congresso em Foco**. Brasília. 30 out. 2017. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/denuncias-contra-temer-movimentaram-r-66-bilhoes-em-emendas-parlamentares/>. Acesso em: 28 fev. 2021.

PONTUAL, Helena Daltro. Emendas ao orçamento. **Agência Senado**. Brasília. s.d. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/emendas-ao-orcamento>. Acesso em: 10 ago. 2020.

REIS, Edna Afonso; REIS, Ilka Afonso. **Análise descritiva de dados**. Relatório Técnico do Departamento de Estatística da UFMG. Disponível em: <http://www.est.ufmg.br/portal/arquivos/rts/rte0202.pdf>. Acesso em 10 mar. 2021.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios da Administração Pública. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994.

SANTOS, Núbia Cristina Barbosa; GASPARINI, Carlos Eduardo. Orçamento impositivo e relação entre poderes no Brasil. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 31, p. 339-396, Jan. 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522020000100339&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 fev. 2021.

TSEBELIS, George. Processo decisório em sistemas políticos: veto players no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 12, n. 34, 1997. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_06.htm>. Acesso em: 19 jan. 2021.

CAPÍTULO 4

UMA LEITURA DECOLONIAL DO PERDÃO POLÍTICO

Data de aceite: 04/07/2022

Data de submissão: 07/06/2022

Daniel de Albuquerque Maranhão Ribeiro

Bacharel em Direito pela Universidade Federal
de Pernambuco
Recife/PE
<http://lattes.cnpq.br/9648409907328090>

RESUMO: O presente artigo investiga a possibilidade de ampliação do debate em torno do perdão. O perdão é entendido de uma nova maneira, em sentido político, não apenas na esfera individual. De modo político, age esse perdão socialmente acerca das identidades de pessoas, grupos, povos indígenas e comunidades tradicionais, que, através da decolonialidade, permite uma reparação histórica dos opressores contra essas populações.

PALAVRAS-CHAVE: Perdão; identidade; perdão político; decolonial.

A DECOLONIAL READING OF POLITICAL FORGIVENESS

ABSTRACT: This article investigates the possibility of broadening the debate around forgiveness. Forgiveness is understood in a new way, in a political sense, not only in the individual sphere. In a political way, this forgiveness acts socially about the identities of people, groups, indigenous peoples and traditional communities, which, through decoloniality, allows a historical reparation of the oppressors against these

populations.

KEYWORDS: Forgiveness; identity; political forgiveness; decolonial.

INTRODUÇÃO

O presente artigo é resultado de duas pesquisas acadêmicas que se dividiu em três partes ao longo dos dois projetos de pesquisa, o primeiro denominado “Quando o perdão pode curar” e o segundo “Uma leitura decolonial do perdão político”. Na primeira parte, uma reanálise do perdão e uma discussão sobre o que seria o perdão político, tema do meu primeiro projeto de pesquisa; na segunda parte o diálogo desse perdão político com elementos políticos, jurídicos e históricos; e, por último, e como proposta ou alternativa ou encaminhamento deste trabalho acadêmico, a defesa do perdão político decolonial como uma das saídas possíveis para novas formas de relações interpessoais e em busca de uma sociedade mais equilibrada, justa e saudável.

Logo, o objetivo do artigo, é contribuir para o diálogo e debate existentes sobre o perdão, ao analisá-lo como ferramenta política para diminuição do sofrimento psíquico, para incidência como ferramenta na seara política ou na esfera pública, para o Bem-Viver e harmonia social. No meu primeiro projeto de pesquisa intitulado “Quando o perdão pode curar”, analisei o perdão a partir das óticas de Hannah

Arendt, Paul Ricoeur e demais autores com sentido último de transformar o perdão em ferramenta política para mudança social. De modo que para este fim faz-se necessária uma ressignificação do passado sobre o que entendemos e sentimos por ser a denominada identidade.

Como resultado se observa que é necessário resistir à tradicional concepção determinística sobre a identidade e por meios como a comunicação restaurativa e um olhar psicanalítico sobre nós mesmos, podermos fazer do perdão uma ação de âmbito individual que se reverbera na sociedade envolvente. Para se pensar no perdão, temos que os afetos e como concebemos e nos relacionamos com o passado é de fundamental importância, pois é a forma de transpormos as barreiras sólidas da visão determinística e congeladora de nossos seres que nossa sociedade ocidental se baseia.

O perdão é exatamente uma maneira de deixarmos de sermos vítimas eternas de nossas ações passadas. Esse instrumento político de ressignificação da vida como um todo nos faculta a possibilidade de mudar nosso destino com consciência e respeito ao próximo em prol de melhores ações e atuações sociais. Se mudamos individualmente, também podemos mudar junto com os demais.

O ato de perdoar jamais pode ser previsto, é inesperado; liberta os dois pólos da comunicação - quem perdoa e quem é perdoada; não é qualquer reação, mas reação que age de novo, não presa ou condicionada à ação contrária primeva. Vivemos em uma sociedade extremamente violenta que manifesta em suas ações um grande exercício da punição como um constante mecanismo de controle social. A punição é um dos opostos do perdão. Essa discussão entre perdão e punição é por exemplo discorrida na obra de Arendt, Eichmann em Jerusalém.

Pensar o perdão por uma nova ótica mostra-se como fundamental ao lidar contra o autoritarismo, conservadorismo e ódio em evidência atualmente, já que esse ato complexo congrega em si uma potencialidade de transformação. Refletir acerca do perdão é adentrar em uma aventura que percorre os campos da filosofia, da psicanálise, psicologia, criminologia crítica, direito penal, decolonialidade.

O PERDÃO POLÍTICO

Aqui, não se trata de retirar a responsabilidade sobre o ocorrido, sobre aquilo que vivemos, mas de relativizar, reanalisar, recontar, ampliar para ser preciso, a compreensão de si mesmo. Ou seja, o perdão deve ser entendido como uma ruptura em nossa identidade que permite as nossas narrativas lidarem de modo criativo, nesse contexto, o perdão é de si mesmo. Ele só ocorre quando somos livres e deixamos de ser uma perspectiva unilateral de si mesmo para abrigarmos outras possibilidades de narramos a nós mesmos. E o desafio se fez transplantar essa atitude de perdoar para a seara política e de abordagem decolonial para contribuir na reparação histórica em nossa sociedade.

O perdão compreendido com um novo sentido, não mais ligado à religião, de ordem passiva ou um empreendimento lastreado por hierarquia, porém esse novo perdão como uma postura ativa do indivíduo perante o passado e alinhado com a dinâmica mutacional da vida. Para que possamos praticar o perdão precisamos rever o perdão como uma ação de âmbito individual inicial, mas que pode ser exercida no âmbito macropolítico ou social, contra a Cultura do Controle que disserta Garland. Por isso, a tarefa do perdão não pode ser de negligência ao passado, não podemos apagar as nossas vivências, nem trazê-las à tona com as passadas características.

Para o exercício do perdão político é preciso dialogar com o passado e ampliar sua rede de significados por meio da mobilização de afetos que nos ajudam a ressignificar a imagem cristalizada de nós mesmos e acolher a diversidade que possuímos, conforme Érico Andrade. A concepção unívoca de nossa identidade é o marco inicial que esse perdão político busca combater. Não somos apenas um, mas vários a partir do passar do tempo, do acúmulo de vivências e experiências.

O resgate consciente do passado é igualmente necessário para levar o perdão político para a esfera social e, ainda, fundamental, para pensá-lo através da perspectiva decolonial, como nos ensina Angela Davis e Ailton Krenak. Colocando-se esse perdão político como uma das alternativas possíveis para praticarmos as devidas reparações históricas à povos indígenas, comunidades tradicionais e as populações excluídas da sociedade, que sofrem com a estigmatização (Goffmann) de ser um outro não querido, excluído e abastado da sociedade.

A partir da não destinação e execução das devidas políticas públicas e até de direitos como território, alimentação adequada, moradia, lazer, entretenimento, vida, saúde, meio ambiente ecologicamente equilibrado para esses públicos é perceptível ver que determinadas identidades são excluídas. Perceber, absorver e aplicar a diversidade e pluralidade de possibilidades, mais ainda, pluralidade de mundos com o viés decolonial e biocêntrico, a partir das contribuições de Daniel Lourenço, são fundamentais para entender a complexidade do mundo e do respeito às alteridades.

O passado não é um feixe temporal completamente inacessível, ele, da mesma maneira que o futuro, é aberto e indeterminado, porque é passível - a depender das transformações críticas do sujeito - de reinterpretações, ressignificações e outras narrativas. E então, ser o passado construído e percebido de modo diferente, de uma nova forma. Ou seja, não é porque o passado ficou para trás que ele se constitui como um objeto terminado ou impassível de mudanças, sem possibilidade para novas visões ou novas perspectivas sobre ele.

Logo, perceber diferente o passado é condição para o perdoar e perdoar é ser militante para uma nova vida. É dialogar inicialmente consigo e perceber que nós mesmos erramos e podemos ser emanadores de más energias, por meio de condutas desagregadoras, violentas. Perdoar é, antes de tudo, perceber a fragilidade ou a natureza

mutante essencial do ser humano. O ser humano é falho. A falibilidade do ser humano é natural, a perfeição não nos cabe, na verdade, é um mero conceito representativo. A fragilidade de nossa espécie é o que nos Humaniza.

A característica da natural falibilidade e impotência frente ao alcance da perfeição ou de termos uma constância ativa perfeita, deve direcionar a percepção da existência desse caractere em nós e nos outros, para basear uma compreensão que todos os seres humanos carregam, por condição da espécie, a possibilidade de errar. Podemos errar, nem todo erro é ruim, aprendemos com o erro, às vezes não sabemos que o erro é um erro de fato até cometê-los e quando ocorre, nos conscientizamos de que um erro foi cometido.

Ailton Krenak, um dos principais pensadores contemporâneos, afirma que:

“Devíamos admitir a natureza como uma imensa multidão de formas, incluindo cada pedaço de nós, que somos parte de tudo: 70% de água e um monte de outros materiais que nos compõem. E nós criamos essa abstração de unidade, o homem como medida das coisas, e saímos por aí atropelando tudo, num convencimento geral até que todos aceitem que existe uma humanidade com a qual se identificam, agindo no mundo à nossa disposição, pegando o que a gente quiser.”¹

A noção acerca da imperfeição humana abre espaço de compreensão junto a quem falha, que age imoralmente, antijuridicamente ou anti socialmente. Logo, perceber em si a imperfeição e conseqüentemente perceber também que os demais seres humanos são imperfeitos, é condição sine qua non para o ato do perdão. O ato do perdão, inicia-se, logo, com um pressuposto de consciência, um pressuposto lastreado pela compreensão da natureza e essência do ser humano, o que já contradiz a visão do senso comum de o perdão ser ignorante e passivo. Ele é constituído por uma consciência ativa.

O perdão está ligado com o passado e é resultado decorrente do ato de perdoar. Perdoar não é obrigatório, mas ao levar tal conceito para o campo das políticas públicas, como, por exemplo, o direito penal – e as penalizações e sistema penal - tornar esse conceito de caráter obrigatório, já que ele sempre se encontrará imerso nos olhares sobre os infratores.

Quando se perdoa, quer dizer que uma dívida foi ressignificada, foi superada ou extinta, de modo que o sujeito que perdoa teve que utilizar-se criticamente de sua memória para trazer de volta a ação negativa e reconfigurá-la em seu modo de ver. Tratar a memória de modo crítico e analítico, não é passar a mão na cabeça, esquecer, negligenciar. Perdoar é assumir os erros, é ressignificar, é pensar a complexidade dos acontecimentos, é respeitar a própria natureza, é respeitar o próximo, a acidentalidade da vida e de nossa espécie animal.

1 KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. - 1 ed. - São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

UMA LEITURA DECOLONIAL DO PERDÃO POLÍTICO

Dessa forma, o perdão se apresenta como uma possibilidade política e que com seu exercício possamos alcançar uma sociedade mais harmônica e saudável. Uma sociedade pautada no Bem-Viver discutido por Alberto Acosta como um conceito que se afirma no equilíbrio, harmonia e na convivência sustentável entre os seres que visa garantir a sobrevivência da espécie humana e do planeta. Nesse sentido, para dialogar com os temas importantes para análise política e social, como o punitivismo e as políticas criminais, umas das principais teóricas que se apresentam é a filósofa Angela Davis, a qual nos ensina que o sistema impõe um verdadeiro corte de raça, classe e sexo à nossa sociedade:

“(...)Por meio do sistema de contratação de pessoas encarceradas, a população negra era forçada a representar os mesmos papéis que a escravidão havia lhe atribuído. Homens e mulheres eram igualmente vítimas de detenções e prisões sob os menores pretextos – para que fossem cedidos pelas autoridades como mão de obra carcerária(...)essa deturpação do sistema de justiça criminal era opressiva para toda a população saída da escravidão. Mas as mulheres eram especialmente suscetíveis aos ataques brutais do sistema judiciário(...)”.²

Davis coloca a prisão como um sistema de retorno à escravidão. Logo, o punitivismo como perspectiva política para aprisionar e controlar corpos, corpos esses já marcados por séculos de opressão e violências enfrentadas, como a escravidão, invisibilização e genocídio. A inscrição nos seres de uma identidade fixa, no caso, de criminais, é argumento ideal para sua nova escravização e administração ilimitada dos corpos aprisionados. E o perdão vem como uma possibilidade de não mais aprisionar identidades, conseqüentemente, corpos, e por fim, abrir espaço para as devidas reparações históricas.

Nos antecipa Garland, na obra “A Cultura do Controle”:

“Os temas primários das novas estratégias – expressividade, **punitivismo**, vitimização, proteção pública, **exclusão**, maior controle, prevenção de perdas, parcerias público-privadas, responsabilização – estão fincados numa nova experiência coletiva, da qual retiram seu significado e sua força, e nas novas rotinas sociais que fornecem suas técnicas e apoios práticos. Também estão enraizadas na tematização reacionária da “pós-modernidade”, produzida não apenas pelo crime, mas por toda a corrente reacionária cultural e política que caracteriza o presente em termos de colapso moral, de incivilidade, e do declínio da família, exortando a reversão da revolução dos anos 1960 e do movimento de liberação cultural e política que ela deslançou. A sociedade porosa, móvel, aberta, de estranhos, da pós-modernidade deu causa a **práticas de controle do crime que buscam tornar a sociedade menos aberta e menos móvel: fixar identidades, imobilizar os indivíduos, colocar em quarentena setores da população, erguer fronteiras, fechar acessos**. Se estas estratégias não são absolutamente determinadas pelo campo social que descrevi, elas são fortemente condicionadas por tal campo e provavelmente inconcebíveis sem ele.”³

2 DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2016. Págs. 96,97 e 98.

3 GARLAND. David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro:

Ou seja, dentre as estratégias utilizadas pelo sistema que promove a cultura do controle, estão, o punitivismo e a fixação de identidades, características marcantes no sentido de estigmatizar indivíduos, grupos e comunidades e, a partir da estigmatização, excluí-los do sistema e de condições dignas de vida. A imobilização e controle desses corpos têm como um dos locais ideais: o cárcere. Elementos que se contrapõe ao perdão, mas se esse se aplica dentro desse sistema e sob as estratégias da cultura do controle punitivista, ganha um caráter Político.

Eugenio Zaffaroni, eminente jurista argentino que exerceu a função de juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é um dos principais autores da Criminologia latino-americana crítica e afirma a vigente deslegitimação do sistema penal, em virtude da não efetivação dos direitos fundamentais, princípios e marcos legais.⁴ A política de grande encarceramento é uma forma de controlar determinados corpos ao aprisionar.⁵ O sistema junto com a mídia capitalista criam o estereótipo do malfeitor(a) de modo que este(a) deva apodrecer no cárcere ou morrer.

As políticas públicas dos órgãos de justiça e segurança no Brasil tem como uma das principais diretrizes a contínua construção de novos presídios. Isto é, o horizonte de nossa política criminal continua a ser criar mais vagas nas prisões para as pessoas, ou seja, encarcerar mais. Por exemplo, o Estado de São Paulo - considerado por muitos um Estado “desenvolvido”, pois, uma das maiores metrópoles das Américas -, em 10 anos, teve um aumento de sua taxa de encarceramento na ordem de 114%.⁶

É tão nítida e real a deslegitimidade do atual sistema político, político-criminal, jurídico e financeiro que determinados povos indígenas frente a esse cenário, optam por não se relacionarem com o sistema. Os povos livres são os povos que durante os cinco séculos passados optaram por serem autônomos ou independentes frente ao sistema político-capitalista.⁷

Esses povos dizem não à integração, não à suposta nação e não à dita civilização e desenvolvimento. Desenvolvimento significa exploração desenfreada de parcelas específicas da população e também da natureza. A integração ou assimilação para excluir foi a tônica das políticas que forjaram as nações. Os outros em nosso território latino americano são aqueles que experimentaram a invasão e a contínua colonização ocidental conforme leciona Eduardo Galeano.⁸

Ao discutir a partir de Goffman, Fernando Tagle traz que a exclusão é uma

Revan, 2008.

4 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

5 ABRAMOVAY, Pedro Vieira Abramovay, BATISTA, Vera Malaguti (organização). **Depois do grande encarceramento, seminário**. - Rio de Janeiro: Revan, 2010.

6 GODOL, Rafael. **Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

7 LOEBENS, Guenter Francisco; Neves, Lino João de Oliveira (org.) **Povos indígenas isolados na Amazônia: a luta pela sobrevivência**. – Manaus: EDUA, 2011.366p.

8 GALEANO, Eduardo H. **As veias abertas da América Latina**. Porto Alegre, RS: L&PM, 2017.

consequência direta da busca e constituição de identidades, isto é, se excluem determinadas identidades constituídas. A exclusão é não, portanto, uma questão de entidade, mas sim de identidade. Para que ocorra a exclusão, portanto, antes, o sistema cristaliza identidades em pessoas, grupos e coletividades para legitimar suas prisões, mortes, desassistências, exclusões.⁹

Dentro das discussões de gênero como em Butler¹⁰ um dos grandes entraves enfrentados é exatamente a luta pelo respeito às opções individuais ou o direito à liberdade de gênero, visto que as mudanças de gênero, fogem da racionalidade linear do sistema capitalista, machista, patriarcal e racista. Fogem do binário, são descontínuos. Todos esses ataques são, pois, rotina para os povos tradicionais de nosso país, povos que são diferentes por natureza e originalidade, são eles e suas manifestações também a materialização da alteridade, indígenas, quilombolas, ciganos, ribeirinhos, pescadores, camponeses, coletores, agricultores.

A racionalidade punitiva se baseia também no dilema identidade-exclusão. Dualista também, pois, parte também do sistema limitador das possibilidades de ser e de sentir. Goffman, através do conceito de Estigma, coloca essa identidade como um mero objeto criado e posteriormente excluído do sistema.¹¹ Cria-se o estigma contra certas pessoas e essas ficam fadadas a enfrentar que são menores, piores e um grande pesadelo para ela mesmo e para as demais pessoas da sociedade até o fim de suas vidas.

Essa martirização imposta ao outro, ao diferente, traz consequências externas (sociais) como o grande encarceramento e os altos índices de violências, e internas (individuais) como a alta quantidade de incidência da depressão e suicídios, dentre outros. Fatores sociais e individuais alarmantes e provas fiéis da falência de nosso sistema atual.

Visto isso, defendo o perdão político como saída para não tenhamos corpos/seres humanos tratados como meros objetos de usufruto do capital e do sistema. Devemos sair do punitivismo, do dualismo inclusão/exclusão para conceber a possibilidade de fruição e mudança das identidades e respeitar efetivamente as alteridades, sejam elas quais forem.

O fim do punitivismo está intrinsecamente relacionado com as medidas para o desencarceramento. O cárcere, instituição total que controla corpos e grupos, deveria, portanto, sofrer ao longo dos anos políticas de redução de sua importância política social, de modo que as políticas públicas de segurança devem buscar o desencarceramento e a valorização das vidas.

Muito por o cárcere ser mais uma extensão da escravidão, já que, em sua grande maioria são corpos pretos e periféricos que estão ali enjaulados e controlados. O

9 TAGLE, Fernando Tenório. A experiência punitiva na condição pós moderna. Págs. 57-66. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira Abramovay, BATISTA, Vera Malaguti (organização). **Depois do grande encarceramento**, seminário. - Rio de Janeiro: Revan, 2010.

10 BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2003.

11 GOFFMAN, Erving. **Estigma – Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução: Mathias Lambert. 4a edição. Data da Digitalização: 2004. Data Publicação Original: 1891.

encarceramento como a escravidão contemporânea, pois marcada fundamentalmente por racismo estrutural, como defende Silvio Almeida que nos possibilita leitura direta de como o cárcere e o racismo se relacionam, de forma que são partes estruturais de nosso sistema político e jurídico vigentes.¹²

A Agenda Nacional pelo Desencarceramento, organização entre familiares de presos, egressos, organizações da sociedade civil, coloca como suas diretrizes de atuação: a) suspensão de qualquer investimento em construção de novas unidades prisionais ou de internação; b) limitação máxima das prisões cautelares, redução de penas e descriminalização de condutas, em especial aquelas relacionadas à política de drogas; c) ampliação das garantias da execução penal e abertura do cárcere para a sociedade; d) proibição absoluta da privatização do sistema prisional; e) combate à tortura e desmilitarização das polícias e da sociedade; f) exigência de redução massiva da população prisional e das violências produzidas pela prisão; g) redução máxima do sistema penal; h) retomada da autonomia comunitária para a resolução de conflitos.¹³

No Brasil, a cada 100 mil habitantes, 316 estão presos¹⁴. A população carcerária brasileira possui mais de 800 mil presos, fazendo de nosso país o terceiro país do mundo que mais encarcera, atrás apenas de Estados Unidos e China.

Pensar em como o perdão pode curar é relevante em virtude de nos situarmos em uma sociedade com uma violência exacerbada e com uma verdadeira crise de ética civil. Pensar, por exemplo, na ressocialização é considerar quem comete crimes como também sendo um ser humano passível de executar erros e, naturalmente, sujeitos à uma mudança de perspectiva do social para com ele. Contudo, para isso, defendo o perdão político a partir da ótica decolonial como mecanismo para tal resignificação dos seres humanos para com os outros e para com ele mesmo.

Érico Andrade traz que é preciso reconfigurar o destino da vontade de poder para lhe dirigir para a difícil tarefa de acolher a fragilidade humana que nos conecta uns aos outros numa rede comum de vulnerabilidade. Acolher nossas fragilidades, nos reconhecer como um tecido comum de vulnerabilidade. Chico César, um dos maiores expoentes da música popular brasileira resume bem a intenção desse artigo quando coloca na música intitulada “Negão” que: *“a opressão é a falta de pressa do opressor pedir perdão.”*

Para que não mais neguemos nossa história, nossa constituição enquanto vários povos e sociedade, de modo que o racismo estrutural continue a esmorecer e perder espaço na nossa sociedade e que as reparações históricas possam ocorrer de forma breve, efetiva e duradoura. O perdão político se apresenta agora como uma possibilidade de ser

12 Almeida, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. (Feminismos plurais / coordenação de Djamila Ribeiro) - São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

13 **Agenda Nacional pelo Desencarceramento**. Disponível em: <https://carceraria.org.br/agenda-nacional-pelo-desencarceramento>. Acesso em: 13 de dezembro de 2019.

14 **Dados de dezembro de 2014: BRASIL, Ministério da Justiça, DEPEN, “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen”** (http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf) e LONDON. King’s College, International Centre for Prison Studies ([https:// www.pisonstudies.org/](https://www.pisonstudies.org/)).

exercido por quem oprime e violenta. Que os opressores do passado e do presente possam reconhecer suas fragilidades e potência ao erro e assumir seus equívocos e pedir perdão às vítimas, como um dos primeiros passos para um novo rumo da humanidade, para uma guinada histórica de nossa sociedade.

Perdão esse não apenas deve ser endereçado aos grupos historicamente colocados como os outros, os não queridos, as vítimas de racismo e violências, como também à própria natureza e seus ecossistemas, de modo que um novo formato social possa descentralizar a figura do ser humano do centro da sociedade, isto é, que saíamos de uma sociedade antropocêntrica em rumo ao biocentrismo. Biocentrismo tem como principal postulação que todos os organismos vivos possuem valor intrínseco, são fins em si mesmos, não apenas os seres humanos, mas todos os seres vivos, animais, vegetais e até mesmo microorganismos, de modo que o biocentrismo representa um movimento de expansão da comunidade moral para além da humanidade, afirma Daniel Lourenço.

Assim, diante das contribuições do biocentrismo, estamos diante de um novo referencial ético e moral, necessário para pensar o perdão político de maneira decolonial. A necessidade de se discutir uma outra ética para que tenhamos condições basilares de exercer enquanto sociedade o perdão político de matriz decolonial, pois a ética, compreendida como filosofia moral, tem como um dos seus elementos centrais a alteridade.

O tratamento justo do “outro” é tema central no empreendimento ético e o que o perdão político decolonial almeja é exatamente que a sociedade aprenda a ver o outro de uma nova maneira e que essa nova maneira acabe aproximando uns dos outros em razão da comum fragilidade e fugacidade da vida que todos os seres compartilham. A abertura para se pensar um sistema político, jurídico e social descentrado dos seres humanos, amplia as possibilidades desse outro, que agora pode ser também um animal, vegetal, micro-organismo, mas o mais relevante disso, é o ser humano se colocar como mais um ser vivo e não como o ser vivo.

Que o opressor não mais se coloque como o ser vivo, mas apenas mais um ser vivo. O biocentrismo busca proteger a vida como tal e a proteção da vida é vital atualmente, por vivermos em um período de caos, autoritarismo, fascismo e desvalorização das vidas.

O tema do artigo parte inicialmente de uma consideração mais direcionada aos indivíduos e a processos individuais de lidar com o outro, mas sempre possuiu objetivo vinculado ao coletivo, ao social, isto é, pensar inicialmente o perdão a partir dos indivíduos para posteriormente pensá-lo de maneira coletiva. Meu primeiro projeto de pesquisa intitulado “Quando o perdão pode curar” discutiu exatamente o que seria esse perdão, o perdão político e como esse conceito poderia se abrir ao social.

Já no segundo projeto de pesquisa, na continuidade do primeiro tema, esse conceito ele já está inserido no coletivo e através de um viés decolonial e biocêntrico. Para que possamos pensar em adotar o perdão em nossas vidas pessoais e na “vida pública”, no meio social, precisamos mudar nossa compreensão do que significa perdoar, após isso,

pensá-lo de forma política, como um ato político e posteriormente o perceber como um dos elementos capazes de proporcionar mudanças sociais e estruturais em vistas a um Bem Viver coletivo e uma outra sociedade.

Descentralizar nossas formas de conceber as coisas, a realidade e o sentir. Descentralizar, desfocar de determinados pontos comuns ou corriqueiros, mudar perspectivas, arejar a percepção de mundo. Esse descentramento se exemplifica quando o opressor se descentraliza da vida de seu entorno, se coloca como mais um e ao perceber sua fragilidade humana, busca não mais permanecer praticando opressões.

Descentramento que se expressa a partir do momento em que deixarmos de viver sob um regime social antropocêntrico e adotarmos em prática o biocentrismo. A mudança de parâmetros é vital, visto que com o passar dos últimos séculos nossas experiências recentes de sistema políticos, sociais, culturais absorveram em muito as diretrizes capitalistas de conceber o mundo, o outro e a realidade.

Por exemplo, as políticas públicas têm sentido e legitimidade próprias, que são independentes de serem lucrativas ou não. Uma política pública ambiental que almeja conservar a biodiversidade tem como finalidade última proteger espécies e não auferir lucro, ou, políticas públicas na área de saúde tem como escopo fim salvar vidas e não evitar prejudicar a economia do país.

Além disso, teoricamente, o Estado não existe para lucrar, mas para assegurar qualidade de vida a todas as pessoas, já que sem o Estado estaríamos vivendo o caos. Um outro descentramento e mudança que deve ser empreendida vem com o auxílio das teorias feministas ou a partir do feminismo de modo que esse proporciona e constrói processos de descolonização e despatriarcalização.

“O padrão civilizatório antropocêntrico, monocultural e patriarcal, de crescimento sem fim e de guerra sistemática contra os fatores que tornam possível a vida no planeta passa por uma crise terminal. A civilização de domínio científico-tecnológico sobre a chamada “Natureza” - que identifica o bem-estar humano com a acumulação de objetos materiais e com o crescimento econômico desmedido, e cuja expressão histórica é o capitalismo - está com os dias contados. Sua dinâmica destrutiva, de mercantilização de todas as dimensões da vida, mina aceleradamente as condições que a tornam possível. (...) Agora que a humanidade precisa incorporar a diversidade e a multiplicidade de culturas, formas de conhecer, pensar e viver, dentro do conjunto das redes da vida (como alternativa para responder a essa crise civilizatória), paradoxalmente povos e culturas indígenas e camponeses de todo o planeta estão sendo ameaçados pelo avanço inexorável da lógica do processo de acumulação por Desposseção.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste modo é possível realizar uma leitura decolonial do perdão político, que significa nesses termos, uma forma de deixar de ser si mesmo, de perder a identidade e não se

reconhecer mais como quem causa ou mesmo é vítima de um trauma; de um determinado sofrimento. Não deixamos de ser responsável pelo ocorrido ou de nos afetarmos pelo que não tivemos ingerência direta (no caso em que simplesmente somos vítimas de uma situação traumática), mas nos perdoamos quando nos desalojamos da máscara de uma única morada e nos entregamos aos afetos capazes de costurar outras narrativas de si.

Por isso, o perdão é um exercício de humildade porque nos conecta com a impermanência (que tanto tentamos desesperadamente negar) de quem é de terra e como tal quando se sedimenta é para se erodir. Isto é, o perdão ocorre quando reconhecemos que a acidentalidade da existência, a sua dimensão inelutavelmente contingente, não se deixa cristalizar em nenhuma atitude e que ela é, em última análise, refratária a qualquer tentativa de sedimentação de uma identidade; inclusive de uma identidade marcada pelo sofrimento.

Ainda, esse perdão pode ser exercido não apenas individualmente, mas de duas outras formas sobre as quais me detive ao longo desses dois trabalhos acadêmicos. Seriam elas, o perdão para com as outras pessoas, principalmente, com aquelas que são vítimas históricas do sistema em um sentido de desidentificá-las de uma identidade negativa, inferior ou pejorativa. E a terceira forma e o objetivo final dessa obra, o perdão pedido pelos opressores e infratores históricos de grupos, povos indígenas e comunidades tradicionais, a fim de serem promovidas reparações históricas.

O tema se fez urgente em virtude do atual contexto global de aumento das violências e desrespeitos às diversidades étnicas, raciais,¹⁵ de sexualidade, gênero, fazendo com o que o perdão político e demais elementos que visem promover uma cultura de paz e uma sociedade mais humana sejam fundamentais, de modo que a igualdade e a não discriminação são princípios fundamentais e condições e requisitos para o pleno exercício dos direitos humanos, do Direito Internacional dos Direitos Humanos e que, portanto, amparam todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Um dos principais órgãos jurídicos internacionais, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH - conclui em seu informe sobre o mecanismo de Solução Amistosas de conflitos que os Estados continuem a buscar a implementação de políticas públicas para garantir o cumprimento total das garantias e medidas de reparação para as vítimas nos casos de violação dos direitos humanos por meio do diálogo amistoso.

O perdão de caráter política e abordagem decolonial, isto é crítica da história em busca de um olhar não-hegemônico sobre a vida e a sociedade. Utilizar o perdão político através da decolonialidade para promover uma mudança social no que diz respeito ao cometimento de violências contra grupos, povos, pessoas e comunidades específicas, a mencionar as populações periféricas, negras e indígenas que tem como existência, a

15 Assessoria de Comunicação - Conselho Indigenista Missionário (Cimi). **Em meio à pandemia, invasões de terras e assassinatos de indígenas aumentaram em 2020**. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/10/relatorioviolencia2020/>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

resistência.

Urgente se coloca pensar o perdão por uma nova ótica, em vistas que a violência de nossos tempos urge por soluções, assim, discutir o perdão a partir de uma nova perspectiva política, sendo ele mais um potencial auxílio para a consecução do Bem-Viver, como preceitua Alberto Acosta.

Assim, pensar o perdão serve como mecanismo ativo para reconhecer e transpormos a fase de colonização e aprisionamento dos afetos e dos seres ao lançarmos um olhar humano, compreensivo e de ouvidos e corpos abertos para o outro, por meio do diálogo compassivo em busca da efetivação dos direitos humanos, sociais e constitucionais, principalmente da parcela populacional historicamente abastadas de um mínimo de qualidade de vida e das políticas públicas. Ele promove uma revolução ao subsidiar um desvinculamento da rigidez que causa sofrimento e também da fragilidade que descarta os seres humanos, agindo de forma múltipla por meio da escuta, da paz, do diálogo e da não-violência e como elemento importante para a realização de atos de reparação histórica.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira Abramovay, BATISTA, Vera Malaguti (organização). **Depois do grande encarceramento**, seminário. - Rio de Janeiro: Revan, 2010.).

ACOSTA, Alberto. **O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos** – São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016.

ANDRADE, Érico. **Sobre losers: fracasso, impotência e afetos no capitalismo contemporâneo**. Curitiba: CRV, 2019.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. (Feminismos plurais / coordenação de Djamila Ribeiro) - São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.)

Agenda Nacional pelo Desencarceramento. Disponível em: <https://carceraria.org.br/agenda-nacional-pelo-desencarceramento>. Acesso em: 13 de dezembro de 2019.

ARENDT, H. **A condição humana**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARENDT, H. **The human condition**. 2nd ed. The University of Chicago Press, 1958.

ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém: um retrato sobre a banalidade do mal**. Trad. J. R. Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

Assessoria de Comunicação - Conselho Indigenista Missionário (Cimi). **Em meio à pandemia, invasões de terras e assassinatos de indígenas aumentaram em 2020**. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/10/relatorioviolencia2020/>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

BARRAGÁN, Margarita Aguinaga; LANG, Miriam; CHÁVEZ, Dunia Mokrani; SANTILLANA, Alejandra. **Pensar a partir do feminismo - Críticas e alternativas ao desenvolvimento**. In: Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento / Gerhard Dilger, Miriam Lang, Jorge Pereira Filho (Orgs.) ; tradução por Igor Ojeda. – São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

Bauman, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

Bauman, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. Págs. 15 a 40.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2003.

Césarie, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. 1ª edição. Livraria Sá da Costa Editora. 1978.

Dados de dezembro de 2014: BRASIL, Ministério da Justiça, DEPEN, “**Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen**” (http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf) e LONDON. King’s College, International Centre for Prison Studies (<https://www.pisonstudies.org/>.)

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento / Gerhard Dilger, Miriam Lang, Jorge Pereira Filho (Orgs.) ; tradução por Igor Ojeda. – São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

GOFFMAN, Erving. **Estigma – Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução: Mathias Lambert. 4a edição. Data da Digitalização: 2004. Data Publicação Original: 1891.

GALEANO, Eduardo H. **As veias abertas da América Latina**. Porto Alegre, RS: L&PM, 2017.

GODOI, Rafael. **Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GUDYNAS, Eduardo. **Derechos de la naturaleza: Ética biocéntrica y políticas ambientales**. - 1 ed. - Buenos Aires: Tinta Limón, 2015.

Han, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. 2ª edição ampliada - Petrópolis, RJ: Vozes, 2017. Págs. 79 a 109.

Inter-American Commission on Human Rights. **[Informe sobre el] Impacto del procedimiento de solución amistosa: (Segunda edición)**: Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 1 de marzo de 2018 / [Preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos].p.,;cm. (OAS. documentos oficiales; OEA/Ser.L)

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. - 1 ed. - São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LANDER, Edgardo. **Com o tempo contado - Crise civilizatória, limites do planeta, ataques à democracia e povos em resistência**. In: Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extratativismo e alternativas ao desenvolvimento / Gerhard Dilger, Miriam Lang, Jorge Pereira Filho (Orgs.) ; tradução por Igor Ojeda. – São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

LOURENCO, Daniel Braga. **Qual o valor da natureza? Uma introdução à ética ambiental**. - São Paulo: Elefante, 2019.

LOEBENS, Guenter Francisco; Neves, Lino João de Oliveira (org.) **Povos indígenas isolados na Amazônia: a luta pela sobrevivência**. – Manaus: EDUA, 2011.366p.

Ricoeur, Paul. **O perdão pode curar?** Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/paul_ricoeur_o_perdao_pode_curar.pdf. Publicado em Esprit, no210 (1995), pp. 77-82. Texto de uma conferência proferida no Templo da Estrela, na série “Dieu est-il crédible?”.

TAGLE, Fernando Tenório. **A experiência punitiva na condição pós moderna**. Págs. 57-66. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira Abramovay, BATISTA, Vera Malaguti (organização). Depois do grande encarceramento, seminário. - Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Verztman, Júlio. **O perdão é um tema que interessa à psicanálise?** In: Sofrimentos narcísicos. Rio de Janeiro: Cia de Freud, UFRJ; Brasília, DF: CAPES PRODOC, 2012. Págs. 251-311.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CONFLITO ENTRE DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS DIANTE DO APLICATIVO DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS *WHATSAPP*

Data de aceite: 04/07/2022

Data de submissão: 10/06/2022

Edinei Alex Marcondes

Universidade do Oeste de Santa Catarina
Monte Carlo – Santa Catarina
Especialista em direito laboral
Pós Graduado em Direito previdenciário, pela
Universidade Damásio Educacional
Especialização em Indenizações Lato Sensu
Sócio Fundador do Escritório de Advocacia
Edinei Marcondes S.I.A.
<https://orcid.org/0000-0002-6457-4412>

Marilyn Pohlenz

Universidade do Oeste de Santa Catarina
Videira – Santa Catarina
Mestre em Fundamentos da Ciência Jurídica
pela Univalli - Itajaí/SC, Dissertação titulada
como Limites e Restrições em Matéria de
Direitos Fundamentais
Professora do Curso de Direito da UNOESC -
Campus de Videira
<https://orcid.org/0000-0001-5240-2392>

RESUMO: Vê-se divergências explícitas, um aplicativo absolutamente inviolável implementado no Brasil, frente a impossibilidade de busca às informações sobre condutas criminosas que visam a pacificação social e a segurança pública como um direito fundamental da coletividade. O aplicativo *WhatsApp*, é utilizado por cerca de dois bilhões de usuários em todo o mundo. Cerca de 120 milhões são brasileiros. A popularidade e praticidade deste App em um mundo globalizado,

faz parte do dia a dia e merece respaldo jurídico. A grande celeuma se dá no âmbito legal, quando da inviolabilidade de comunicações, mesmo após cumprido todos os requisitos para cumprimento de ordem judicial. O aplicativo possui um sistema de criptografia ponta a ponta, onde nem mesmo o provedor tem acesso ao conteúdo de seus usuários. O presente propõe-se a analisar os conflitos de direitos que privam todos os usuários brasileiros de seu uso, frente a resistência da empresa *WhatsApp Inc.* em fornecer informações para a persecução de investigações penais. Tem-se positivado constitucionalmente direitos e garantias individuais, em especial, liberdades de comunicações invioláveis, todavia, tal preceito não pode se externar *iuris et iuris*, podendo ser mitigado em detrimento da coletividade. Não obstante, deve-se constatar qual dos bens tem maior relevância ao mundo jurídico: a hegemonia de um aplicativo de bate-papo online ou, o interesse de toda uma civilização.

PALAVRAS-CHAVE: Divergência. Inviolabilidade. Direitos individuais. *WhatsApp*.

THE CONFLIT BETWEEN RIGHTS AND INDIVIDUAL AND COLLECTIVES DUTIES IN FRONT OF THE INSTANT MESSAGING APP *WHATSAPP*

ABSTRACT: We see explicit divergences, an absolutely inviolable application implemented in Brazil, in the face of the impossibility of searching for information on criminal conduct that aims at social pacification and public safety as a fundamental right of the collectivity. The *WhatsApp*, is used by about two billion users around the world. About 120 million are

Brazilian. The popularity and practicality of this App in a globalized world, is part of everyday life and deserves legal support. The big stir is in the legal sphere, when the inviolability of communications, even after fulfilling all the requirements for compliance with a court order. The application has an end-to-end encryption system, where not even the provider has access to the content of its users. The present proposal is to analyze the conflicts of rights that deprive all Brazilian users of their use, in the face of WhatsApp Inc.'s resistance in providing information for the prosecution of criminal investigations. Individual rights and guarantees have been constitutionally established, in particular, inviolable communication freedoms, however, such precept can not be externalized *iuris et iuris*, and may be mitigated to the detriment of the collectivity. Nevertheless, it should be noted which of the assets has greater relevance to the legal world: the hegemony of an online chat application or, the interest of an entire civilization.

KEYWORDS: Divergence. Inviolability. Individual Rights. WhatsApp.

1 | INTRODUÇÃO

O cenário nacional e internacional, vivencia uma fase globalizada e tecnológica. A comunicação, a veiculação de informações e pensamentos tornam-se cada vez mais velozes e de fácil propagação. Com a realidade de trabalho e distâncias enfrentados por cada indivíduo, a evolução das relações pessoais e interpessoais, em especial pelos meios digitais, necessário se faz que o arcabouço jurídico acompanhe tal evolução das “redes” sociais digitais.

No deslinde histórico, já se acenderam vários meios de comunicação social e de mensagens instantâneas, a exemplo, pode-se cita o *Orkut* – meio social de relações humanas, com o fim de publicação de fotos, vídeos e mensagens rotineiras - e o *MSN* - programa de mensagens instantâneas criado pela *Microsoft Corporation*, o *Tumblr*, *Twitter*, entre outros.

Um meio de mídia social de comunicação muito popularizado globalmente é o *Facebook*, criado em 2004 pelo atual empresário Mark Zuckerberg, para relações no âmbito da universidade de *Harvard*. A rede fez tanto sucesso, que abara por se ramificar por outras universidades americanas das redondezas. O então *site* de relacionamento criado para o entretenimento universitário, alça, no ano de 2012, status internacional e se populariza por todo o globo.

No ano de 2014, a empresa americana anuncia a aquisição do *WhatsApp* e *Instagram*, este opera como uma estante virtual de fotos, e compartilhamento, posteriormente muito utilizado para vídeos e apresentações ao vivo, ao passo que aquele, é comumente usado para troca de mensagens instantâneas com várias pessoas ao mesmo tempo, atualizado posteriormente para ligações em áudio e vídeo.

A empresa facebook, preocupa-se em larga escala com o direito a privacidade de sus usuários, e desde seu lançamento, vem atualizando suas políticas e assegurando

cada vez mais o sigilo aos usuários. Não obstante, em uma de suas últimas atualizações, implementou a criptografia ponta a ponta, como explica a própria empresa *WhatsApp*:

A criptografia de ponta a ponta do *WhatsApp* garante que somente você e a pessoa com quem você está se comunicando podem ler ou ouvir as mensagens enviadas na conversa. Ninguém mais terá acesso a elas, nem mesmo o *WhatsApp*. Somente você e seu destinatário têm as chaves especiais que podem abrir os cadeados que protegem suas mensagens. Para aumentar a segurança, cada mensagem que você envia tem um cadeado e uma chave únicos. Todo esse processo acontece automaticamente: não é necessário ativar configurações ou estabelecer conversas secretas especiais para garantir a segurança de suas mensagens. (Inc. 2020)

Dessarte, o aplicativo *WhatsApp* é adotado pelo Brasil como em vários países ao redor do globo. Entretanto, como estabelece funcionalidade no território brasileiro, de mesma forma submete-se ao regramento interno, e nesse ponto, depara-se com certa dicotomia frente a inviolabilidade do aplicativo e o ordenamento jurídico posto.

Entende-se no regramento interno, que não exista hierarquia de normas e direitos constitucionais, bem como, não se deve excluir um princípio em detrimento de outros. Assim sendo, de maneira genérica não se fala em direito absoluto, posto que haverá conflito aparente entre as normas, o que de maneira concreta será solucionado.

Apoiado na inexistência de direito absoluto, o ordenamento jurídico penal encontra resistência frente a necessidade de violabilidade do *WhatsApp* para fins de persecução penais, e não concessão de tais informações pela empresa, que tem política absoluta de confidencialidade, que inclusive é criptografada.

Isto posto, origina-se a questão do conflito entre direitos e deveres individuais e coletivos diante do aplicativo de mensagens instantâneas *WhatsApp*.

Baseado nestas premissas, o escopo do presente artigo é evidenciar a constitucionalidade do aplicativo comumente usado no Brasil para fins de comunicações pessoais, abordando quesitos sobre o ordenamento pátrio, doutrina, jurisprudência, e direito internacional.

2 | O WHATSAPP

Jan Koum nasceu e cresceu na Ucrânia, aos 16 anos de idade, por motivos de crise política e violência antissemita, mudam-se para o vale do silício nos Estados Unidos da América. O jovem aprendeu inglês e o básico da ciência da computação, no ano de 1997, fora contratado pela *Yahoo*, grande empresa da internet. Lá conheceu Brian Acton, onde perfizeram sua amizade por dez anos. Em 2007 a dupla sai da empresa e tentam trabalhar no *Facebook*, mas foram rejeitados.

Em 2009, os *Smartphones* se popularizaram pelo mundo e, Koum adquire o seu, com sistemas operacionais similares a de computadores e com certas compatibilidades entre

sim. Nesta toada, os usuários daqueles novos celulares buscavam meios de comunicar-se sem exercer seus limites de *SMS (Short Message Service)*, em português, conhecido como serviço de mensagens curtas. Vários meios alternativos foram sendo criados, como; o *Facebook Messenger*, o *Skype* e o *MSN*, entretanto, não possuíam uma plataforma dedicada para as transações de informações, e assim consumiam muito pacote de dados (*Internet*).

Jan Koum e Brian Acton, no dia 04 de fevereiro de 2009, registram a empresa *WhatsApp Inc.*, cuja função era criar o aplicativo de mensagens instantâneas o *WhatsApp*. O nome sugestivo, deriva da expressão em inglês “*What’s Up*”, que quer dizer “*E aí?*”. Em suas primeiras versões, o aplicativo apenas foi disponibilizado para as versões *IOS* (aparelhos da empresa *Apple*) e a transmissão de mídias, somente se possibilitou em dezembro daquele ano. O *App* fora disponibilizado inicialmente de forma gratuita, empós, custou alguns dólares para aquisição, e até mesmo taxa anual para uso. No ano de 2011, o aplicativo alcança todos os aparelhos *Smartphones* do mercado. Em 2014, a empresa *Facebook* adquire o *WhatsApp*, e desde então, vem se atualizando às necessidades de seus usuários.

2.1 Como funciona a política de privacidade do Whatsapp

No ano de 2011, o aplicativo *WhatsApp* possuía uma criptografia zero, ou seja, suas mensagens poderiam ser filtradas quase que sem dificuldades. No ano seguinte, as mensagens passaram a ser codificadas, entretanto, os métodos não foram divulgados pela empresa. Vindo a adotar a criptografia ponta a ponta, somente no ano de 2016.

Segundo site olhar digital:

A criptografia de ponta-a-ponta do *WhatsApp* significa que ninguém, nem mesmo a própria empresa que faz o aplicativo, pode interceptar e identificar as mensagens que os usuários trocam entre si, seja por texto, vídeo, foto, áudio ou chamadas ao vivo. O *WhatsApp* usa um protocolo de segurança chamado *TextSecure*, que se propõe a impedir a interceptação de mensagens, desenvolvido pela *Open Whisper Systems*, habilitando apenas o recipiente da mensagem a decifrá-la. O protocolo é aprovado por Edward Snowden para proteção de conversas online. Este sistema embaralha as informações dos códigos que compõem as mensagens trocadas pelo app para que elas não possam ser lidas em nenhum dispositivo que não sejam aqueles envolvidos na conversa. Deste modo, cada mensagem é enviada com um cadeado, e apenas as pessoas que fazem parte do chat possuem a chave para destrancar este cadeado. (CARVALHO 2018)

Neste *App*, as funções de segurança vêm ativadas, e não há meios de desativá-las. Conforme supracitado, nem mesmo a empresa possui acesso a tais dados, logo, sem ser um interlocutor, não há meios de saber o conteúdo das mensagens.

Os termos de política do *WhatsApp*, mostra a imponentia da inviolabilidade das informações:

O respeito que temos por sua privacidade é como um código em nosso

DNA. Desde que começamos o *WhatsApp*, construímos nossos Serviços nos baseando em sólidos princípios de segurança. O *WhatsApp* presta serviços de mensagens, ligações via internet e outros para usuários em todo o mundo. Nossa Política de Privacidade é o que usamos para explicar nossas práticas durante o tratamento de dados (inclusive mensagens). Por exemplo, mostramos quais dados são coletados sobre você e como isso lhe afeta. Também explicamos as etapas seguidas para proteger sua privacidade, por exemplo, como o *WhatsApp* foi compilado de forma a não armazenar as mensagens entregues e o controle dado a você para decidir com quem se comunica em nossos Serviços.

Os termos "*WhatsApp*", "nosso(a)", "nós", "nos" ou "conosco" referem-se ao *WhatsApp Inc.* Esta Política de Privacidade ("Política de Privacidade") se aplicará a todos os nossos aplicativos, serviços, recursos, software e site (em conjunto, "Serviços") se não houver disposição em contrário. (Inc., WhatsApp 2020)

Como forma de mitigar a hegemonia de sua privacidade, a empresa elenca que é possível fornecer alguns dados sobre o usuário, como: número de telefone, os números das agendas dos usuários, nome do perfil, foto e seus status e, em sendo necessário, após pedido formal, pode serem fornecidos a autoridade competente, porém, jamais os dados da conversa.

2.2 Possibilidade de interceptação telefônica no ordenamento jurídico como direito coletivo

Ao deambular pelo ordenamento jurídico Nacional e Internacional, é perceptível a maleabilidade que as normas jurídicas assumem ao se prestarem a regular determinadas sociedades ou nações. Algumas possuem força cogente e aplicabilidade mais severas que outras.

Na realidade jurídica, uma das ideias mais divulgadas é que não há direito absoluto, os direitos são maleáveis e podem ser relativizados e ponderados. Grande parte de juristas defendem que não há possibilidade de haver direitos absolutos, posto que, nem mesmo a vida, que é o direito fundamental originário, possui resguardo com status de absoluto.

Os direitos fundamentais, erigiram-se como forma de frear o poder Estatal absolutista, os direitos fundamentais são um núcleo duro de direitos, a dignidade mínima que o ser humano deve possuir, persistentes, resistentes, mas não absolutos.

Como resposta as atrocidades ditatoriais cometidas pelos governantes absolutistas, os burgueses começam a exigir que se tenha garantido um mínimo de direitos, estes voltados para a liberdade de suas ações e uma abstenção estatal frente à iniciativa privada, resultando então, os direitos de primeira dimensão.

Com o decorrer histórico, acontece o famigerado êxodo rural, característico pela migração de pessoas de localidades interioranas para as cidades. O crescente exponencial de mão de obra à disposição nos centros urbanos, empregadores começam a molestar a dignidade das pessoas, com cargas horárias de trabalhos excessivas e intermináveis.

Nessa toada, a população posiciona-se frente a tal situação desumana reivindicando direitos com as revoluções trabalhistas, sucedendo ao surgimento de direitos de segunda geração, aqueles conhecidos pelas políticas de igualdade, a efetiva atuação Estatal.

Somente após a Segunda Grande Guerra, que a guarida coletiva fora positivada. Direitos até então ignorados, começam a ser afiançados. Direitos de terceira geração são os que se prestam a assegurar a incolumidade das sociedades.

Como regra, direitos coletivos não são absolutos, há exceção apenas para dois: proibição de tortura e vedação à escravidão, tão somente esses, e ainda não aceito de forma uniforme pela doutrina. Assim, nos assevera o artigo 5º da Declaração

Universal de Direitos Humanos, *“Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”*. A convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de acordo com a Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1984, o que dispõe seu artigo 1º, estabelecendo o conceito de tortura:

Artigo 1º: Para os fins desta Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas. (Unidas 1984).

A legislação mais precisa de tortura pode ser encontrada no artigo 1º da Lei 9455/97, conhecida como “Lei de Tortura”:

Art. 1º Constitui crime de tortura: I - Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos. § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos. § 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos. (BRASIL 1997).

As disposições que vedam a escravidão possuem abrangência supranacional, e

decorrem de conferências e convenções externas, doravante, devidamente internalizadas. No plano nacional, o artigo 149 do código penal tipifica a conduta de redução de pessoa a condição análoga a de escravo, com as palavras de Bittencourt (2012, p. 373):

[...] reduzir alguém a condição análoga à de escravo equivale a suprimir-lhe o direito individual de liberdade, deixando-o completamente submisso aos caprichos de outrem, e exatamente aí reside a essência desse crime, isto é, na sujeição de uma pessoa a outra, estabelecendo uma relação entre sujeito ativo e sujeito passivo análoga à da escravidão: o sujeito ativo, qual senhor e dono, detém a liberdade do sujeito passivo em suas mãos.

Com a posse de todas os conceitos supracitadas, percebe-se que apenas dois direitos são supremos e intocáveis. Destarte, vê-se que o aplicativo *WhatsApp* presente e operante no Brasil, possui inviolabilidade absoluta de suas informações, segundo a própria empresa *WhatsApp Inc.* e sua política de privacidade, e não encontra amparo legal para sua existência, uma vez que não se pode, na ceara jurídica, tecer interpretações absolutistas senão às já mencionadas.

Como regra, o sigilo das interpretações telefônicas é um direito fundamental garantido pela constituição Federal de 1988, assim se transcreve Artigo 5º, XII;

é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Uma norma de eficácia contida, cuja violabilidade carece de regulamentação legal, em sendo caso de obtenção ilícita, será alvo de desentranhamento do processo, cujos frutos todos derivam maculados pela ilegalidade.

Percebe-se a relativização dos direitos fundamentais individuais em relação à direitos fundamentais coletivos, leia-se, direito social à Segurança pública, quando o legislador primário possibilita, de maneira cirúrgica, a viabilidade de interceptar comunicações. Os requisitos mínimos devem ser observados, a autorização do juízo aparentemente competente e demais regulamentações de lei específica.

A lei 9.296/1996, de interceptações telefônicas se presta para regulamentar o procedimento, com sus características e quesitos, somado à autorização judicial requerida pela carta magna. O artigo 1º desta lei, nos conceitua de maneira cristalina seu fim e objetivos:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. (BRASIL 1996)

Para que viabilize a violação do preceito fundamental em detrimento de outro, mister

se faz que haja indícios razoáveis de autoria ou participação criminal, não houver meios distintos para se conseguir estas provas, e os fatos investigados, constituírem crimes puníveis com pena de reclusão, elucidando e justificando ao magistrado o porquê de se utilizar este meio.

Isto posto, a inviolabilidade hegemônica do aplicativo *WhatsApp* no Brasil, não encontra respaldo jurídico para sua política de privacidade. Em território pátrio, não se aceitam direitos absolutos como regra, além de, os preceitos internacionais firmados em tratados e convenções em nada versarem sobre a especificidade do caso, sendo então aplicado, o ordenamento jurídico interno pela deficiência externa.

2.3 Colisão entre direitos fundamentais

Direitos fundamentais apresentam antagonismo entre si, diante disso, por mais eficiente que seja o ordenamento jurídico, é necessário que seja harmonioso. É imperioso saber quais meios jurídicos se utilizam para dirimir tais conflitos.

A Lei Maior de 1988 trouxe no Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: a) direitos individuais e coletivos; b) direitos sociais; c) nacionalidade; d) direitos políticos; e) e partidos políticos (MORAES, 2016).

Mais comumente, a doutrina apresenta a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões ou gerações, fundamentando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos (MORAES, 2016).

Os direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos) compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas e, por último, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais (MORAES, 2016).

Dessa monta, salienta-se de que não existem direitos individuais intangíveis e, portanto, há sempre meios de os mitigar em face a outros pelos primados de razoabilidade. Os meios utilizados para resolução de contendas, são: por restrições, ponderação de bens e reduções bilaterais, unilaterais e excludentes.

No método restritivo, Jairo Gilberto Schäfer (2001) explica que:

[...] a limitação ou diminuição do âmbito material de incidência da norma concessiva, tornando mais estreito o núcleo protegido pelo dispositivo constitucional interferindo diretamente no conteúdo do direito fundamental a que a norma vise proteger. Pode, ainda, serem identificadas duas espécies de restrições: a) restrições *stricto sensu*: restrições expressas na própria Constituição ou veiculadas através da lei infraconstitucional mediante autorização da Constituição; b) restrições iminentes: restrições que embora não estejam expressamente descritas na Constituição, decorrem da idéia de sistema constitucional, os denominados limites iminentes aos direitos fundamentais.

São restrições originadas pela lei, e que há expressa possibilidade de restrição de uma em relação às outras.

No sistema de ponderação de bens, Canutilho (2012) nos elucida que esta forma é utilizada há tempos no sistema jurídico, e de forma direta, há subsunção do fato à norma, e no caso concreto, o julgador haverá de decidir sobre qual dos bens tutelados, tem maior relevância jurídica ao mundo.

As reduções bilaterais, unilaterais e até mesmo exclusivas, são a maior tentativa de fazer com que subsistam de maneira concomitante as normas de direito fundamental. Ora, limita-se a um lado, ora a outro, porquanto, não havendo meios de coexistirem, adstringe-se a aplicabilidade de um para a tutela de outro com maior relevância proporcional.

3 | CONCLUSÃO

Isto posto, a clareza da incompatibilidade formal e material do aplicativo *WhatsApp* com o ordenamento jurídico pátrio, salta aos olhos. O legislador Constituinte Originário, e momento algum tornou estanque o rol de direitos fundamentais. Ao revés, antevendo possíveis conflitos, delineou princípios e diretrizes para solucionar contendas originárias de antinomias preceituais-normativas, logo, na mais estrita legalidade, assevera-se que o aplicativo é incompatível com a jurisdição brasileira, uma vez que é inviolável no tocante de interceptação de informações, com impossibilidade absoluta de violabilidade.

A legislação atualiza-se ao passo que a sociedade evolui, novas relações carecem de novas regulação. O aplicativo é socialmente aceito, faz parte do dia a dia de todas as pessoas que o utilizam desde as tarefas mais simples, como lazer até as operações empresariais mais sofisticadas.

Há atipicidade formal sobre o aplicativo absolutista, entretanto, a tipicidade material inexistente, uma vez que o *App* é socialmente aceito pela nação.

Perfaz-se ao cabo, que o aplicativo assume caráter legal, haja vista que a regência social organiza o mundo jurídico, porquanto, mesmo tendo política zero de violabilidade e fornecimento de informações para persecuções penais, a sociedade prepondera o direito de sigilo a suas comunicações, mesmo ante a hediondez de alguns delitos, que só se resolveriam com a interceptação de comunicação de criminosos. Porém, se faz impossível frente a política da empresa *WhatsApp Inc.*, consumando assim, o preceito de aceitação social do aplicativo inviolável e a preponderância deste, sobre direitos fundamentais coletivos.

REFERÊNCIAS

_____. 9 estatísticas sobre o WhatsApp que você precisa conhecer. **Oberlo**, 2020. Disponível em: <<https://www.oberlo.com.br/blog/estatisticas-whatsapp>> Acesso em 13 abr. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 25 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal**. Brasília: DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm Acesso em 22 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. **Define os crimes de tortura e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm> Acesso em 21 abr. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2012.

CARVALHO, Lucas. WhatsApp: história, dicas e tudo que você precisa saber sobre o app. **Olhar Digital**, 2018. Disponível em: < <https://olhardigital.com.br/2018/12/20/noticias/whatsapp-historia-dicas-e-tudo-quevoce-precisa-saber-sobre-o-app/>> Acesso em: 13 dez 2019.

CONVENÇÃO contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis desumanos ou degradantes. **10 dez. 1984**. Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-econteudos-de-apoio/legislacao/tortura/convencao_onu.pdf> Acesso em 20 abr. 2020.

INC., WhatsApp. Segurança do WhatsApp. **WhatsApp**, 2020. Disponível em: < https://www.whatsapp.com/security/?lang=pt_br> Acesso em: 10 jan. 2020.

KLEINA, Nilton. **A história do WhatsApp – TecMundo**. 2018. (9m30s). TecMundo. Disponível: <<https://www.youtube.com/watch?v=znE50MkOkT0>> Acesso em 20 mar. 2020.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais, Proteção e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ATIVISMO JUDICIAL E SEU PAPEL QUANTO A CRIAÇÃO E A REINVENÇÃO DO DIREITO

Data de aceite: 04/07/2022

Emille Francelino da Silva

Acadêmica de Direito da FACT- Faculdade Colinas do Tocantins. Artigo apresentado como requisito parcial para a obtenção de título de bacharel em direito, sob orientação do Prof.

Lucas Rodrigues Rego

Acadêmico de Direito da FACT- Faculdade Colinas do Tocantins. Artigo apresentado como requisito parcial para a obtenção de título de bacharel em direito, sob a orientação do Prof.

Martonio Ribeiro Silva

RESUMO: O presente artigo centra-se no estudo do ativismo judicial fazendo uma reflexão acerca dos problemas enfrentados no Brasil, onde está cada vez mais comum o Supremo Tribunal Federal-STF, se adentrar de maneira ostensiva em todos os ramos da política e da vida nacional, onde por vezes acaba por deixar a todos constrangidos, pois na Constituição de 1988, o STF de fato é o supremo tribunal federal, ele, portanto, é o poder supremo do país. Todos os poderes constitucionais na prática estão concentrados nele e com a ferramenta do ativismo judicial que é uma ideologia específica penetrou no judiciário; isso só se escancarou ainda mais. Cabe trazer que o fenômeno do ativismo judicial reside ainda no fato de que o juiz interpreta o texto de uma lei a luz de um fim que se busca, de acordo com seus propósitos e não a interpretação da lei. Os juízes propositivistas extraem o sentido de um texto a partir de um propósito que eles buscam

e não o propósito a partir do sentido do texto. O juiz ativista busca o propósito que ele deseja, fazendo o que ele acredita ser o certo, onde o direito deve se reorganizar posteriormente, sendo ele o provocador de mudanças legislativas. As conclusões se dão por uma explicação formada por vários elementos e aspectos, bem como por uma identificação multidimensional do ativismo judicial. Fazendo uso dessas premissas sobre a realidade decisória do Supremo, é verificado que o ativismo judicial corresponde a um conjunto de fatores institucionais, sociopolíticos e jurídico-culturais que se desenvolveram paulatinamente no Brasil a partir da Constituição de 1988.

PALAVRAS CHAVE: Ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal. Legislativo. Direito. Judiciário.

ABSTRACT: This article focuses on the study of judicial activism, reflecting on the problems faced in Brazil, where it is increasingly common for the Federal Supreme Court-STF to ostensibly enter all branches of politics and national life, where it sometimes ends up making everyone uncomfortable, because in the 1988 Constitution, the STF is in fact the supreme federal court, it is therefore the supreme power of the country. All constitutional powers in practice are concentrated in him and with the tool of judicial activism that is a specific ideology has penetrated the judiciary; it just widened even more. It is worth mentioning that the problem of judicial activism lies in the fact that the judge interprets the text of a law in the light of an end that is sought, according to its purposes and not the interpretation of the law. Propositionalist judges extract the meaning of a text from a purpose they seek and not the

purpose from the meaning of the text. The activist judge seeks the purpose he wants, doing what he believes to be right, where the law must be reorganized later, being the instigator of legislative changes. The conclusions are given by an explanation formed by several elements and aspects, as well as by a multidimensional identification of judicial activism. Making use of these premises about the decision-making reality of the Supreme Court, it is verified that its judicial activism responds to a set of institutional, sociopolitical and legal-cultural factors that gradually developed from the 1988 Constitution.

KEYWORDS: Judicial activism. Federal Court of Justice. Legislative. Right.

1 | INTRODUÇÃO

O ativismo judicial pode ser compreendido como uma postura proativa do poder judiciário, onde o poder judiciário não é mais um simples aplicador passivo da lei, pois toma essa atitude proativa inovando na ordem jurídica a partir da necessidade da tutela aos direitos fundamentais. Desta forma, o ativismo se manifesta sempre que existe uma lacuna, uma inoperância dos outros Poderes. Em tal situação, o Judiciário recorre por vezes a preceitos não contemplados na legislação¹

Quando se compreende que essa é a missão do estado e que o estado desenvolve essa missão a partir do meio judiciário, então é possível também compreender a ideia de ativismo judicial. Assim, primeiro iremos abordar o ativismo judicial na perspectiva política, onde se pensarmos no poder legislativo e que sim, a função primordial é inovar na ordem jurídica e editar leis, mas se for percebido também que em razão da complexidade da vida em nossa sociedade contemporânea, muitas vezes o poder legislativo, os parlamentares, não estão dispostos a pagar o preço por determinadas escolhas políticas e então acabam por surgir situações de vácuo legislativo e jurídico.

Situações estas que precisam de uma resposta do direito e que não recebem respostas, por conta da inação, por omissão do poder legislativo, portanto, esse acaba por ser o ambiente para que o ativismo judicial se desenvolva, e de forma natural acaba sobrando espaço para desempenho de um protagonismo pelo poder judiciário. Cabe aqui frisar que essas atuações expansivas do Judiciário têm sofrido serias e constantes críticas por parte daqueles que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficácia na proteção dos direitos fundamentais. Jeremy Waldron², um dos principais representantes dessa corrente, defende que nas sociedades democráticas em que o Legislativo não seja disfuncional, as divergências acerca dos direitos devem ser resolvidas no âmbito do processo legislativo e não do judiciário. Já Ran Hirschl faz uma crítica de cunho ideológico, considerando que a judicialização seria uma reação das elites tradicionais contra a democratização, caracterizada pela prevalência da participação popular e da

1 BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista de Direito do Estado, ano 4, nº 13:71-91, jan./mar. 2009. Brasília: Editora OAB, 2009, p. 81.

2 WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. Yale Law Journal, vol. 115, nº 6, p. 1346- 1406, abr. 2006.

política majoritária³.

O poder judiciário especialmente por suas cortes supremas acaba assumindo um espaço que é necessário para que haja o contínuo desenvolvimento do direito. Ainda do ponto de vista político, é possível pegar essa ideia de ativismo e pensar o seguinte, quanto maior for o ativismo do poder legislativo, menor será o ativismo judicial. Por outro lado, quanto menor for a proatividade do poder legislativo, maior será o ativismo judicial. Ou seja, tudo funciona numa relação de proporção inversa.

Ainda de acordo com Schmitt a decisão judicial já está contida na lei, sendo apenas deduzida desta por meio de uma operação lógica, explicitando-se a jurisdição como automatismo jurídico. Essa teoria, segundo Kelsen, não passava de uma “ (...) ideologia da monarquia constitucional: o juiz tornado independente do monarca não deve se conscientizar do poder que a lei lhe confere, que – dado o seu caráter geral– lhe deve conferir”.⁴

Se o panorama político é esse, acaba por não sobrar muito espaço para que se questione o problema do ativismo judicial do ponto de vista jurídico, o problema não é saber “se” o juiz pode inovar na ordem jurídica, não é saber “se” o poder judiciário pode ser proativo, na verdade o problema é saber “como” isso vai acontecer, a preocupação não é saber se o poder judiciário pode ou não ser proativo, mas a preocupação na contemporaneidade é saber os limites do ativismo judicial, sendo esse o centro das discussões.

Há inclusive um primeiro limite bastante seguro, encontrado na doutrina norte americana e na experiência da suprema corte dos Estados Unidos, no que tange as questões políticas, onde há a orientação de que o poder judiciário não deveria atuar nas questões ligadas exclusivamente ao que diz respeito exclusivamente a política. Sobre isso, é possível identificar um problema, haja visto, que o Supremo Tribunal Federal-STF brasileiro está cada vez mais adentrando no jogo político.

Mas nas demais áreas, quando o que está em jogo é a afirmação e a continuidade sobre evolução do direito, então uma outra baliza segura é a fundamentação da decisão. O que legitima uma decisão judicial é a fundamentação, onde o juiz precisa usar bons argumentos, sendo capazes de convencer racionalmente, dando legitimidade social a decisão judicial.

O problema não é questionar o “se” o problema é questionar o “como”, pois a decisão judicial ativista tende a ser legítima ou ilegítima, fazendo-se necessário considerar se ela está errada. E o primeiro critério seguro é verificar se o juiz está usando argumentos racionais capazes de convencer, isso porque a fundamentação é uma questão de legitimação social da decisão judicial.

Por isso, é tão importante um sistema de precedentes como forma de agregar maior

3 HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 214, apud BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, Vol. 12, nº 96, Fev/Mai. 2010, pp. 12-13.

4 KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 258

coerência em segurança jurídica a uma realidade na qual o ativismo judicial está presente, haja visto, que se a decisão judicial pretende inovar na ordem jurídica em contrariedade clara há um precedente do Supremo Tribunal Federal-STF por exemplo, então ela será legítima e deverá ser reformada, uma vez que os efeitos dessa situação podem ser a possível instauração de uma crise institucional, bem como a diminuição da confiança no Legislativo, por decorrência de os cidadãos passarem a optar pela via judicial, para resolver seus litígios, crendo na rapidez das decisões, sem esperar pela aprovação de leis que regulamentassem os casos concretos.

Por fim, como último ponto, é necessário saber que é impossível lidar com o ativismo judicial, sem dominar o princípio da proporcionalidade ou máxima da proporcionalidade ou mesmo técnica da proporcionalidade, uma vez que a questão não é como se chama, o problema é o não domínio dessa técnica. O que a proporcionalidade ensina é que quando um juiz vai dar proteção, tutela de forma direta a um direito fundamental, ele está limitado ao núcleo essencial do direito fundamental, ou seja, ao mínimo existencial, também chamado de mínimo imprescindível.

Em outras palavras, a margem que o poder legislativo tem para disciplinar a proteção do direito fundamental é muito mais ampla do que a margem de liberdade que o poder judiciário tem para tutelar de forma direta um direito fundamental. Portanto, há dois limites, o primeiro é o limite máximo chamado: **Proibição de excesso**, o segundo é o limite mínimo, chamado: **Proibição de insuficiência** ou **proibição de tutela insuficiente**. A margem de liberdade do poder legislativo é ampla, e ela fica dentro desses dois limites.

O poder legislativo tem a liberdade para disciplinar o direito fundamental, bem como disciplinar o direito fundamental dentro desses dois limites. Já a liberdade que o poder judiciário tem fica restrita a uma margem próxima da proibição de insuficiência. Isso porque o poder judiciário está limitado ao mínimo imprescindível, ao mínimo existencial.

O poder judiciário tem que agir apenas naquilo que é necessário para proteger o núcleo essencial do direito fundamental, por este motivo ele fica limitado, restringindo a essa margem da proibição da insuficiência, inclusive Ferreira Filho⁵, traz seu posicionamento, a respeito das falhas do ativismo judicial, asseverando que se estaria criando a politização da atividade jurisdicional, o que pode resultar na ideologização da justiça.

21 ATIVISMO JUDICIAL, UMA PAUTA DE MUDANÇAS DE VALORES CONSTITUCIONAIS

Analisando a história do judiciário, ele foi concebido para resolver principalmente conflitos individuais, conflitos entre pessoas e nesse sentido o papel do judiciário era aplicar a regra. Uma regra clara, objetiva e universal. Ou seja, uma regra preexistente cujo conteúdo todas as pessoas da sociedade conheciam e tinham acesso a esse conteúdo,

5 FERREIRA FILHO, M. G. O papel político do judiciário e suas implicações. Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas, Ano 1, n. 2, 2001, p. 70

estando todas elas submetidas as tais regras.

E a função do judiciário ao aplicar a regra, era restabelecer a paz ou as condições anteriores ao conflito surgido; o judiciário então uma vez acionado aplica a lei e restabelece a situação anterior. Neste tipo de instrumento, ou neste tipo de processo a partir do qual o judiciário exerce o poder político de estado, que no direito é chamado de adjudicação, ele tem alguns limites quando tratado de conflitos individuais.

O primeiro limite é que a decisão do juiz vale somente para as pessoas envolvidas no conflito, a segunda característica da atuação do poder judiciário é que ele é chamado para atuar por isso; se há um conflito que é decidido entre as partes sem a presença de nenhuma outra autoridade do estado ou do judiciário, isso não tem nenhum efeito em termos de relação estado ou sociedade.

E a terceira questão que é também muito importante nessa definição desse tipo de demanda é que se trata de uma demanda na qual é chamada de justiça cumulativa, ou uma justiça de soma zero, onde há sempre um vencedor e um perdedor. Na contemporaneidade os conflitos que chegam ao judiciário são muito mais complexos, onde no caso da história brasileira, há algumas especificidades que fazem com que seja ainda mais específico e especial.

Não podendo deixar de mencionar a constituição de 88, não porque ela seja longa, nem porque ela seja em alguns momentos controversas ou demasiadamente reformada. Mas porque a constituição de 88, trouxe nos seus textos e artigos promessas. Promessas de uma democracia mais igualitária, promessas de um estado participante, mas que ao mesmo tempo garantisse aos seus indivíduos, o exercício de seus direitos⁶.

Só que essas promessas não são aplicáveis automaticamente, elas não são promessas objetivas, elas não são promessas exclusivamente claras e elas necessitam sempre de uma mediação. E o mediador que o próprio texto constitucional definiu como aquele que deve garantir essa maior clareza para as promessas, é o poder judiciário⁷.

Um exemplo disso é o direito a saúde, podendo ter diversas definições, e existe uma disputa política no conteúdo direto a saúde, no significado do direito à saúde⁸. Quando o poder judiciário é chamado para mediar conflitos envolvendo o direito a saúde, ele obrigatoriamente é convidado a dar uma decisão, uma interpretação que garanta a definição do que é direito a saúde, e, portanto, ele está sendo convidado a também a extrapolar os limites naquele processo individual ou daquele processo tradicional dentro da lógica liberal entre os dois indivíduos onde as regras eram claras, ou são objetivas e universais.

6 No mesmo sentido: "toda esta deficiente atuação do Legislativo e do Executivo configura causa para a ascensão institucional do Poder Judiciário" (SCHULZE, Clenio; NETO, João Gabriel Gebran. *Direito à saúde: análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 45).

7 É possível citar, entre outros, os fenômenos da redemocratização, da constitucionalização abrangente e do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade como concausas para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil. Para uma análise mais aprofundada sobre o tema, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 4.

8 BRASIL. *Constituição* (1988). Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010. Brasília: Senado Federal.

Mas ele é chamado a não só aplicar uma regra a constituição, mas também a produzir uma nova regra, a produzir o significado desta regra e, portanto, em alguma medida a criar normas. Ainda há a definição de que o ativismo assume também outros significados, fundada em teorias sociológicas, onde pensadores da sociologia jurídica defendem que o ativismo constitui método de emprego de normas jurídicas afetas a um modo peculiar de entender a organização do Direito, com viés político⁹.

Esse é o fenômeno de judicialização da política que rompe com as três características anteriores das demandas onde não são mais demandas ou conflitos individuais, são conflitos que por mais que sejam transformados em conflitos individuais, onde por exemplo há um cidadão do estado do Tocantins acionando o município de Colinas do Tocantins/TO para garantir acesso a um determinado medicamento, esse é um conflito individual que pode ter consequências a dimensão do direito coletivo, pois o precedente abre oportunidade a outros indivíduos que também poderão recorrer ou que serão inclusive impactados com uma decisão sobre a concessão ou não de medicamentos.

Assim, há o rompimento com a ideia de bilateralidade da demanda, rompendo também com a ideia de decisão válida somente entre as partes, porque uma única decisão envolvendo um conflito específico de um indivíduo pode ter um impacto na vida de toda a coletividade é o que se chama de coisa julgada.

A coisa julgada extrapola aqueles que estão participando diretamente do processo, e mais do que isso o judiciário apesar de ser invocado para participar dessa interpretação da Constituição Federal, só pode falar dentro deste processo, estando ele ao mesmo tempo produzindo regras. Ainda de acordo com Carlos Eduardo Dieder Reverbel¹⁰, o ativismo judicial é concretizado, sempre que o juiz extrapola a esfera do Direito e integra a da política. A ausência de prestígio das normas, a má administração dos recursos do Estado, a ineficácia política e a inércia legislativa são resolvidas com fundamento em critérios jurídicos, aumentando assim, o prestígio e a proeminência do Judiciário.

O direito constitucional é a grande área que dá espaço para essa atuação do poder judiciário. De interprete a aplicador de regra, ou seja, ele ao mesmo tempo que exerce a sua função original, também está criando novas regras e isso impacta de uma forma muito intensa os outros poderes e principalmente o legislativo que é arena, originalmente definida como espaço de debate e produção de novas regras.

Toda a transformação, provoca reação, o poder judiciário nesse sentido está tendo que se reinventar e se reinventar sem parâmetros, se reinventando em uma sociedade contemporânea onde os atores são diferentes, onde os atores falam individualmente dentro e também fora do processo numa sociedade, onde o espetáculo faz a política, e, portanto,

9 SILVA, Allysson Cristiano Rodrigues da. Análise do ativismo judicial como instrumento de efetivação do direito à saúde. 2017. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

10 REVERBEL, C. E. D. Ativismo Judicial e Estado de Direito. In: José Levi Mello do Amaral Júnior (org.). Estado de Direito e Ativismo Judicial. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 73

qual é a participação deste judiciário, nessa sociedade do espetáculo e onde cada vez mais os conflitos são dinâmicos e transformadores? Tassinari resume como o desenho do Poder Judiciário provido de hegemonia, com atribuições que não lhe são identificadas constitucionalmente¹¹

Isso não quer dizer que o direito é aquele que não se transforma ou que o direito não quer acompanhar a transformação da sociedade, ao contrário o direito deve ser tão dinâmico quanto a democracia e tão dinâmico quanto a sociedade. Agora o direito tem tempos específicos e o direito se transforma a partir do momento que ele é acionado e por meio do poder judiciário, quando o poder judiciário na sociedade atual ganha todo esse papel, é possível dizer que o poder judiciário na democracia brasileira tem ganhado um papel maior que o direito.

Ou seja, ele não só aplica o direito, mas ele também cria o direito, reinventa o direito e reinterpreta esse direito, tendo um peso maior dentro da organização e do modelo institucional brasileiro; para Habermas, a legitimidade de uma norma só é possível se a mesma for elaborada com a participação da sociedade de forma democrática, respeitando-se e positivando-se os princípios do discurso, pois “Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito.”¹²

O que se deve saber é que a judicialização da política não chega na sociedade brasileira simplesmente por uma vontade individual de um dos juízes; ela é resultado de escolhas feitas de forma legítima pela Constituição Federal no processo que colocou a sociedade brasileira, sendo um processo legítimo que começa na década de 80 e termina na Constituição de 88, com forte participação dos movimentos sociais e no modelo institucional, também escolhido por essa constituição. Então ela é decorrência de escolhas que nós como sociedade fizemos.

Os limites para essa atuação não estão dados, nem pelo texto constitucional, que é reinventado com novas interpretações a cada decisão; decisões estas que podem ser tomadas individualmente por um juiz, ou no STF pelos ministros também individualmente ou dentro do colegiado. Mas que afetam a nossa vida política e social e o diálogo entre estado e cidadão e entre cidadãos entre si. Vilhena denomina essas ações como sendo de Supremocracia. Referindo-se à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente o Poder Judiciário no Brasil, bem como à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. Neste sentido, finalmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se Supremo¹³

Inocêncio Mártires Coelho aborda acerca da questão da Supremacia da Constituição, elaborando as seguintes observações:

11 TASSINARI, C. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 32

12 HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Vol. 2, 2a ed. 2003, p. 326.

13 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista DireitoGV, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 445

“Já se disse praticamente tudo sobre a jurisdição constitucional, seja para defendê-la, seja para criticá-la. Para o bem ou para o mal, não podemos viver sem ela, pelo menos enquanto não descobriremos alguma fórmula mágica que nos permita juridificar a política sem ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça. Se o Estado é a forma por excelência de manifestação do poder político e a Constituição o seu estatuto fundamental, então onde quer que se institucionalizem relações de mando, alguém terá que arbitrar-lhes os inevitáveis conflitos.”¹⁴

São várias as razões que justificam a expansão da autoridade do Supremo como: a constitucionalização pormenorizada das relações sociais, econômicas e públicas e a mesmo a própria forma de organização institucional. Onde tudo é praticamente matéria constitucional, portanto, aumenta-se o número de litigiosidade havendo assim, uma maior possibilidade de se detectar incidentes inconstitucionais provocados pelos administradores e legisladores e todos esses casos são dirimidos no Supremo.

2.1 Ativismo judicial e seu papel nas causas afirmativas

Cabe iniciar este tópico trazendo que ao Poder Judiciário foi conferido a aplicação da lei aos casos concretos, observando-se e atendendo-se para imparcialidade em relação às opções políticas do legislador. Assim, Montesquieu recomendava que o Judiciário era um poder “invisível e nulo”, sendo os juízes “(...) apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor.”¹⁵

“Nasce, então, a tese positivista da separação entre a política e o direito, que nesse primeiro momento, é levada ao extremo, pois, muito embora se reconhecendo que o direito tem a sua gênese atrelada ao processo político, entende-se que, uma vez criado pelo legislador, deve ser considerado pelos juristas e pelos órgãos incumbidos sua aplicação de um modo puramente técnico, sem que entrem em linha de cogitação aos conflitos de interesse presentes no processo prévio de tomada de decisão.”¹⁶

Portanto, é de suma importância que haja a definição no tocante aos parâmetros, bem como delimitar os poderes do juiz constitucional. Pois, por meio dele é que decorre uma exigência fundamental da jurisdição constitucional que é a de não usurpar o papel do legislador ordinário, expressão da maioria de governo, substituindo-se àquele nas escolhas constitucionalmente admissíveis. Com isso, cumpre aqui ressaltar que, mesmo não assistindo ao juiz constitucional o direito de autolimitar-se no exercício dos seus poderes, a Constituição estabelece limites que devem ser sempre observados.

Neste sentido, Elival Ramos, afirma que é a da interpretação-aplicação, que consiste em uma atividade simultaneamente cognitiva e criativa. Não há como não reconhecer a atividade criadora do exercício da jurisdição.

“(...) os magistrados, longe de meramente declarar ou reproduzir um direito

14 COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão política da jurisdição Constitucional. Revista de Direito Administrativo. V. 225. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

15 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. São Paulo: Saraiva, 3a. ed, 1994, p.178.

16 RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

preexistente, contribuem para a sua configuração, entretanto, não de forma livre ou inteiramente desvinculada e sim a partir do texto a aplicar, cujo teor normativo resulta, precisamente, da atividade de concretização”¹⁷

Ao se falar a respeito da Constituição Brasileira, é importante destacar que a mesma utiliza as mais variadas cláusulas abertas, que acabam por incluir princípios e conceitos jurídicos indeterminados. Sendo indiscutível que esses conceitos possuem nuances de valoração que estão intrínsecos a um determinado grau de subjetividade, ainda que possam existir certezas positivas e negativas sobre o que significam ou deixam de significar. Tratando-se de princípios constitucionais, o fenômeno ainda é percebido com maior intensidade devido à sua intensa carga axiológica, sendo impossível falar em sentidos claros e unívocos.

“Na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete. O fato de existir consenso de que ao atribuir sentido a conceitos indeterminados e a princípios não deve o juiz utilizar-se dos seus próprios valores morais e políticos não elimina riscos e complexidades, funcionando como uma bússola de papel.”¹⁸

O termo ativismo não surgiu de um discurso judicial, o termo foi mencionado primeiramente em uma notícia veiculada na revista americana *Fortune*, que cabe aqui frisar que não é voltada para juristas, mas para o público em geral. O jornalista Arthur Schlesinger Jr., no artigo intitulado “The Supreme Court: 1947”, fez uma análise do perfil dos nove juízes da Suprema Corte norte-americana, onde alguns foram denominados de ativistas judiciais e outros com postura de autolimitação, reconhecendo um reflexo de uma tendência liberal ou conservadora de cada magistrado na atividade judicante.

A partir de então, em decorrência dessa publicação, a expressão passou a ser utilizada nos Estados Unidos por alguns constitucionalistas como uma forma de se criticar o comportamento judicial não correspondente com a opinião judicial dominante, esse fenômeno de exploração jurisdicional das possibilidades de um novo Direito, associado muitas vezes à qualificação de ativismo, transcende as fronteiras norte-americanas para alcançar quase todos os países que optaram pelo constitucionalismo no modelo ocidental.

Assim, cabe mencionar que Luiz Roberto Barroso, pode ser facilmente considerado como sendo a encarnação do ativismo judicial brasileiro, é um ministro relativamente jovem, advogado, regresso da advocacia, ingressou no STF ainda no ano de 2013, indicação da Presidente da República na época Dilma Rousseff¹⁹, sendo um ministro que durante toda a sua carreira como advogado se notabilizou pela defesa de causas afirmativas. Atuou por exemplo, como advogado na causa do aborto de anencefálicos, na manipulação de

17 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 82- 83

18 BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, Vol. 12, nº 96, Fev/Mai, 2010, p. 19.

19 «Nove juristas são cotados para vaga de Direito no STF». O Estado de S. Paulo. 1 de setembro de 2009. Consultado em 14 de abril de 2022

células-troncos embrionárias e na causa das uniões estáveis homossexuais²⁰.

Defendendo sempre uma pauta de mudança de valores constitucionais e sociais, de uma sociedade arcaica, para que ele possa se torna um pouco mais progressista. É um defensor convicto do ativismo judicial, cabe aqui inclusive trazer que quando o ministro foi sabatinado/questionado no senado, foi perguntado a ele sobre sua opinião acerca do da interferência do judiciário em outros poderes, onde ele respondeu que o judiciário não deve intervir nos poderes²¹.

No entanto, antes mesmo de adentrar ao STF, o mesmo havia publicado um artigo, onde descrevia um panorama do que seria o ativismo judicial, e em suas palavras, assevera que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (I) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (II) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (III) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas pública.²²

Assim, cabe aqui trazer alguns exemplos de decisões que foram tomadas pelo poder judiciário, mais especificamente pelo Supremo Tribunal Federal/STF, consideradas como sendo decisões ativistas, ou seja, decisões que extrapolaram das funções judicantes e adentraram na função de poder legislativo.

A primeira delas é uma decisão dada em 2016, onde a primeira turma do STF decidiu que aborto até 03 (três) meses de gravidez não seria crime, no entanto, o código penal não estabelece nenhum parâmetro de tempo para se considerar crime ou não o aborto. Simplesmente matou a criança no ventre é aborto, e não se discute, não existindo essa questão temporal. O legislador não estabeleceu isso na lei, não importando se tem um dia ou nove meses de gestação²³.

Assim, o Supremo Tribunal Federal/STF acabou por extrapolar os limites legais, extrapolando o código penal, ao estabelecer um período de três meses para o aborto não ser considerado crime, onde claramente uma decisão em que houve o ativismo judicial, que contrariou o estabelecido pelo código penal, ou seja, o que foi estabelecido pelo nosso legislador.

Há também uma outra decisão de março de 2018, em que o STF decidiu que as pessoas trans. podem mudar de nome no registro civil em cartório, mesmo sem decisão

20 Luis Roberto Barroso: "Antecipação terapêutica do parto". Entrevista ao jornal O Globo

21 «Senado aprova indicação de Luís Roberto Barroso para o STF». Agência Brasil, 5 de junho de 2013.

22 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.

23 «Aborto até 3º mês de gestação não é crime, decide 1ª Turma do STF». O Estado de S. Paulo. 29 de novembro de 2016. Consultado em 3 de maio de 2022

judicial. No entanto, a lei de registros públicos, diz que para haver essa mudança de nome, inclusive de um nome de mulher para outro nome de mulher, de homem para outro nome de homem, deve haver decisão judicial nesse sentido.

Surgindo assim, uma situação esdruxula com o ativismo, onde para um sujeito mudar de nome, por exemplo João para Maria, basta ir ao cartório manifestar à vontade, pagar os indumentos e o problema está solucionado, mas se o sujeito desejar mudar do nome de José para João ´necessário uma decisão judicial.

Criando uma insegurança jurídica sem precedentes, onde por exemplo, como fica os contratos que estão circulando, ou mesmo que esse sujeito decida sair do país, aumentando o risco de fraudes não sendo, portanto, uma decisão que não só macula a segurança jurídica, como acaba por ser um clássico do ativismo judicial, uma vez que coloca a situação como sendo causa de perplexidade.

3 | CONCLUSÃO

Judicialização, ativismo e politização do judiciário, a diferença entre essas três terminologias em primeiro lugar a questão da judicialização é uma decorrência da própria Constituição de 1988, que trouxe no seu bojo uma carta analítica, dirigente, uma serie de direitos, que empoderou diversas instituições, como o Ministério Público e Defensoria e que gerou também uma serie de legislação que vieram trazendo muitos direitos.

Incentivando as pessoas a entrarem no judiciário, os grupos a entrarem no judiciário os grupos sociais, todos os marginalizados antes do estado democrático de direito a pleitear antes do estado democrático de direito a pleitear inúmeros benefícios e direitos, previstos no ordenamento jurídico.

Então a judicialização decorre da própria Constituição de 1988, decorre depois da intensificação dos movimentos sociais do uso mais intensivo do poder judiciário para garantia de direitos. Diferentemente do ativismo judicial, onde ele já representa uma discussão, onde até a tese de titularidade que fala do ativismo judicial do Elival da Silva Ramos, trabalha com esse conceito no sentido de dizer que o ativismo seria uma distorção do emprego do exercício da função jurisdicional para além daquilo que existe no ordenamento jurídico.

É o que se fala muito no principiologismo, uma questão de supremacia em que algumas vezes o judiciário extrapolou da análise, da discricionariedade administrativa e acaba impondo certas condutas. Havendo, portanto, a necessidade de discussão acerca de Sef-restraint, ou seja, de autocontenção do judiciário, sobretudo no âmbito da questão da judicialização da saúde, onde o próprio Olival tem artigos em que ele diz que por vezes o judiciário ao deferir tratamentos caros de medicamentos, onde ainda era contestada, isso gerava um efeito de Robe Hood às avessas.

Por que enquanto a gestão pública calculada com base no orçamento do deferimento em massa de benefícios e de medicamentos para tratamento de saúde pública, as pessoas

da elite entravam no judiciário pleiteando tratamentos caros, e até mesmo tratamentos inócuos com medicamentos e as vezes tratamentos caríssimos e cuja eficácia ainda não era comprovada.

Diante dessas arbitrariedades, desses excessos houve a necessidade de retrain um pouco a questão do ativismo, para que o judiciário exercitasse dentro dos parâmetros do ordenamento jurídico sua função jurisdicional. O pior mesmo do cenário seria a politização do judiciário, onde é sabido que o judiciário é contra majoritário, por que o judiciário não decide só com base na opinião pública.

Devendo decidir com base no que o ordenamento jurídico determina, uma vez que a opinião pública ela é manejada pela mídia, influenciada e mesmo violenta, havendo inclusive posicionamentos inconstitucionais. Isso não significa que o magistrado tenha que ser neutro, até mesmo porque nenhum ser humano é neutro, onde todos possuem suas ideologias, visão de mundo, mas ao decidir, ele deve decidir objetivamente com base naquilo que existe no ordenamento jurídico e não simplesmente com base na sua orientação política e no seu projeto político de poder.

REFERÊNCIAS

«Aborto até 3º mês de gestação não é crime, decide 1ª Turma do STF». O Estado de S. Paulo. 29 de novembro de 2016. Consultado em 3 de dezembro de 2016

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, Vol. 12, nº 96, Fev/Mai. 2010.

BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Vol. 5, número especial, 2015. Brasília: UniCEUB, 2015, p.30.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado, ano 4, nº 13:71-91, jan/mar. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010. Brasília: Senado Federal.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF. STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 519778 RN (STF). Data de publicação: 05/03/2014.

_____. _____. STF, STA 175-AgR/CE, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/3/2010, DJe, 29/4/2022.

_____. _____. Recurso Extraordinário N. 195.192/RS. Relator: Marco Aurélio – Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 31 de mar. 2000.

_____. _____. Recurso Extraordinário n. 271.286/RS. Relator: Celso de Mello – Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 12 de setembro de 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão política da jurisdição Constitucional. Revista de Direito Administrativo. V. 225. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Vol. 2, 2a ed. 2003.

HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, n. 251, maio/agosto de 2009.

«Luis Roberto Barroso: “Antecipação terapêutica do parto”». Entrevista ao jornal O Globo.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. São Paulo: Saraiva, 3a. ed, 1994.

«Nove juristas são cotados para vaga de Direito no STF». O Estado de S. Paulo. 1 de setembro de 2009. Consultado em 14 de junho de 2015

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REVERBEL, C. E. D. Ativismo Judicial e Estado de Direito. In: José Levi Mello do Amaral Júnior (org.). Estado de Direito e Ativismo Judicial. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2010.

«CCJ do Senado aprova indicação de Luís Roberto Barroso para o STF». *Agência Brasil*, 5 de junho de 2013

SILVA, Allysson Cristiano Rodrigues da. Análise do ativismo judicial como instrumento de efetivação do direito à saúde. 2017. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017

TASSINARI, C. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. Yale Law Journal, vol. 115, nº 6, p. 1346-1406, abr. 2006.

JUDICIALIZAÇÃO NA SAÚDE: EFETIVIDADE PRESTACIONAL DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

Data de aceite: 04/07/2022

Data de submissão: 10/06/2022

Caroline Berguetti Costa

Bacharel em Direito UNEMAT/Diamantino
Arenápolis – Mato Grosso
<http://lattes.cnpq.br/6801569419324006>

RESUMO: O direito à saúde é um dos direitos fundamentais e, portanto, está previsto o dever de prestação a ser garantido pelo Estado para que a dignidade da pessoa humana não seja violada. Diante disso, a judicialização da saúde revela-se como uma possibilidade de acesso de medicamentos e procedimentos de saúde de forma célere. Para tanto, foi utilizada a metodologia de pesquisa descritiva e qualitativa para que haja a possibilidade de uma maior capacidade teórico-metodológica. Justifica-se a escolha do tema, por se tratar de uma problemática atual, e devido às proporções que esta questão afeta à população. A discussão do trabalho também está inserida na questão de filas de espera do SUS, de modo que é constantemente mencionado sobre essas filas de espera em se tratando de prestação de serviços públicos. O trabalho foi realizado havendo um estudo formal sobre a matéria, e por fim um estudo sobre os procedimentos seguidos pelas agências reguladoras na habilitação do paciente para recebimento da cirurgia cardíaca, sem, contudo, esgotar o estudo acerca da temática da judicialização da saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Judicialização.

JUDICIALIZATION IN HEALTH: SERVICE EFFECTIVENESS OF HEALTH SERVICES

ABSTRACT: The right to health is one of the fundamental rights and, therefore, the duty to provide it is foreseen to be guaranteed by the State so that the dignity of the human person is not violated. In view of this, the judicialization of health reveals itself as a possibility of accessing medicines and health procedures quickly. For this purpose, a descriptive and qualitative research methodology was used so that there is the possibility of a greater theoretical-methodological capacity. The choice of theme is justified, because it is a current problem, and due to the proportions that this issue affects the population. The discussion of the work is also inserted in the question of SUS waiting lines, so that it is constantly mentioned about these waiting lines when it comes to the provision of public services. The work was carried out with a formal study on the matter, and finally a study on the procedures followed by regulatory agencies in enabling the patient to receive cardiac surgery, without, however, exhausting the study on the theme of the judicialization of health.

KEYWORDS: Right to health. Judicialization.

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar a demanda judicial na saúde, tendo em vista o entendimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), da

Constituição Federal (CF) de 1988 e da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) que relativizam a responsabilidade no fornecimento dos procedimentos pelo Município, Estado e União.

Desse modo, o presente trabalho tem relevância social, uma vez que o acesso à saúde é um direito fundamental, e quando não há a possibilidade do fornecimento o obstáculo deve ser enfrentado, para evitar prejuízos à dignidade da pessoa humana, sem esquecer que podem ocorrer hipóteses que a não efetividade prejudica o direito à vida.

O trabalho tem relevância jurídica, pois, o Superior Tribunal Federal (STF) fixou tese acerca do Recurso extraordinário (RE) 855178/2019, com o entendimento de que a responsabilidade nas demandas prestacionais da área da saúde devem ser respondidas solidariamente pelos entes federais (Estado, Município e União). Ademais, também consta no artigo 198, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988, que o Sistema Único de saúde terá o seu financiamento através do orçamento da seguridade social, ou seja, recurso financiado por toda a sociedade de forma direta e indireta, recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo, assim, uma responsabilidade coletiva.

Muitas vezes os procedimentos cirúrgicos apresentam valores exorbitantes, o que inviabiliza o dispêndio de recursos por vias particulares. Diante disso, é imprescindível o efetivo fornecimento do procedimento cirúrgico pelo SUS, principalmente diante da incapacidade de custeio do procedimento pelas classes baixa e média da população, ou seja, a condição econômica acaba influenciando diretamente sobre a vida do paciente.

O trabalho também tem relevância científica uma vez que servirá de referência e de incentivo a novas pesquisas. A problemática do presente trabalho buscou trazer respostas se o Estado tem condições de aumentar a sua oferta de atendimento à saúde, ou quais medidas podem ser tomadas para haver resolução na problemática.

Ademais relembra-se a relevância jurídica, uma vez que o Direito tem a função social na prestação deste serviço. Nesta perspectiva é imprescindível discutir a efetividade da legislação, bem como os meios de sua aplicação. Diante disso, os operadores do Direito, assim como o Poder Judiciário, não podem tolerar o não atendimento das demandas, de modo que esta pesquisa buscou apresentar o Direito como instrumento para a efetivação.

2 | METODOLOGIA

No presente trabalho foi realizada a pesquisa descritiva, quantitativa e qualitativa. A pesquisa qualitativa possibilitou uma maior liberdade teórico-metodológica, (BRÜGGER, 2011).

A pesquisa qualitativa abrangeu a discussão sobre o fenômeno da judicialização do direito à saúde no contexto brasileiro. Para tanto, foram analisadas jurisprudências sobre judicialização na saúde. A pesquisa bibliográfica é “a que se desenvolve tentando explicar um problema, utilizando o conhecimento disponível a partir das teorias publicadas em livros

ou obras congêneres” (KÖCHE, 2015, p. 122). Também foi utilizada pesquisa de legislação aplicada envolvendo o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Abordagem sobre o direito a saúde

O direito à saúde está presente na Declaração dos Direitos Humanos de 1948, no seu artigo XXV, que dispõe a relação indissociável entre o direito à vida e o direito à saúde, sem contar que apresenta um panorama geral da amplitude da garantia estabelecida no direito à saúde, assim, destaca-se o fator de que o ser humano possui o direito a qualidade de vida que seja suficiente para fornecer a si e a sua família, alimentação no que caracteriza sua subsistência, vestuário limpo, habitação digna, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, entre outros, tudo sendo caracterizado como o direito a saúde e bem estar. Assim se percebe o reconhecimento da saúde como valor fundamental a toda pessoa humana, sem distinções.

Neste sentido cabe refletir sobre a relevância que há na ágil prestação do serviço de saúde e dos danos que podem surgir quando há demora na prestação. Portanto, verifica-se a exigência de tutela de urgência pelas partes que necessitam deste procedimento, conforme dispõe o artigo 300 do Código de Processo Civil Brasileiro. Por sua vez, a Constituição Federal determina em seu artigo 6º, o direito a saúde como um direito social, devendo então a saúde ser garantida e resguardada pelo Estado.

A judicialização do direito à saúde apresenta-se como um fenômeno social, que se apresenta como a última esperança do paciente que não teve o seu direito constitucional garantido. A incompatibilidade da demanda e oferta é a causa das filas constantes na rede do Sistema Único de Saúde. E para Hugo de Brito Machado (2004, p.7), o qual explorou as origens e consequências das filas no âmbito da saúde, é possível compreender que a fila é originária de três fatores, sendo eles: governamental, autoridades individuais e profissionais da saúde, os referidos fatores em conjunto refletem diretamente no fornecimento dos procedimentos gerando exaustivas filas na rede SUS quando não havendo esforço para saná-la. Verificam-se situações de não fornecimento/atendimento à saúde e com riscos de morte durante a fila de espera do SUS, somente pelo fato de se tratar de dinheiro público envolvido no atendimento à saúde.

O direito à saúde está disposto na Constituição Federativa do Brasil, devendo o Município, Estado e União resguardar esta garantia e buscar mecanismos que garantam a efetivação desse direito. Assim, este direito está disposto na Constituição Federal de 1988 com um tópico próprio que abrange o artigo 196 ao 200 e o artigo 23 este que traz acerca das competências:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

No que se refere ao art. 198 da CF o mesmo exibe sua extrema importância formulando a estrutura geral do Sistema Único de Saúde trazendo em seus incisos as diretrizes que o norteiam.

A legislação dispõe sobre a tutela de urgência em se tratando de prejuízo de dano ou risco do não fornecimento imediato. Portanto a tutela de urgência integra os casos de alta complexidade¹, devido requerer atendimento especializado, a Portaria SAS/MS n. 968, de 11 de dezembro de 2002, é quem define e elenca os procedimentos considerados de alta complexidade ambulatorial e hospitalar.

A Carta Magna resguarda o direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana estabelecendo, no plano formal, um rol de garantias para que o fornecimento/atendimento à saúde seja da forma mais breve possível.

Logo, espera-se que as legislações supramencionadas sejam suficientes para alcançar a proteção necessária na efetivação do direito à saúde, de modo que, ao analisar a capacidade de oferta e a imoderada quantia de demandas, cabe refletir se a pactuação realizada entre Município (s) e Estado possui validade e se as determinações judiciais de fornecimento têm sido atendidas.

Como se observa há real possibilidade de concretização judicial do direito tendo em vista o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e sendo o direito a saúde amplamente mencionado na Constituição Federal.

2.1.1 Legislação brasileira acerca do direito à saúde: Abordagem envolvendo Constituição Federal, Direitos Humanos e a Lei Orgânica da Saúde

Até o momento foi abordado o direito à saúde, perpassando pela legislação que o Poder Judiciário utiliza para exigir a prestação deste direito pelo Estado.

Conforme conceitua a Organização Mundial de Saúde, no preâmbulo de sua Constituição (1946), “saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”.

O referido conceito resultou da junção histórica da definição do que seria saúde. Hipócrates, filósofo grego do século IV a.C., reflete sobre a influência da cidade e os hábitos dos cidadãos no tocante à saúde, e concluiu que o médico é capaz de tratar as doenças da população, se houver conhecimento sobre as especificidades da população, sem incorrer em erros (1950. p. 90-111).

Engels, filósofo alemão do século XIX, em seu livro “A situação da classe trabalhadora na Inglaterra” estudou a vida de trabalhadores, no prelúdio da Revolução Industrial. O autor obteve conclusão semelhante a de Hipócrates, afirmando que a cidade, a vida de seus

¹ Entende-se “alta complexidade” por “Conjunto de procedimentos que, no contexto do SUS, envolve alta tecnologia e alto custo, objetivando propiciar à população acesso a serviços qualificados, integrando-os aos demais níveis de atenção à saúde (atenção básica e de média complexidade)” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, SUS de A a Z, 2009). Exemplos de alta complexidade são assistência ao paciente oncológico; cirurgia cardiovascular; cirurgia vascular; cirurgia cardiovascular pediátrica; procedimentos da cardiologia intervencionista; procedimentos endovasculares extracardíacos.

habitantes, o ambiente de trabalho, são os fatores responsáveis pelo nível de saúde das populações (1986).

A Constituição Federal em seu artigo 6º apresenta o direito à saúde no rol dos direitos sociais, tal determinação o insere em uma categoria de priorização de prestação de assistência. O artigo 196 dispõe como dever do Estado esta prestação através de políticas sociais e econômicas, estabelecendo que esta assistência seja concedida de maneira igualitária com acesso universal. Este artigo é determinante devido ao fato de estabelecer que a saúde deva ser prestada sem que haja possibilidade de os entes-políticos se esquivarem do fornecimento.

A jurisprudência pátria encontra-se em sintonia com a proteção normativa de que o Estado possui dever de efetivar o acesso saúde, e, sendo assim, segue o julgado que se coleciona oportuno:

“O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República” (STF, RE 241.630-2/RS, Rel. Min. Celso de Melo, Diário da Justiça, Seção 1,3 abr. 2001). (Grifos meus).

A tutela do Direito a saúde provém inclusive do âmbito internacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU, 1948) dispõe sobre a saúde e bem-estar do ser humano como sendo um direito humano.

A saúde enquadra-se como um direito humano de Segunda Dimensão, de modo que se exige que a sua prestação ocorra pelo Poder Público, através de prestações positivas em sua implementação, sobretudo através de políticas públicas.

Paulo Bonavides (2016) menciona que os direitos de Segunda Dimensão nasceram a partir do século XX, visando à igualdade material. Trata-se, assim, de direitos dos âmbitos econômico, social e cultural, incluindo os direitos das coletividades. Assim adquirirão relevância em sua prestação para a sociedade, tendo em vista a proteção da coletividade. Conforme Ramos podemos ver a seguir acerca dos direitos de segunda dimensão:

A inclusão de direitos associados à melhoria das condições de vida da classe trabalhadora é considerada um dos marcos do advento do constitucionalismo social-democrático. Entretanto, do exame concreto de Constituições com esse perfil, resulta a conclusão inelutável de que não há uniformidade de tratamento em relação a essa categoria de direitos fundamentais nem mesmo no âmbito de um determinado ordenamento constitucional. Daí as inúmeras sistematizações doutrinárias que, calcadas no Direito Positivo de um Estado

em particular, aludem a diversas modalidades de direitos sociais. (RAMOS, 2007, p. 5)

Luiz Roberto Barroso exemplifica a grandiosidade dos direitos sociais tutelados pela Carta Magna:

O Estado constitucional de Direito gravita em todo da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. Os direitos fundamentais incluem: a) a liberdade, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a igualdade, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos. (BARROSO, 2007, p. 10-11)

Considerando-se as ações e serviços de saúde garantidos pela CF/88, foi sancionada a Lei Orgânica da Saúde N°8.080/90 que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”, conforme especificado no preâmbulo da Lei.

No art. 2º da Lei Federal 8.080/90, “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Tal artigo reafirma o dever do Estado na prestação deste direito à sociedade e em seu parágrafo primeiro traz do dever do Estado:

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

A referida Lei regulamenta as ações do Sistema Único de Saúde e seu funcionamento descentralizado. E, em seu art. 7º faz menção à Constituição, assegurando, assim, a ligação entre a Lei específica e o texto constitucional:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - Universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - Integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e

coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; (Grifos meus)

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - Igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie [...].

Diante desses apontamentos percebe-se que a prestação do serviço de saúde deve ocorrer independente do nível de complexidade, devendo o usuário ser assistido sem distinção de raça, cor, religião ou classe social.

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

A legislação também prevê que em caso de insuficiência de disponibilidade na prestação poderá haver participação complementar de serviços prestados pela iniciativa privada, sendo esta a solução quando encontradas filas extensas em Hospitais Públicos que impeçam a efetivação do fornecimento conforme estabelecido no art. 24, da Lei 8.080/90.

2.1.2 Dos Princípios Constitucionais e Processuais relativos ao Direito à Saúde

Inicialmente cabe dizer que, mais do que simplesmente observar a classificação legislativa da saúde, deve-se analisar quais os princípios correspondem a esta garantia, visando a sua efetiva prestação.

Neste sentido, segundo Hugo de Brito Machado (1989, p.11) “Os princípios constituem a estrutura do sistema jurídico. Os princípios são os vetores do sistema”. Portanto, são fundamentais em todos os ramos do estudo do Direito. Para a efetividade do direito à saúde é adequada a aplicação do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade.

Conforme o filósofo grego Aristóteles (384-322 a.C) na obra *Ética a Nicômaco*, Livro V, o conceito de igualdade consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualem”. Amparado também pela Carta Magna em seu artigo 5º, *caput*, o Princípio da Igualdade é caracterizado não somente pela busca da igualdade material, mas também pela igualdade substancial, para haver um tratamento justo.

O doutrinador John Rawls em sua obra *Uma teoria da justiça*, de 1971, sustenta a idéia de justiça como equidade devendo portanto, a justiça ser entendida desta forma e não como igualdade. Rawls formulou princípios de justiça social que, conforme seu

entendimento estes desempenham papel regulador nas instituições políticas, econômicas e sociais que formam a estrutura básica da sociedade, devem estes princípios inclusive nortear os valores de liberdade e igualdade que regem a sociedade. Para Sen (2002) no que se refere aos princípios de justiça social e equidade a saúde deve possuir local de destaque em sua luta. Ainda o mesmo adverte que a equidade em saúde não poderia deixar de ser uma característica central da justiça.

No tocante ao princípio da proporcionalidade, este previsto no rol do artigo 5º da CF/88, e que classificado como direito fundamental, destaca-se que, “havendo uma colisão entre direitos fundamentais, é possível limitar o raio de abrangência de um desses direitos com base no princípio da proporcionalidade” (PEREIRA, 2007 p.24).

Stephen Holmes e Cass Sunstein (1999, p. 9) mencionam que os direitos não devem ser encarados como uma prestação absoluta, devido ao fato de implicar em determinado custo financeiro e estar sujeito às limitações orçamentárias. Assim, os direitos fundamentais devem ser analisados com base no princípio da proporcionalidade.

O conceituado filósofo Robert Alexy (2002) desenvolveu em seus estudos a ideia de que os princípios são mandamentos de otimização. O mesmo autor menciona que os princípios são “normas que demandam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas” (ALEXY, 2002, p. 47). Tal definição reflete sobre a capacidade do Estado em prestar a assistência integral à saúde, sendo ofertado em vários graus, dependendo do que seria juridicamente possível, sendo este determinado através de princípios e regras opostas.

A Constituição Federal de 1988 veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (LOA) (art. 167, inc. I), a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, inc. II), bem como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, inc. VI). Observa-se, dessa forma que o legislativo buscou planejar as despesas realizadas pelo Poder público. Entretanto, por óbvio o juiz possui autonomia para ordenar que o gestor público realize determinada despesa para que se façam valer direitos constitucionais.

O princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis. Flávia Danielle Santiago Lima afirma que: “O conceito de reserva do possível é uma construção da doutrina alemã que dispõe, basicamente, que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos.” (in: “em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais: considerações sobre o conceito de reserva do possível”).

O princípio da Reserva do Possível vem para estabelecer limites tendo em vista que existem situações que seriam completamente inviáveis que se ordenasse o Estado cumprir, por exemplo exigir que um Município pequeno, com arrecadação insuficiente, fosse

obrigado a construir um grande Hospital dessa forma o Município não seria capaz de arcar com as despesas e ficaria inadimplente, entretanto na medida do razoável, o magistrado pode determinar que um hospital particular execute um determinado tratamento cirúrgico em um paciente coberto pelo SUS, autorizando que o hospital faça a compensação dos gastos efetuados com a operação com tributos de responsabilidade do ente demandado.

A Emenda Constitucional 29/2000 permitiu a destinação de receitas de impostos para as ações e serviços públicos de saúde (art. 167, inc. IV, da CF/88). A autorização judicial para que particulares substituam a função do Estado na concretização de direitos fundamentais, mediante a compensação fiscal dos custos efetuados pelo particular, é uma solução criativa, difícil de ser executada, mas que pode ser bastante útil para contornar os limites impostos pela reserva do possível.

Quando se refere à efetividade do direito à saúde, se faz necessário compreender que há o direito definido em lei, com o reconhecimento de garantia da prestação por parte do Estado. No entanto, deve-se pensar que muitas vezes a oferta não consegue alcançar a demanda. A judicialização da saúde tornou-se um fenômeno no Brasil, com grande quantidade de demandas judiciais, e, conforme Luís Roberto Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2009. p.3).

Para tanto se percebe que o não fornecimento de procedimentos, os quais são garantidos pela legislação, gera a judicialização da saúde, com objetivo de o Poder Judiciário determinar/exigir que o Poder Executivo cumpra com a sua obrigação constitucional. Barroso traz ainda acerca das causas que trouxeram a expansão na judicialização:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. [...] A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. [...] A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. (BARROSO, 2008, p. 3-4)

Dessa forma através desta judicialização busca-se uma forma de colocar em prática os direitos estabelecidos na legislação.

3 | CONCLUSÃO

O direito à saúde é um direito humano fundamental, sendo de responsabilidade do Município, do Estado e da União promover o fornecimento destes procedimentos. O não atendimento ao usuário é inadmissível, tendo em vista a amplitude de normas que protegem este direito e da própria burocracia Estatal para concretizá-lo.

Considerando que a legislação traz de forma bem completa e não se ausenta no que diz tratar do dever de fornecimento da saúde pública, tendo menção do mesmo na Constituição Federal, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, Organização Mundial de Saúde, Lei Orgânica da Saúde entre outros, resta explícita a importância deste direito fundamental.

É necessária a aplicação da tutela de urgência exposta no art. 300 NCPC pelas partes que necessitam dos procedimentos de alta complexidade, estes que se fazem diretamente vinculados ao direito à vida.

O presente trabalho demonstrou que em caso de insuficiência de disponibilidade na prestação poderá haver participação complementar de serviços prestados pela iniciativa privada, sendo esta a solução quando encontradas filas extensas em Hospitais Públicos que impeçam a efetivação do fornecimento conforme estabelecido no art. 24, da Lei 8.080/90.

É possível concluir que há complexidade para a resolução da problemática encontrada tendo em vista a crescente demanda e limitação encontrada pelo Estado no que se refere a pessoal e equipamentos.

Observa-se que a problemática das demandas cardiológicas afeta significativamente mais as famílias de baixa e média renda, estas que já se encontram em vulnerabilidade social, sendo que o acesso aos procedimentos cardiológicos chega apenas àqueles que possuem acesso à justiça, sendo que muitos no estado de necessidade não conhecem acerca de seus direitos.

A judicialização em si oferta à população a chance de pressionar o poder público a fornecer os procedimentos. No entanto, o sistema jurídico e a sua cultura positivista não são suficientes para que se torne efetivo o fornecimento conforme o mandado de intimação emitido pelo juiz para cumprimento levando em consideração que os gestores também se encontram limitados.

Observa se então a necessidade de abertura de novas contratações, seletivos, licitações e outros meios que tornaria possível a resolução do problema demanda e oferta incompatíveis, sendo então necessárias alterações nas leis municipais viabilizando estas necessidades que demandam tempo e orçamentos, sendo a solução uma relação mais estreita entre o judiciário e o poder público trabalhando em conjunto e não apenas

abandonando o outro a própria sorte sobre risco de bloqueio de contas.

Por fim, conclui-se que o Estado deve buscar meios para ampliar as suas condições de oferta de procedimentos, para que as extensas filas sejam eliminadas, e que a população seja atendida conforme as suas necessidades e urgências. Sendo assim, observa-se que o Judiciário busca a efetividade do direito à saúde, julgando em grande parte como procedentes as demandas, devido à gravidade do não fornecimento. E diante da demanda de saúde, cabe ao Estado buscar alternativas viáveis, tais como mutirões de atendimento, novas contratações entre outras maneiras, para que tenhamos assim a resolutiva.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Arthur Kaufmanns **Theorie der Rechtsgewinnung**. In: NEUMANN, Ulfrid; WINFRIED, Hassemer; SCHROTH, Ulrich. *Verantwortetes Recht: die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmann*. Stuttgart: F. Steiner, 2003a. p. 47-66 (Archiv für Recht- und Sozialphilosophie = Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy; n. 100).

BARROSO, L. R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009. Disponível em <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso: 01 nov.2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31.ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2016. (p. 574-578).

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dados extraídos do sistema de acompanhamento da Resolução CNJ n. 107**, em junho de 2014. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/03/demandasnoatribunais.forumSaude.pdf>> Acesso: 01.nov.2019.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Informações de Saúde. Estatísticas Vitais**. Brasília: MS; 2016.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. **Regulação em Saúde / Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. Brasília: CONASS, 2011. 126p. (Coleção Para Entender a Gestão do SUS 2011). p.19-33. Disponível em <https://www.conass.org.br/bibliotecav3/pdfs/colecao2011/livro_10.pdf>. Acesso: 18 out.2019.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso: 10 set.2019.

BRASIL. **DJE/CNJ nº 61/2010**, de 07/04/2010, p. 9-10. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173#:~:text=1%C2%BA%20Fica%20institui%C3%ADdo%2C%20no%20%C3%A2mbito,dos%20processos%20judiciais%20e%20%C3%A0>>.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 241.630-2/RS, Rel. Min. Celso de Melo, Diário da Justiça, Seção 1,3, abr. 2001.

BRASIL. **CÓDIGO CIVIL DE 2002. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso: 10 set.2019.

BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm> Acesso: 10 set.2019.

BRÜGGER, Maria Teresa Caballero. **Metodologia da pesquisa e da produção científica.** Brasília: WEducacional e Cursos LTDA, 2011.

COSTA, Caroline Berguetti. **A judicialização na saúde: análise jurídica da demanda cardiológica do Estado de Mato Grosso.** 2021. Trabalho de conclusão de curso – UNEMAT – Universidade do Estado de Mato Grosso.

ENGELS, F. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra.** São Paulo, Global Ed., 1986. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4662435/mod_resource/content/1/ENGELS.pdf>. Acesso: 25 out. 2019.

HIPPOCRATES. **The medical works of Hippocrates**; a new translation from the original greek made especially for English readers by the collaboration of John Chadwick and W. N. Mann. Springfield, Ill. Thomas, 1950. p. 90-111.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York: Norton, 1999 p.9.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica:** teoria da ciência e iniciação à pesquisa. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso: 10 set.2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)** - 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso: 25 out.2019.

MACHADO. Hugo de Brito. **Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988.** São Paulo: RT, 1989.

Ministério da Saúde. **O SUS de A a Z:** garantindo saúde nos municípios. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. (p.27 e p.140). Disponível em <<http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/>> Acesso em: 01.nov.2019.

ONU - https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf

RAMOS, E. da S. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas:** a Efetivação dos Direitos Sociais à Luz da Constituição Brasileira de 1988. Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, v. 102, p. 327-356, 2007.

SEN, Amartya. **¿Por qué la equidad en salud?.** Rev Panam Salud Publica, Washington, v. 11, n. 5-6, jun. 2002.

CAPÍTULO 8

BREVE ANÁLISE HISTÓRICA SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DOS MÉDICOS E OS POSSÍVEIS CRIMES EM PROCEDIMENTOS EXPERIMENTAIS SEM AUTORIZAÇÃO EM SERES HUMANOS

Data de aceite: 04/07/2022

Israel Queiroz Carvalho de Araújo

Advogado geral da Rede de Saúde Adventista Silvestre, Pós-graduado lato sensu em Direito da Saúde pela PUC - RJ, Mestrando em Direito da Saúde pela UNISANTA – SP, Pós-graduando lato sensu em Direito Penal e Processo Penal pela UNASP – SP Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Ivelise Fonseca de Matteu

Coordenadora do curso de Direito, UNASP São Paulo – SP, Brasil

RESUMO: **Introdução/contextualização:** A medicina, mesmo quando não estruturada como ciência, sempre teve extrema relevância social, e desta forma, o motivo deste trabalho é analisar o desenvolvimento da medicina ao longo da história apontada para o dinamismo inerente ao direito, no qual se refaz a todo instante para se adequar às novas situações fáticas, a fim de analisar, a responsabilidade penal do médico. Isto porque, ter a possibilidade de aferir a responsabilidade durante o exercício da atividade profissional contribui demasiadamente para que a categoria se fortaleça, aumentando assim, a qualidade na prestação do serviço e, sobretudo, trazendo aos pacientes maior segurança técnica e jurídica, a fim de conferir justiça e segurança entre as partes das relações e, sobretudo, à sociedade. **Objetivo(s):** Conhecer a historicidade da responsabilização penal dos médicos, bem como a responsabilidade penal em experimentos em seres humanos

sem autorização, e os desafios de ferramentas que levem a prevenir a resposabilização penal culposa. **Método:** Utilizamos o método interpretativo, dialógico, argumentativo e livros. **Desenvolvimento/resultados:** Com o avanço da medicina, houve grande contribuição para a criação de ferramentas teóricas e práticas de prevenção de erros, possibilitando desta forma, maior reflexão sobre a importância da história no desenvolvimento das atividades dos médicos. **Conclusão/considerações finais:** Finalidade social em utilizar os avanços da medicina para a protocolos que levem a evitar responsabilidade penal culposa por parte do médico. **PALAVRAS-CHAVE:** Médicos, responsabilidade penal, crimes, justiça.

1 | INTRODUÇÃO/CONTEXTUALIZAÇÃO

A medicina era uma profissão vista pela sociedade como não passível de arguir nenhuma forma de responsabilização. Entretanto, com o passar dos anos, a responsabilidade médica começou a ganhar aceitação pelas ciências biológicas e jurídicas, de modo que o médico, na condição de profissional, passou a estar sujeito às sanções legais; e, em contrapartida, se exigiu dos tribunais que a aplicação dessas sanções ocorresse de forma prudente, haja vista que a responsabilização da categoria não poderia servir de álibi para desprestigiar os médicos e denegrir a sua reputação enquanto profissionais [1]. (FRANÇA, 2017, p. 1419)

Portanto, quando o médico produz um

dano ao paciente, ele responde penalmente, salvo se comprovar a inexistência de culpa. Na esfera penal, vigora a teoria subjetivista da culpa, de modo que existe uma previsibilidade de dano, muito embora o agente não tenha desejado o resultado nem sequer assumido o risco de produzi-lo [2]. (FRANÇA, 2014, p. 191)

A responsabilidade dos médicos, na qualidade de profissionais liberais, baseia-se no princípio da culpa, em que se verifica, por parte do profissional, a realização de uma conduta sem a precaução necessária que deveria ter e, conseqüentemente, por não considerar que a qualquer momento pode ocasionar dano, o médico acaba agindo sem o devido cuidado. Logo, quanto maior o grau de previsibilidade do resultado danoso, maior será a caracterização da culpa profissional [1]. (FRANÇA, 2017, p. 1.414)

2 | OBJETIVOS

Conhecer a historicidade da responsabilização penal dos médicos e seus desafios na identificação de encontrar soluções mais atualizadas e adequadas para cada caso, em especial a responsabilização em procedimentos experimentais em seres humanos que tragam responsabilidade penal, levando ao debate se há possibilidade de ferramentas de prevenção.

3 | MÉTODO

Os dados colhidos foram por meio de produção científica e legislações vigentes, sendo utilizado o método interpretativo, dialógico e argumentativo, e por meio desta, chegou-se a uma conclusão.

4 | DESENVOLVIMENTO

Ao longo da história, infelizmente, se registrou a participação médica na autoria de marcantes crimes contra a humanidade e contra a vida, principalmente durante a 2ª Guerra Mundial, Guerra do Vietnã, entre outros períodos históricos [3]. (Prates; Marquardt, 2003, p. 241)

O erro médico, no campo da responsabilidade, pode ser de ordem pessoal ou de ordem estrutural. É estritamente pessoal quando o ato lesivo se deu, na ação ou na omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais referentes às suas condições físicas ou emocionais. Pode também o erro médico ser procedente de falhas estruturais, quando os meios e as condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para uma resposta satisfatória [2]. (FRANÇA, 2014, p. 191)

O erro médico pode ser compreendido como uma espécie de falha cometida pelo médico durante o exercício de sua atividade. Não se deve confundir o erro médico como similar às situações em que há insucesso de um diagnóstico, falha na proposta de uma

terapia e uso inadequado de um equipamento, pois estas são hipóteses em que há um juízo prévio de valor a respeito de um fato que ainda não foi julgado e, ainda, desconsidera-se a existência de um evento adverso [4]. (OLIVEIRA, 2006, p. 10)

De acordo com a visão de Genival Veloso França [1] (2017, p. 1.414) a responsabilidade médica configura-se como uma obrigação que pode ocorrer em âmbito civil, penal ou administrativo, na qual os médicos, no desempenho da atividade profissional, podem estar sujeitos à responsabilização quando na prática de um resultado lesivo ao paciente, seja por imprudência, imperícia ou negligência.

O erro médico pode se dar pela via legal ou moral. A primeira delas é de incumbência dos tribunais, no qual realizam a apuração do fato por meio de ações judiciais. Já a responsabilidade moral se relaciona com a atuação dos Conselhos de Medicina através de procedimentos ético-disciplinares, com fundamento no art. 21, parágrafo único da Lei nº 3.263/1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045/1958 [2]. (FRANÇA, 2014, p. 191)

Obviamente, há de se destacar que os referidos profissionais estão protegidos e alicerçados nos limites que a lei impõe no que se refere na consequência negativa profissional, que difere do erro relacionado à perícia profissional, pois aquele está limitada no desenvolvimento da ciência e da tecnologia, enquanto a imperícia está ligada diretamente ao fato de não ser observada toda técnica já desenvolvida pela ciência e tecnologia, sendo portado uma responsabilização penal culposa, conforme entendimento do STM:

EMBARGOS - HOMICÍDIO CULPOSO QUALIFICADO POR INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO, ARTE OU OFÍCIO - RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO - NEGLIGÊNCIA - INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. 1. 2º Tenente Médico que realiza cirurgia no joelho direito da vítima e esquece faixa de Esmarch. 2. Resultado morte decorrente de violação de dever de cuidado. 3. Concurso de concausas supervenientes que não tem o condão de interromper o nexo causal entre a negligência do médico e a morte do paciente. 4. Imprescindível ficar demonstrada a conduta principal, que violou o dever de cuidado, e a descrição fática que implique inobservância da regra técnica, sob pena de se incorrer em «bis in idem», quando da aplicação do § 1º do artigo 206 do Código Penal Militar. 5. A inobservância do critério trifásico de individualização da pena constitui cerceamento de defesa e fere o dever de fundamentação das decisões judiciais contido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e tem como sanção a nulidade que pode ser suprida pela redução da pena ao seu mínimo legal. 6. Acolhimento dos embargos, por maioria, para cassar o Acórdão recorrido e aplicar a pena mínima ao embargante. Embfo 50310 RJ 2007.01.050310-6. [6]

No que se refere a aplicação da responsabilidade dos médicos em procedimentos experimentais, há de se observar que os mesmos poderão ser inculpidos em responsabilização penal de homicídio, estelionato e falsidade.

Nestes tipos penais, há a integração com os crimes contra a saúde pública, cujo bem jurídico a ser tutelado é a incolumidade pública. O objetivo principal é relacionar que as ações postas pelos médicos, em decorrência de experimentos podem também pôr em

risco a saúde e integridade física da população. Tendo em vista que o médico tem acesso a informações privilegiadas durante as consultas e exames, incumbe a eles comunicarem às autoridades sanitárias competentes para tomarem as medidas necessárias para a contenção dos riscos de contágio, por exemplo [1]. (FRANÇA, 2017, p. 1.429)

No que tange ao tema clássico do Direito Penal, o consentimento do ofendido, que é o ato em concordar com a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico em que é titular, no caso em apressado, que poderia se aferir se excluiria ou não a ilicitude, neste caso em apressado que coloca a vida em risco ou mesmo ao seu término, o consentimento do ofendido se tornaria evidentemente sem efeito, pois tal consentimento seria irrelevante no que tange a vida ou ao risco dela, sendo tal proteção irrenunciável [5]. (MAURACH, 1994, p. 406)

Um dos crimes que estão relacionados aos procedimentos experimentais, é o fato da não notificação dos próprios experimentos, além da não notificação à autoridade pública de doenças contagiosas, cujo bem jurídico a ser tutelado é a incolumidade pública. Neste caso, a primazia é proteger a coletividade do contágio de certas doenças que podem pôr em risco a saúde e integridade física da população [1]. (FRANÇA, 2017, p. 1.429)

Ademais, como o objeto tutelado nos tipos penais é de relevância pública, certamente envolve outros sujeitos da sociedade. Sendo assim, pode-se ter a participação de chefes de família, gerentes de instituições, agentes públicos, entre outros partícipes que poderiam cumprir com o dever legal e se preferem se omitir [1]. (FRANÇA, 2017, p. 1.429)

5 | CONCLUSÃO/CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, deste os primórdios até os dias atuais, a atividade médica tem se desenvolvido para uma finalidade social, mas há de se observar, que com o avanço da medicina também sobreveio os erros e com estes, a responsabilização limitada a erros que estejam além da ciência e da tecnologia utilizada pelos médicos no desenvolvimento de suas atividades, observando também que a utilização da medicina para fins de experimento sem autorização que violem ou tenham risco de vida, ensejam diversas responsabilidades penais, não sendo possível, em nossa visão, o consentimento do ofendido para tanto.

REFERÊNCIAS

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**, 11 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRATES, Núria Derviche; MARQUARDT, Marcelo. A Responsabilidade Penal do Médico e o Processo Penal, 2003, **Revista Jornal Vascular Brasileiro**, Vol. 2, nº 3: Simpósio de Medicina e Direito.

OLIVEIRA, Ayer de. **O Médico e a Justiça**: um estudo sobre ações judiciais relacionadas ao exercício profissional da medicina. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2006.

MAURACH, Reinhardt. Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

STM, Embfo 50310 RJ 2007.01.050310-6, Relator: Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH, Data do julgamento:18/12/2007, Data da publicação: 26/05/2008.

A INFLUÊNCIA DA ESCOLA DA LIVRE CRIAÇÃO DO DIREITO E DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NAS DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS

Data de aceite: 04/07/2022

Data de submissão: 15/06/2022

Gabriel de Souza Melhor Pereira

Discente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior Ilhéus, Bahia
<http://lattes.cnpq.br/2123704386526034>

Ícaro de Souza Duarte

Docente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior Ilhéus, Bahia
<http://lattes.cnpq.br/0923826367337618>

RESUMO: Para a Escola da Livre Criação do Direito, o único modo de solucionar o problema do direito legislado, lacunoso por essência, seria por meio da liberdade do magistrado para resolver os conflitos ao proferir a sentença. A Hermenêutica Constitucional estuda e sistematiza os processos buscando aflorar o espírito das leis, ao nortear não somente o labor exegético, mas também os mecanismos de colmatação de lacunas normativas e os critérios idôneos. O objetivo da pesquisa foi analisar como essa escola do pensamento jurídico e a Hermenêutica Constitucional têm influenciado sobre as decisões judiciais no Brasil. O estudo trata-se de uma revisão de literatura, desenvolvido a partir do método dedutivo de abordagem combinado com o procedimento bibliográfico de pesquisa. Reconheceu-se que as ideias da referida escola influem sobre as decisões judiciais a partir do

estímulo à formação da convicção subjetiva com liberdade por parte do magistrado, o qual pode mascará-la por meio da argumentação jurídica justificadora da sua decisão. Notou-se que, por meio do desenvolvimento da tarefa hermenêutico-jurisdicional, as decisões do STF concretizam as normas constitucionais, ressaltando-se a importância da aplicação conjunta dos princípios e métodos da hermenêutica contemporânea e da abordagem clássica aliada com a técnica de ponderação de valores, a fim de solucionar casos em que preceitos constitucionais são violados. Concluiu-se que as ideias da Escola da Livre Criação do Direito têm possibilitado que decisões *contra legem* sejam proferidas na prática judiciária e que a adoção dos princípios e métodos da Hermenêutica Constitucional pelo Pretório Excelso nos casos envolvendo controle de constitucionalidade ou antinomias jurídicas têm promovido a efetividade da justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Escola da Livre Criação do Direito. Hermenêutica Constitucional. Decisões judiciais.

THE INFLUENCE OF THE SCHOOL OF FREE CREATION OF LAW AND CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS IN BRAZILIAN JUDICIAL DECISIONS

ABSTRACT: For the School of Free Creation of Law, the only way to solve the problem of legislated law, which is essentially flawed, would be through the magistrate's freedom to resolve conflicts when delivering the sentence. Constitutional Hermeneutics seeks to study and systematize the processes seeking to bring out the spirit of the laws, by guiding not only the

exegetical work, but also the mechanisms for filling normative gaps and the suitable criteria. The objective of the research was to analyze how the School of Free Creation of Law and Constitutional Hermeneutics have influenced judicial decisions in the national territory. The study is a literature review, developed from the deductive method of approach combined with the bibliographic research procedure. It was recognized that the ideas of this school influence judicial decisions by stimulating the formation of subjective conviction with freedom on the part of the magistrate, who can mask it through legal arguments justifying his decision. It was noted that, through the development of the hermeneutic-jurisdictional task, the decisions of the STF concretize the constitutional norms, emphasizing the importance of the joint application of the principles and methods of contemporary hermeneutics and the classical approach allied with the technique of weighting of values, in order to resolve cases in which constitutional precepts are violated. It was concluded that the ideas of the School of Free Creation of Law have made it possible for decisions against *legem* to be rendered in judicial practice and that the adoption of the principles and methods of Constitutional Hermeneutics by the Federal Supreme Court in cases involving control of constitutionality or legal antinomies has promoted the effectiveness of justice.

KEYWORDS: School of the Free Creation of Law. Constitutional Hermeneutics. Court decisions.

1 | INTRODUÇÃO

A Escola do Direito Livre, datada do começo do século XX, foi construída por Hermann Kantorowicz ao desenvolver uma doutrina que defendia a plena liberdade do magistrado no tocante a decisão dos litígios, o qual, poderia, inclusive, agir em dissonância com a previsão legal. Assim, compreende-se que o juiz, além de deter o poder decisório, acabava exercendo a função de legislador positivo com base na sua convicção do que considerava ser justo.

Ao seguir essa linha de raciocínio, ressalta-se que um dos pontos mais relevantes para a referida escola gira em torno da ideia de que o único modo de solucionar o problema do direito legislado, lacunoso por essência, seria por meio da liberdade do magistrado para resolver os conflitos ao proferir a sentença.

Já a Hermenêutica Constitucional pode ser compreendida como a ciência, cujo propósito é estudar e sistematizar os processos buscando aflorar o espírito das leis, “*mens legis*”, ao nortear não somente o labor exegético, mas também os mecanismos de colmatação de lacunas normativas e os critérios idôneos, por meio dos quais as antinomias jurídicas são dirimidas.

A interpretação do direito fixa e revela o verdadeiro sentido e alcance das normas jurídicas em consonância com as novas circunstâncias fáticas dentro do campo social. Assim, a atividade exegética busca assegurar um dos valores magistrais do direito: espargir justiça.

Partindo do reconhecimento que as ideias das escolas do pensamento jurídico

transcendem no tempo e espaço e da importância da interpretação conforme a Constituição na atualidade, esta pesquisa limita-se ao estudo da base teórica construída pela Escola do Livre Direito e dos métodos da hermenêutica constitucional ao analisar as suas influências no direito brasileiro.

Com base nas ideias apresentadas, questiona-se: na atualidade, de que forma as ideias da Escola da Livre Criação do Direito e a hermenêutica constitucional têm influenciado as decisões judiciais no Brasil?

O objetivo geral do presente Trabalho de Conclusão de Curso foi analisar como a Escola da Livre Criação do Direito e a Hermenêutica Constitucional têm influenciado sobre as decisões judiciais em território nacional. Especificamente se buscou explicar a base teórica construída pela Escola da Livre Criação do Direito; discorrer sobre o livre convencimento motivado do juiz no decorrer da elaboração da sentença; abordar os métodos da Hermenêutica Constitucional na aplicação do direito no Brasil; discutir a influência da Escola da Livre Criação do Direito e da hermenêutica constitucional nas contemporâneas decisões judiciais brasileiras.

A seguinte hipótese foi trabalhada: Enquanto as ideias da Escola da Livre Criação do Direito têm possibilitado que decisões judiciais *contra legem* sejam proferidas na prática judiciária, a adoção dos métodos da Hermenêutica Constitucional pelo Supremo Tribunal Federal nos casos envolvendo controle de constitucionalidade ou antinomias jurídicas têm promovido a efetividade da justiça.

O estudo trata-se de uma revisão de literatura, desenvolvido a partir do método dedutivo de abordagem combinado com o procedimento bibliográfico de pesquisa, cujas fontes, utilizadas como pressupostos teóricos, consistiram em leis, livros, jurisprudências e em estudos científicos, publicados entre os anos de 2010 e 2022 e escolhidos em banco de dados como Public Medline (PubMed), Google Acadêmico e Scientific Lirary Oline (SciELO), nos quais se buscou os seguintes descritores: a) Escola da Livre Criação do Direito; b) Hermenêutica Constitucional; c) Decisões judiciais. o estudo ocorrerá em três etapas, cujas diretrizes são apresentadas por Lakatos e Marconi (2010) ao envolver, portanto: a) pré-análise; b) exploração do material; c) tratamento e interpretação dos dados coletados com o propósito de responder o problema formulado, alcançar os objetivos propostos e ampliar o conhecimento científico sobre o tema em estudo.

Discutir como as ideias da Escola da Livre Criação do Direito têm influenciado sobre as decisões judiciais brasileiras, dando ensejo a prolação de decisões *contra-legem*, junto a análise da hermenêutica constitucional é bastante relevante, posto que, em pleno século XXI, observa-se ainda que argumentos jurídicos falaciosos, fundamentados em princípios inventados por vários juízes para motivar as sentenças, são utilizados de modo que, em alguns casos, ditames constitucionais e leis infraconstitucionais acabam sendo violadas ao comprometer a teleologia deontológica do direito: a efetividade da justiça. Nesse contexto, reconhece-se a importância da análise constitucional desenvolvida pelo Supremo Tribunal

Federal ao dirimir, em especial, antinomias jurídicas por meio da ponderação de valores e dos métodos da referida hermenêutica.

Sabe-se que, na atualidade, muitos magistrados acabam decidindo como bem querem, cada qual buscando preservar a sua própria ideia de justo. Ademais, por meio do presente projeto, busca-se contribuir a com a mudança desse cenário a partir da difusão de dados relacionados ao tema eleito e da formação e expansão de uma consciência jurídica fulcrada na supremacia da Constituição e na imparcialidade do juiz.

2 I REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Da Escola da Livre Criação do Direito

A Escola do Direito Livre, oriunda da Alemanha, é integrante do conhecido Sistema Moderno de Investigação, cujas ideias principais são tratadas na obra intitulada “A luta pela ciência do direito” de autoria de Hermann Kantorowicz. A criação e evolução da referida escola ocorreu em três fases. Segundo Araújo (2017, p. 3)

[...] a primeira ocorreu entre 1840 e 1900 e teve destaque devido as críticas apoiadas por diversos juristas à tese da *plenitude hermética da ordem jurídica*; e a defesa da diminuição da dependência da atividade do juiz em relação a lei. A segunda, há destaque para Eugen Ehrlich, jurista austríaco que intercede pela liberdade do juiz em caso de carência de norma escrita ou costumeira, em sua obra “Livre Determinação do Direito e Ciência Jurídica Livre”, 1903. A terceira é considerada a fase clímax da Corrente do Direito Livre, iniciada por Hermann Kantorowicz, [responsável pela realização de] uma comparação do Direito Livre com um “direito natural rejuvenescido, destacando que para o magistrado, deve importar a realização do que é justo, sendo essa justiça baseada ou não na lei.

Para a referida escola, as normas jurídicas providas dos grupos sociais de modo espontâneo são o mais importante para o direito. Segundo Silva (2016, p. 33):

O direito livre não é o direito estatal, contido nas leis, mas aquele que está constituído pelas convicções predominantes que regulam o comportamento, em um certo lugar e tempo, sobre aquilo que é justo. Para ele é inaceitável a construção do direito por meio de conceitos abstratos, porque não se funda em realidades concretas, sendo incompatível com a simples necessidade da existência. Logo, condena a elaboração do direito positivo por meio de uma jurisprudência de conceitos. O juiz deve ouvir o sentimento da comunidade, não podendo decidir, exclusivamente, no direito estatal ou com base em lei.

De acordo com Dellagnezze (2019) para Kantorowicz, as técnicas jurídicas giram em torno da vontade do juiz ou do intérprete da lei, sendo que a sentença é uma lei especial. Dessa forma, distingue-se da livre investigação científica desenvolvida por François Géný, haja vista se afastar legalismo apresentado por sua escola. Assim, o juiz procura alcançar justiça, sendo o seu maior propósito perante a sociedade, mesmo que para isso determinada lei seja ignorada, devendo, portanto, analisar o caso concreto baseando-se

no seu senso subjetivo de justiça para proferir uma decisão e tendo em mente que o direito positivado não pode prevalecer sobre o direito da sociedade (DELLAGNEZZE, 2019).

Silva (2016, p. 37) explica que a interpretação jurídica, com base nas ideias de Kantorowicz, deve atentar para as seguintes diretrizes:

- a) Se o texto da lei é homogêneo e não fere os sentimentos do povo, deve aplicá-lo; b) Se o texto legal conduz a uma decisão injusta o juiz deve ignorar e sentenciar segundo sua convicção e pensando como o legislador ditaria se tivesse pensado no caso; c) Se o magistrado não conseguir formar uma convicção sobre como o legislador resolveria o caso, deve então aplicar o direito livre de acordo com o sentimento da coletividade; d) E por último, caso não consiga encontrar este sentimento, deverá decidir de forma discricionária.

Compreende-se que a Escola do Direito Livre permite o julgamento em face da lei desde que o juiz entenda que, ao vislumbrar o caso concreto, o legislador iria agir do mesmo modo. Além disso, ressalta-se, conforme visto, que a referida Escola considera que o Direito é lacunoso a partir do seu nascimento, estando o magistrado apto para colmatar esse problema por meio da liberdade em suas decisões (ENGISCH, 2011).

Outro ponto que merece destaque nessa Escola é a relevância do fato social, haja vista acreditar que a verdade jurídica se encontra na seara social e não nas codificações. Assim, entende-se que não deve ocorrer o vínculo da compreensão jurisdicional ao Estado, mas aquele deve ser legitimado pela sociedade (MACHADO, 2018).

Cabe ainda fazer menção à admissão do julgamento em face da lei, caso o magistrado entenda que o legislador agiria de modo distinto frente a um caso concreto não previsto. De essência alemã, a escola da livre criação do direito livre não se confunde com a escola francesa da livre investigação científica, haja vista possuir um consistente caráter de cunho sociológico e subjetivista.

Os causídicos da ideia do direito livre sustentam que todas as decisões judiciais decorrem, essencialmente, de uma atividade pessoal, sendo falaciosa a crença que tais decisões fundam-se na aplicabilidade lógica do direito ao caso *sub judice*. Em contrapartida, o sociólogo Eugen Ehrlich buscou tornar a aplicação da lei pelo juiz mais objetiva alegando que o magistrado não deve abdicar de certos axiomas individuais ao aplicar a norma, devendo, preliminarmente, satisfazer a necessidades ou interesses sociais importantes ao considerar os fatos sociais originadores e condicionantes da violação legal, bem como os valores orientadores da moral e dos costumes (SILVA, 2016).

Em síntese, observa-se que foi criado um modo de interpretação voluntarista, no qual o direito corresponde a vontade do juiz, o qual, porém, deve sempre buscar o alcance da justiça diante dos casos concretos e não somente aplicar a lei seca fora de determinados contextos sociais, devendo-se, portanto, formar sua convicção subjetiva com liberdade.

2.2 Do livre convencimento motivado do juiz para elaboração da sentença

O julgador, diante dos fatos e provas apresentados e colacionados ao processo,

com fulcro no seu livre convencimento motivado, tem a difícil tarefa final de estabelecer a sanção. No entanto, este exercício precisa ser norteado por um parâmetro que tenha respaldo legal, a fim de dar a cada um a quantidade correta da reprimenda a ser imposta pelo Estado ao agente que infringiu a lei (PRIANTE, 2012).

Sabe-se que a principal limitação do sistema do livre convencimento motivado, reside nos critérios de proporcionalidade e razoabilidade em que se funda a motivação, adotados pelo juiz na formação do seu convencimento. Entretanto, é mediante a prova que o juiz compreende melhor os fatos suscitados, pois através desta o magistrado tem condições de desenvolver seu convencimento e a fundamentação da decisão que, posteriormente, sustenta a solução da lide na qual as partes estão envolvidas, não devendo ser, portanto, contaminado por influências externas, a exemplo da mídia sensacionalista, e nem pela formação da sua convicção subjetiva com liberdade, ideia defendida pela Escola do Livre Direito, uma vez que a busca verdade real e a imparcialidade devem ser resguardadas.

No sistema do livre convencimento motivado, segundo Didier Júnior (2019, p. 60):

O juiz não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a força probante destas; a convicção está na consciência formada pelas provas. As limitações ao livre convencimento motivado residem no condicionamento situado inicialmente nos fatos nos quais se funda a relação jurídica, posteriormente às provas destes fatos colhidas no processo e por fim às regras legais de prova e às máximas da experiência.

O sistema de prova legal se opõe à prova livre, tendo-se em mira as normas jurídicas que limitam o poder do juiz de formar livremente a sua convicção, como as que estabelecem presunções legais ou que exigem determinada forma para que repunte existente ou prova do ato. A sentença não constitui prova legal, ela não define propriamente os fatos, mas as relações jurídicas. A linha de separação entre a prova legal e a coisa julgada é a mesma que separa o juízo de fato do juízo de direito. Por fim, a constitucionalidade dos resquícios de prova legal que permanecem no ordenamento pátrio é discutível, em face do princípio constitucional da livre admissibilidade das provas consagrado no art. 5º, LVI da Constituição Federal.

Segundo Fernandes (2020, p.7):

Se internamente o juiz deve pautar sua conduta por uma atitude autônoma, com maior razão não poderá se sujeitar a influências do meio externo ao Judiciário, capazes de desviá-lo da correta execução de sua tarefa. Quer-se, portanto, que o juiz esteja vinculado tão somente à lei e ao seu convencimento diante dos fatos, sendo assim, a independência e imparcialidade do juiz existem frente ao próprio Estado. O magistrado deve buscar a imparcialidade, pois como profissional do direito e vivendo em um estado democrático de direito, os seus deveres são de suma importância para o correto cumprimento da justiça no país.

Reconhece-se que o magistrado não deve ser influenciado pela mídia sensacionalista,

desatentando-se à notícia divulgada para formar o seu convencimento, ao manter, assim, a sua imparcialidade, ainda mais quando se reconhece que os danos gerados a imagem do indivíduo, o qual passa a ser visto como delinquente, demonstram a ocorrência de graves violações aos Direitos e Garantias Fundamentais, além das Convenções de Direitos Humanos, das quais o Brasil é signatário.

Haja vista inexistirem elementos legais objetivos, nem sequer um tabelamento no tocante à quantificação do valor de determinadas indenizações, a exemplo do dano moral, o procedimento de avaliação passa a possuir uma essência subjetiva, cabendo ao juiz a complexa atividade de quantificar o valor da indenização, invocando o princípio do livre convencimento do juiz, os princípios gerais regrados pelo direito, a analogia e os costumes e se valendo da aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade sobre cada caso concreto (MACHADO, 2018). Mesmo compreendendo que o magistrado forma sua convicção a partir da análise das provas apresentadas, ao ponderar acerca da qualidade e a força probante destas, constata-se que a subjetividade do juiz corrobora uma indefinição de *quantum debeatur*, já que cada juiz possui o seu próprio entendimento com relação aos valores a ser fixado o que torna uma das causas de fragilidade do instituto do dano moral na atualidade, haja vista inexistirem critérios objetivos concernentes à quantificação do valor da indenização (LIRA, 2011). Entretanto, sabe-se que, na tentativa de solucionar o problema das ações envolvendo fixação de danos morais, os tribunais brasileiros têm observado os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para versar sobre a reparação desses danos.

Por fim, é relevante pontuar, com base nas ideias Cintra, Grinover e Dinamarco (2020) que, em síntese, a garantia da motivação abarca o enunciado das escolhas do magistrado concernente à individuação das regras aplicáveis e as suas consequências jurídicas, bem como o nexo de implicação e coerência entre elas.

2.3 Da Hermenêutica Constitucional

Sabe-se que é por meio do desenvolvimento da tarefa hermenêutico-jurisdicional que as decisões do tribunal constitucional federal concretizam as normas constitucionais. Barroso (2018) pontua que os princípios que norteiam a hermenêutica constitucional são: o da unidade da constituição; da conformidade funcional; da máxima efetividade; o da concordância prática; o efeito integrador; o critério da força normativa da Constituição; e da interpretação das leis em conformidade com a Constituição.

Na visão de Holthe (2017) o desenvolvimento do direito mediante a concreção hermenêutico-jurisdicional é consubstanciado na efetividade dos princípios constitucionais, em especial, do princípio do Estado de Direito, do qual derivam preceitos jurídicos a exemplo da certeza jurídica e da justiça no caso concreto, bem como a adequação da Constituição com a realidade fático-axiológica.

Massaque (2017, p. 33) explica que a Interpretação conforme a Constituição não

consiste na interpretação do texto constitucional, mas na interpretação das leis conforme a *Lex Matter*, essencial para realização da tarefa jurídico-funcional, posto que se assenta no princípio da unidade da ordem jurídica, ao envolver não apenas as normas de exame de constitucionalidade, mas também a normatividade material. Ademais, essa interpretação trata-se, em essência, de um mecanismo de controle, cuja função precípua é garantir um razoável nível de constitucionalidade das regras no decorrer da atividade de interpretação das leis. Nota-se, portanto, que o referido mecanismo de controle estabelece que a conformidade com a Constituição deve ser preservada pelo aplicador do direito quando se deparar com a normas polissêmicas ou com múltiplos significados.

A força normativa da Constituição diz respeito a plena efetividade dos dispositivos legais previsto na *Lex Mater* de um Estado. Sobre o princípio em comento, Hesse (2011) explana a importância de norma de cunho constitucional revestir-se de um mínimo de eficácia, a fim de não configura “letra morta em papel”.

As ideias de concordância prática e de proporcionalidade estão ligadas de forma estrita diante da exigência voltada para solucionar problemas constitucionais por meio do acomodamento dos direitos fundamentais de modo que todos tenha uma “eficácia ótima”, ressaltando, todavia, a existência de uma distinção marcante entre ambas no tocante a exigibilidade de sopesamento. Hesse (2011) esclarece que concordância prática não implica sopesamento de bens ou de valores.

A atuação do princípio da conformidade funcional ocorre no sentido de impossibilitar que os órgãos responsáveis pela interpretação da Constituição, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), alcancem a um resultado dissonante ao esquema organizatório funcional firmado pela própria Carta Constitucional (CERA, 2012).

Originado do princípio da unidade da Constituição, o princípio do efeito integrador reconhece que como a Lei maior consiste em um elemento essencial de integração comunitária, a interpretação da mesma deve ter o propósito de preservar a unidade político-constitucional (BARROSO, 2018).

Por meio do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, também conhecido como princípio da interpretação efetiva, deve-se atribuir o sentido de maior eficácia no decorrer da interpretação das normas provindas da Constituição, ao utilizar, ao máximo, todas as potencialidades disponíveis. Reconhece-se que, comumente, esse princípio é invocado na esfera dos direitos fundamentais (ARAÚJO, 2017).

No tocante aos princípios, sabe-se que Böckenförde não propôs um conjunto de métodos complementares, mas desenvolveu uma lista de métodos (método hermenêutico clássico, método tópico-problemático, método científico-realista, método hermenêutico-concretizador) buscando apresentar uma síntese do estágio de debate. Amplamente divulgadas no Brasil, as listas de Hesse e Böckenförde têm sustentado a discussão sobre os métodos hermenêutico clássico; tópico-problemático; hermenêutico-concretizador; científico-espiritual; e o normativo-estruturante, aos quais, normalmente, são acrescentadas

as teses de Häberle e Alexy. Considera-se que a questão do sincretismo metodológico presente nas recentes alterações acerca da interpretação constitucional tem dificultado o avanço da discussão acerca da atividade da interpretação constitucional (DELLAGNEZZE, 2019). Por isso, comumente não se observa na doutrina e nem sequer nas jurisprudências, exemplos concretos sobre a aplicação prática desses métodos.

Ressalta-se, com base em Holthe (2017) a importância da aplicação conjunta dos princípios e métodos da hermenêutica contemporânea e da abordagem clássica. Nesse contexto, reconhece-se que parte majoritária dos princípios de interpretação constitucional não são distintos da base tradicional da interpretação jurídica. A problemática que orbita os métodos trata-se do sincretismo metodológico. Ademais, compreende-se que os métodos são adotados de modo complementar. Por isso, escuta-se, comumente, a expressão “conjunto de métodos” o qual tem se associado com os princípios da hermenêutica constitucional.

2.4 Da influência da Escola da Livre Criação do Direito e da Hermenêutica Constitucional nas contemporâneas decisões judiciais brasileiras

Apresentadas as principais ideias relacionadas a Escola da Criação Livre do Direito e a Hermenêutica Constitucional, já se pode visualizar suas influências no âmbito judicial brasileiro no tocante, respectivamente, a prolação de decisões judiciais *contra legem* na prática judiciária e a resolução de antinomias jurídicas, dentre outros casos envolvendo a violação de preceitos constitucionais, respectivamente.

Barba (2018) explica que Kantorowicz considera que as lacunas do Direito não são colmatadas por meio dos métodos tradicionais de interpretação tradicionais, mas pela vontade do magistrado em obter o resultado almejado e já determinado de forma prévia.

É relevante fazer menção à Streck (2015, p. 4), segundo o qual a Escola do Livre Direito tem influído sobre algumas decisões judiciais no Brasil. Como exemplo, aponta-se uma:

[...] decisão da Turma Regional de Uniformização (TRU) dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região — em que ficou afirmada jurisprudência no sentido de que em casos de coexistência de relação conjugal e extraconjugal, tanto a mulher como a companheira devem receber a pensão, determinando que a pensão por morte de um homem seja dividida entre sua mulher e seu amante. No caso, a parte pediu pensão por morte de segurado com quem mantinha uma relação extraconjugal. A autora alega que o “concubinato impuro” não tira dela o direito ao benefício. Ao analisar o pedido, a TRU deu razão à amante, prevalecendo o entendimento da 2ª Turma Recursal de Santa Catarina, que concedeu pensão em caso semelhante.

Reconhece-se que a referida decisão consiste em apenas um de inúmeras outras que ocorrem na prática judicial. Embora se reconheça a possibilidade de o magistrado deixar de aplicar a lei em circunstâncias específicas, a exemplo de casos envolvendo controle de constitucionalidade ou resolução de antinomia jurídicas, dentre outras hipóteses, fora isso,

conforme menciona Streck (2015, p. 6) “represtinará coisas serôdias como a Escola do Direito Livre e outros quetais”.

Com base nas ideias de Philipp Heck, Barba (2018, p. 12) pontua que, apesar de as ideias da Escola da Criação Livre do Direito dar margem para que decisões judiciais *contra legem* sejam proferidas, cabe ressaltar seu relevante papel sobre as diversidades conceituais e interpretativas compreendidas nos dispositivos legais. Nesse esteio, considera que as referidas decisões também têm a pretensão de promover a justiça no caso concreto, sendo, portanto, o combustível e o centro de gravitação que orbita as Ciências Jurídicas (BARBA, 2018). Tomazete (2011, p. 169) considera que “a lei já não constitui todo o direito; é apenas o principal instrumento que guia o juiz no cumprimento de sua tarefa, na solução dos casos específicos”.

Com base em Nóbrega (2020), partindo do reconhecimento da existência de decisões contra legem que promovem a efetividade da justiça, a exemplo daquelas que concederam o uso do canabidiol para tratamento de doenças psiquiátricas ou neurodegenerativas¹, reconhece-se que a influência das ideias da Escola da Livre Criação do Direito, no tocante a criação de decisões proferidas com divergência legal, não é a mais comprometedoras no que concerne ao alcance da justiça no caso concreto, mas sim, a sua influência na formação da convicção subjetiva com liberdade por parte do magistrado, o qual pode mascarar-la por meio da argumentação jurídica justificadora da sua decisão, especialmente nos casos em que não for possível encontrar uma solução sem que algum imprescindível elemento de valor considerado fundamental, sob a perspectiva jurídica e/ou moral, seja sacrificado.

Passa-se a análise da influência da Hermenêutica Constitucional sobre as decisões judiciais brasileiras.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, por meio da utilização da técnica de ponderação de valores em combinação com os métodos da hermenêutica constitucional, tem dirimido antinomias jurídicas a partir da análise casos concretos ao influir sobre as decisões judiciais em território nacional.

Massaque (2017) em sua Dissertação, com propriedade, pontuou que a hermenêutica constitucional tem sido utilizada na prática judiciária ao analisar o caso da cantora mexicana Glória Treviño Ruiz, a saber:

Recl 2040 Glória Trévi - Direito à intimidade de preservar a identidade do pai de seu filho versus o direito à honra e imagem dos Policiais Federais acusados de estupro da extraditanda. Este caso tomou contornos excepcionais pela divulgação na mídia de um suposto “estupro carcerário” sofrido pela autora da ação, o que propiciou sua gravidez. (BRASIL, 2002)

No mérito, o Pretório Excelso decidiu, quase unanimemente, a favor da realização do exame de ao alegar, de modo expresso, que fora realizada uma ponderação entre os

¹ Agravo de Instrumento nº 2028403- 23.2015.8.26.0000 Decisão nº 8554- TJ/SP (SÃO PAULO, 2015); Ação Civil Pública MPF/PB nº 0802543- 14.2014.4.05.8200, ajuizada em 31 de julho de 2014 (BRASIL, 2014); Processo de nº 027/5.15.0000239-8 proposto no TJ do E.R.G.S (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

valores constitucionais conflitantes: o direito à intimidade e à vida da artista mexicana *versus* o direito à honra e à imagem dos policiais e da própria Polícia Federal.

Massaque (2017, p. 40-1) demonstrou a preocupação do ministro relator Nery da Silveira

[...] em desenvolver um procedimento racional e sistêmico no que cerne à aplicação da técnica de ponderação de valores no caso analisado. Assim, mencionou que diante da inviabilidade no caso em análise da contemporização do direito fundamental da intimidade com os valores jurídicos constitucionais em contraste, por meio da aplicação do princípio da concordância prática responsável pela proibição do sacrifício de um direito em detrimento do outro, é imprescindível que se realize, como método de resolução de conflitos, a ponderação de bens, através de um juízo de razoabilidade, entre os valores constitucionais que se encontram neste dilema ao desenvolver um balanceamento a fim de verificar qual dos princípios terá o maior peso para que uma decisão justa seja proferida. Deve-se, portanto, de forma imperativa, restringir o âmbito de proteção de pelo menos um dos mencionados direitos de modo a assegurar a efetivação da justiça. [...] Ao ponderar o direito à intimidade de cantora que, de forma caprichosa, recusou submeter sua placenta para análise genética da paternidade da criança, com os bens jurídicos constitucionais envolvidos no problema (a moralidade administrativa e da segurança pública), prevaleceu-se estes valores em detrimento do direito à intimidade de Glória Treviño.

Observa-se que, frente a um conflito entre princípios de cunho constitucional, é imprescindível a realização de uma considerável discussão e análise concernentes aos seus valores intrínsecos por meio da hermenêutica constitucional e dos princípios e técnicas interpretativas. Através desta apreciação na qual ocorre uma redução da força principiológica pelos intérpretes, analisa-se as variadas circunstâncias hipotéticas com base no caso em julgamento com o propósito de solucionar o conflito a partir da flexibilização de um dos princípios. Após o convencimento justificado e formado na decisão, estabiliza-se a força normativa de ambos os princípios (BARROSO, 2018).

Na prática sociojurídica, comumente, percebe-se muitos conflitos entre princípios constitucionais, a exemplo do da liberdade de imprensa contra o da intimidade, sendo possível, com base em precedentes, criar um critério específico para solucionar essa colisão. Ao criar parâmetros gerais e particulares, observa-se que a ponderação de valores em abstrato possibilita uma maior segurança e conformidade no tocante a interpretação dos ditames constitucionais, posto que a ponderação em concreto é realizada frente situações inusitadas, casos novos não submetidos à ponderação em abstrato ou casos já ponderados que não se enquadram no novo conflito por causa de uma determinada particularidade (HOLTHE, 2017).

Os parâmetros preferenciais voltados à ponderação de valores não limitam a atuação do intérprete, haja vista servir como indicadores para que a decisão seja tomada de forma razoável e proporcional, levando-se em consideração a complexidade do caso concreto (MASSAQUE, 2017).

A Lex Mater determinou como centro o princípio dignidade da pessoa humana, da qual decorre os direitos fundamentais. Ademais, nota-se que diante de entre princípios constitucionais, prevalece-se os direitos fundamentais que se relacionam com a dignidade humana sobre as demais regras.

Segundo Nóbrega (2020, p. 38):

A interpretação normativa faz parte da consolidação dos dispositivos constitucionais o que de plano aponta para a imprescindibilidade da atenção às infundáveis necessidades sociais que vão se construindo com o desenrolar da vida em sociedade. [...] Neste cenário fecundo de reflexões encontra-se a atual Constituição ao trazer em seu bojo de intenções elementos taxativos que impedem qualquer negociação, a exemplo das cláusulas pétreas, mas também abre possibilidades a interpretações de várias ordens o que pode ter sido a real intenção do legislador originário visando mesmo que o olhar sobre os direitos nela abarcados pudessem ter os mais amplos sentidos. A tarefa é complexa e a ponderação parece ser o caminho necessário à busca da eficácia normativa evitando-se potencialização de excessos da interpretação ou ao contrário, redução do alcance na satisfação das necessidades sociais ao interpretar o direito positivado de forma restrita.

É oportuno fazer menção a outros casos envolvendo a análise constitucional, a exemplo do reconhecimento da união estável e do casamento homoafetivo em decisão oposta ao art. 226, § 3º da Lei Maior (ADI 4.277 e ADPF 132) e da derrogação do crime do aborto de feto anencefálico (HC nº. 124.306/RS) ao reconhecer que, nas palavras de Nóbrega (2020, p. 54) “[...] a discussão sobre os limites do poder jurisdicional não se refere a problemas semânticos, mas à justificação da explícita reavaliação das opções políticas do legislador”.

Com base no exposto, observa-se, que a adoção dos princípios e métodos da Hermenêutica Constitucional pelo Supremo Tribunal Federal nos casos envolvendo controle de constitucionalidade ou antinomias jurídicas têm influenciado, positivamente, as decisões judiciais brasileiras ao promover efetividade da justiça.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

De início foi pontuado que a Escola do Direito Livre permite o julgamento em face da lei partindo da compreensão que o Direito é lacunoso a partir do seu nascimento, estando o magistrado apto para colmatar esse problema por meio da liberdade em suas decisões. Assim, observou-se a criação de uma forma de interpretação voluntarista, na qual o direito corresponde a vontade do juiz, o qual, porém, deve sempre buscar o alcance da justiça diante dos casos concretos e não somente aplicar a lei seca fora de determinados contextos sociais, devendo-se, portanto, formar sua convicção subjetiva com liberdade.

Ao tratar do sistema do livre convencimento motivado, destacou-se que a sua principal limitação se insere no contexto dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade em que se funda a motivação, adotados pelo juiz na formação do seu convencimento. Enfatizou-

se, ainda, que é por meio da prova que o juiz compreende melhor os fatos suscitados, através da qual tem condições de desenvolver seu convencimento e a fundamentação da decisão que, posteriormente, sustenta a solução da lide, não devendo ser contaminado por influências externas e nem pela formação da sua convicção subjetiva com liberdade, ideia defendida pela Escola do Livre Direito, uma vez que a busca verdade real e a imparcialidade devem ser resguardadas.

Foi posto que, não obstante as ideias da Escola da Criação Livre do Direito propiciar a prolação de decisões judiciais *contra legem*, deve-se notar seu relevante papel sobre as diversidades conceituais e interpretativas compreendidas nos dispositivos legais, levando-se em consideração que as referidas decisões também têm a pretensão de promover a justiça no caso concreto. Reconheceu-se que as ideias dessa escola influem sobre as decisões judiciais a partir do estímulo à formação da convicção subjetiva com liberdade por parte do magistrado, o qual pode mascará-la por meio da argumentação jurídica justificadora da sua decisão.

Notou-se que, por meio do desenvolvimento da tarefa hermenêutico-jurisdicional, as decisões do STF concretizam as normas constitucionais, ressaltando-se a importância da aplicação conjunta dos princípios e métodos da hermenêutica contemporânea e da abordagem clássica aliada com a técnica de ponderação de valores, frente ao sincretismo metodológico existente, a fim de dirimir antinomias jurídicas e solucionar casos em que preceitos constitucionais são violados.

A hipótese de pesquisa foi confirmada, uma vez ter ficado patente que as ideias da Escola da Livre Criação do Direito têm possibilitado que decisões *contra legem* sejam proferidas na prática judiciária e que a adoção dos métodos da Hermenêutica Constitucional pelo Supremo Tribunal Federal nos casos envolvendo controle de constitucionalidade ou antinomias jurídicas têm promovido a efetividade da justiça.

Recomenda-se a presente pesquisa para o público em geral, e, em especial, aos estudantes da área jurídica e para os operadores do Direito, a fim de que possam compreender os pensamentos da escola jurídica analisada e os princípios da Hermenêutica, aplicando-os devidamente na prática com o propósito de contribuir com a justiça no caso concreto.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Jailton Macena de. A propagação do Direito Livre na atualidade: O processo hermenêutico e os Métodos hermenêuticos como meio de realização da dignidade da pessoa humana. **Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-99/a-propagacao-do-direito-livre-na-atualidade-o-processo-hermeneutico-e-os-metodos-hermeneuticos-como-meio-de-realizacao-da-dignidade-da-pessoa-humana/>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. Decisões judiciais contra legem. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-12/diario-classe-decisoes-judiciais-legem-nao-deveriam-nenhuma-surpresa#_ftn5>. Acesso em: 21 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Recl 2040. Glória Trévi - Direito à intimidade de preservar a identidade do pai de seu filho versus o direito à honra e imagem dos Policiais Federais acusados de estupro da extraditanda. STF, Brasília, 2002. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur15185/false>>. Acesso: 03 mai. 2022.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

CERA, Denise Cristina Mantovani. Conformidade funcional. **JusBrasil**, 2012. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/2570266/no-que-consiste-o-principio-da-conformidade-funcional-denise-cristina-mantovani-cera>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DELLAGNEZZE, R. A hermenêutica jurídica. Parte 1: Sistemas e meios interpretativos. **JusBrasil**, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72774/a-hermeneutica-juridica-parte-1-sistemas-e-meios-interpretativos/3>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

DIDIER JÚNIOR., F. **Direito processual civil**. 14. ed. Salvador: Edições Jus Podivm, 2019.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Baptista Machado (trad.). Lisboa: Gulbenkian, 2011.

FERNANDES, Daniela. A influência da mídia nas decisões do Poder Judiciário. **Jus Brasil**, 2020. Disponível em: <<https://danielafernandes03.jusbrasil.com.br/artigos/202016928/a-influencia-da-midia-nas-decisoes-do-poder-judiciario>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Fabris, 2011.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Metodologia do trabalho científico**: Procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LIRA, Valéria Negreiros Portugal Calixto de. **Dano Moral nos Juizados Especiais**. 2011. 31 f. Artigo (Pós-graduação). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/ValeriaPortugal.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022.

MACHADO, Rosana Dias. **Estudo sobre as escolas do pensamento jurídico**. 2018. 65 f. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba. Disponível em: <http://tconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/04/ESCOLAS_PENSAMENTOJURIDICO.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022.

MASSAQUE, Aristóteles Boaventura da Costa. **A ponderação de valores no contexto da hermenêutica constitucional**: estudo de caso. 2017. 80 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/9201-aristoteles-boaventura-da-costa-massaque/file>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

NÓBREGA, Sônia Correia Assis da **A importância das decisões contra legem para a garantia dos direitos fundamentais**: o caso do Canabidiol [recurso eletrônico] Patos: Edição do autor, 2020. Disponível em: <<https://educapes.capes.gov.br>>. Acesso em: 21 mai. 2022.

PRIANTE, G. T Da aplicação da pena de multa nos Códigos Penal e Eleitoral. **Rev. Jus Navigandi**, 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3147/da-aplicacao-da-pena-de-multa-nos-codigos-penal-e-eleitoral#ixzz2CcEs3AJO>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

SILVA, Paula Jaeger da. Principais escolas da interpretação jurídica com enfoque no sistema moderno de investigação e sua utilização na justiça do trabalho. **Conteúdo Jurídico**, 2016. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/341-artigos-set-2016/7760-principais-escolas-da-interpretacao-juridica-com-enfoque-no-sistema-moderno-de-investigacao-e-sua-utilizacao-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

STRECK, L. L. O Brasil revive a Escola do Direito Livre. **Consultor jurídico**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação e a justificação das decisões contra legem. **Direito e Práxis**, v. 3, n. 2, p. 151-70, 2011. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/1877>>. Acesso em: 21 mai. 2022.

VAN HOLTHE, L. **Direito constitucional**. 5. ed. Salvador: Podivm, 2017.

CAPÍTULO 10

DIREITO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA VISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISES CASUÍSTICAS

Data de aceite: 04/07/2022

Danilo Lopes de Mesquita

Graduado em Direito (UEPB), especialista em Direito Administrativo (UGF), especialista em Direito do Consumidor (UCAM), Mestrando em Direito Internacional (UNISANTOS)

RESUMO: A dignidade da pessoa humana em todas as suas mais variadas vertentes é o principal objetivo a ser percorrido pelo direito internacional. Uma dessas vertentes é o direito à liberdade de expressão garantido pela Convenção Americana de Direitos Humanos, pela Constituição Brasileira de 1988, entre outros inúmeros e importantes normativos mundiais. Nesse aspecto, as legislações respaldam e protegem a liberdade de expressão como forma de consagrar a satisfação da sensata utilização desse direito. O objetivo geral desse estudo é analisar casos específicos em que o direito à liberdade de expressão foi violado, sendo necessário a Corte Interamericana de Direitos Humanos intervir, julgar, sentenciar e dizer o direito no caso concreto. Três casos simbólicos julgados pela Corte foram averiguados, observando-se como as sentenças são exaradas e os ditames do direito perquiridos em seus ditames íntimos. Utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, exploratória, descritiva como métodos de pesquisa e análise. Conclui-se que a proteção ao direito à liberdade de expressão, na visão da Corte, é um direito inviolável e necessário ao bom caminhar da paz

social em uma nação democrática moderna, servindo de base sustentável para uma vida digna da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Liberdade de expressão; Proteção; Corte Interamericana.

RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION IN THE VIEW OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: CASE ANALYSIS

ABSTRACT: The dignity of the human person in all its various aspects is the main objective to be pursued by international law. One of these aspects is the right to freedom of speech guaranteed by the American Convention on Human Rights, by the Brazilian Constitution of 1988, among other numerous and important world regulations. In this respect, the legislation supports and protects freedom of expression as a way of enshrining the satisfaction of the prudent use of this right. The general objective of this study is to analyze specific cases in which the right to freedom of speech was violated, making it necessary for the Inter-American Court of Human Rights to intervene, judge, sentence and assert the right in the specific case. Three symbolic cases judged by the Court were investigated, observing how sentences are issued and the dictates of law investigated in their intimate terms. It was used as a methodology the bibliographical, exploratory and descriptive research, as investigation and analysis methods. In conclusion, the protection of the right to freedom of speech, in the view of the Court, is an inviolable and necessary right for the

good path of social peace in a modern democratic nation, serving as a sustainable basis for a life worthy of the human person.

KEYWORDS: Human rights; Freedom of expression; Protection; Inter-American Court.

1 | INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 nasce de uma redemocratização política e social após anos de uma ditadura militar, sendo um marco jurídico na história brasileira fundamentada na tentativa de transformação baseada nas garantias e direitos fundamentais da pessoa humana. O direito à liberdade de expressão é garantia fundamental estampada explicitamente em nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º e em outros postulados.

Dentre outros preceitos, garante-se em nossa Constituição a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sem fazer ressalva a nenhuma possibilidade de censura ou licença.

No atual momento em que nossa sociedade se encontra, com a evolução dos meios digitais e de comunicação, com as redes sociais, e com as facilidades de propagação de uma simples opinião, muito se tem debatido a respeito de liberdade de expressão como poder de dignidade humana, sendo um entrelaçamento natural.

Importante ressaltar que o direito à liberdade de expressão é visto de diferentes maneiras pela comunidade jurídica e internacional, mas independente dessas variações, sempre se revela uma pauta em comum que é a dignidade humana em seu mais alto grau de eficácia dos direitos e garantias fundamentais nas diversas comunidades:

“Recebe o nome de liberdade de expressão a garantia assegurada a qualquer indivíduo de se manifestar, buscar e receber ideias e informações de todos os tipos, com ou sem a intervenção de terceiros, por meio de linguagens oral, escrita, artística ou qualquer outro meio de comunicação. O princípio da liberdade de expressão deve ser protegido pela constituição de uma democracia, impedindo os ramos legislativo e executivo o governo de impor a censura”. (SANTIAGO, 2015)

“A liberdade de expressão é considerada pela literatura jurídica como um direito humano fundamental e pré-requisito para o usufruto de todos os direitos humanos. Quando essa liberdade é suprimida seguem-se violações dos outros direitos humanos”. (SANTOS, 2012)

Nesse sentido de entrelaçamento entre direito à liberdade de expressão como vetor de proteção dos direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “Corte”) assume papel de suma relevância fazendo prevalecer os direitos e as garantias em âmbito internacional, sobrestando devaneios argumentativos que, de alguma forma, tentam minimizar a amplitude desses direitos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José, capital da Costa Rica, faz parte do sistema interamericano de direitos humanos, e pode ser

demandada por todos os Estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante “Convenção”), além da Comissão interamericana de Direitos Humanos (doravante “Comissão”), mas não possui competência para julgar penalmente os violadores dos direitos, entretanto, busca estabelecer uma reparação aos danos causados.

Neste estudo analisar-se-á alguns casos e decisões da Corte que se referem ao Direito à Liberdade de Expressão, buscando compreender os ensinamentos trazidos, o modo de pensar, os regramentos que devem ser seguidos e de como se concretiza tal direito em contraposição a eventuais rupturas do sistema jurídico internacional.

Assim, os casos que serão explicitamente comentados foram objeto de demanda perante a Corte Internacional inerente ao direito à liberdade de expressão e sua materialização no mundo real, seja impondo punições e medidas para retornar o sentido pretendido pelos postulados e princípios, ou, simplesmente, servindo de lição e exemplo para que não mais se tenha desrespeitos claros e corriqueiros ao direito à liberdade de expressão.

Casos como o de *Olmedo Bustos vs. Chile*, *Kimel vs. Argentina* e *Fontevicchia e D’Amico vs. Argentina* serão as bases de análises de como a Corte Interamericana julga e entende o direito à liberdade de expressão. Tais exemplos são fontes emblemáticas de conhecimento e aprofundamento em âmbito jurídico internacional, serão, neste estudo, as fontes de conhecimento e inteligência a partir de suas decisões.

Este estudo foi realizado, em termos de metodologia científica, utilizando os aspectos exploratórios e bibliográficos como métodos de pesquisa e análise. Exploratória é a forma de analisar os aspectos relacionados ao tema com objetivo de fortalecer pensamentos e elucidar dúvidas. Já a bibliográfica é aquela realizada com base em artigos, obras, material divulgado em internet e trabalhos científicos alusivo ao tema. (LAKATOS E MARCONI, 2017)

2 I “A ÚLTIMA TENTAÇÃO DE CRISTO”, OLMEDO BUSTOS VS. CHILE

Sentenciado em fevereiro de 2001, o caso nasceu da censura praticado pelo estado chileno em proibir a exibição do filme “A última tentação de Cristo”.

O filme trata da história de Jesus Cristo em seus últimos momentos de crucificação, imaginando como seria a sua vida se tivesse sido um homem normal, e não o Filho de Deus. Cristo chega a duvidar do amor do Pai e a imaginar como seria sua vida com filhos e casamento, o que vai de encontro aos dogmas cristãos. A arte fora entendida, pelos críticos, como um ultraje e insulto ao Cristo filho de Deus, afinal, igualava Cristo aos homens comuns e mundanos, pois a dúvida de Cristo seria algo impensável para o verdadeiro messias, trazendo consigo as fraquezas do ser humano.

O Chile, país de população majoritariamente confessional católica, iniciava seu processo de redemocratização após anos de ditadura militar. O Consejo de Calificación

Cinematográfica (CCC), órgão de censura resultante deste período, proibiu a exibição do filme alegando desrespeito a honra religiosa.

A Comissão demandou perante a Corte contra a República do Chile (doravante “o Estado” ou “Chile”) que se originou em uma denúncia (nº 11.803) recebida na Secretaria da Comissão.

A Comissão submeteu este caso com o fim de que a Corte decidisse se houve violação, por parte do Chile, dos artigos 13 (Liberdade de Pensamento e de Expressão) e 12 (Liberdade de Consciência e de Religião) da Convenção. Além do mais, a Comissão requereu à Corte que, como consequência das supostas violações aos artigos mencionados, declarasse que o Chile desrespeitou os artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) e 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) da mesma.

Cabe mencionar que todos os trâmites judiciais internos chilenos foram respeitados na tentativa de fazer cessar a censura, mas, no de 1997, as decisões de instâncias inferiores foram totalmente ratificadas pela Suprema Corte Chilena, fazendo com que as partes interessadas levassem o caso a apreciação da Corte pois a República do Chile ratificou o Pacto de São José da Costa Rica.

Diante desse quadro, a Comissão solicitou a Corte que: autorizasse a normal exibição cinematográfica e publicidade do filme “A Última Tentação de Cristo”; o Chile adequasse suas regras constitucionais e legais aos padrões sobre liberdade de expressão consagrados na Convenção Americana com o fim de eliminar a censura prévia às produções artísticas e culturais; assegurasse que os órgãos do poder público, suas autoridades e funcionários no exercício de suas diferentes faculdades, exerçam efetivamente os direitos e liberdades de expressão, consciência e religião reconhecidos na Convenção, e se abstenham de impor censura prévia às produções cinematográficas; reparasse as vítimas neste caso pelo dano sofrido; e efetuasse o pagamento de custas, reembolsando os gastos efetuados pelas vítimas para litigar este caso tanto no âmbito interno como perante a Comissão e a Honorável Corte, além dos honorários razoáveis de seus representantes.

Destaca-se que o procedimento de julgamento perante a Corte foi respeitado, provas foram produzidas, tendo inclusive a realização de uma audiência pública realizada em novembro de 1999 que trouxe peritos que auxiliaram na limpidez da causa.

Ao final, a Corte entendeu que:

“...quanto ao artigo 13 da Convenção, este seria como pedra angular de uma sociedade democrática, sendo condição essencial para que esta esteja suficientemente informada. Fundamentou também que o que está sob a proteção não é apenas o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, enfatizando a dimensão individual e uma dimensão social da liberdade de expressão. ”

A respeito da primeira dimensão do direito consagrado, a individual, a liberdade de expressão compreende o direito a utilizar qualquer meio apropriado para difundir o

pensamento e fazê-lo chegar ao maior número de destinatários. Por isso, a expressão e a difusão do pensamento e da informação são indivisíveis, de modo que uma restrição das possibilidades de divulgação representa um limite ao direito de se expressar livremente.

Já a respeito da segunda dimensão do direito consagrado no artigo 13 da Convenção, a social, indica-se que a liberdade de expressão é um meio para o intercâmbio de ideias e informações entre as pessoas e compreende seu direito a comunicar a outras os seus pontos de vista, mas, compreende, também o direito de todas a conhecer opiniões, relatos e notícias.

Por tudo, entendeu a Corte que:

“... a proibição da exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” constituiu uma censura prévia imposta em violação ao artigo 13 da Convenção, materializando a responsabilidade internacional do Estado, que pode ser gerada por atos ou omissões de qualquer poder ou órgão, independentemente de sua hierarquia, desde que violem a Convenção. ”

Com tais observações, referência são os ensinamentos trazidos de que o Estado não pode impor limites à consciência, ao pensamento, e isso, não por impossibilidade jurídica ou racional, mas material, porque o pensamento é, de sua natureza, incoercível; tem-se, então, liberdade, pela impossibilidade de violá-la. (...). Se o pensamento não é atingível em si mesmo, pode-se, contudo, compeli-lo em suas manifestações, no seu substrato de ordem física, e na própria vida do sujeito pensante. (DELL VECCHIO, 2007)

No tocante a alegada violação ao artigo 12 da Convenção, referente ao direito à liberdade de consciência e de religião permite que as pessoas conservem, mudem, professem e divulguem sua religião ou suas crenças, a Corte externou que:

“... este direito é um dos fundamentos da sociedade democrática, mas que no presente caso, entretanto, não existe nenhuma prova que comprove a violação de nenhuma das liberdades consagradas no artigo 12. ”

Considerou, portanto, que a proibição da exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” não privou ou prejudicou o direito de nenhuma pessoa a conservar, mudar, professar ou divulgar sua religião ou suas crenças com absoluta liberdade, e assim não violou o direito à liberdade de consciência e de religião consagrados no artigo 12 da Convenção Americana.

Quanto ao descumprimento dos artigos 1.1 e 2 da Convenção, a Corte afirmou que:

“...o dever geral do Estado, estabelecido no artigo 2 da Convenção, inclui a adoção de medidas para suprimir as regras e práticas de qualquer natureza que impliquem uma violação às garantias previstas na Convenção, bem como a expedição de regras e o desenvolvimento de práticas dirigidas à observância efetiva destas garantias. ”

Também esclareceu que, no direito das gentes, uma regra consuetudinária prescreve que um Estado que ratificou um tratado de direitos humanos deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações

assumidas. Assim, a Convenção Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições da Convenção para garantir os direitos nela consagrados, devendo estas medidas ser realmente efetivas para ter consequências sócias eficazes.

Para a Corte, estas medidas apenas são efetivas quando o Estado adapta sua atuação à normativa de proteção da Convenção, e, no presente caso, ao manter a censura cinematográfica no ordenamento jurídico chileno, o Estado está descumprindo o dever de adequar seu direito interno à Convenção.

Quanto ao artigo 63.1, a Corte entendeu que a Sentença:

“...por si mesma, constitui uma forma de reparação e satisfação moral de significação e importância para as vítimas.”

Já quanto ao reembolso dos gastos, a prudência deve permear seu alcance, que compreende os gastos pelas gestões realizadas pelas vítimas perante as autoridades da jurisdição interna, bem como os gerados no curso do processo perante o Sistema Interamericano de Proteção, tudo com base no princípio da equidade. Assim, equitativamente, a Corte considerou estes gastos em uma quantia total de US\$ 4.290 (quatro mil duzentos e noventa dólares dos Estados Unidos), que seria suficiente para retornar ao status anterior à violação.

3 | KIMEL VS. ARGENTINA

Em abril de 2007, de acordo com o disposto nos artigos 51 e 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte uma demanda contra a República Argentina (doravante “Argentina”), a qual se originou na denúncia apresentada em dezembro de 2000 pelo Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS) e pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL).

Em fevereiro de 2004, a Comissão aprovou o Relatório nº 5/04, mediante o qual declarou admissível a petição de Eduardo Gabriel Kimel. Após, em outubro de 2006, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito nº 111/06, nos termos do artigo 50 da Convenção, o qual continha determinadas recomendações à Argentina, sendo notificada deste relatório ainda em 2006.

Após esse procedimento formal e regular, depois de considerar a informação apresentada pelas partes após a adoção do Relatório de Mérito e diante da falta de avanços no efetivo cumprimento das recomendações, a Comissão decidiu submeter o presente caso à jurisdição da Corte.

Eduardo Gabriel Kimel é um renomado jornalista, escritor e pesquisador, com vários livros publicados relacionados à história política argentina, entre eles “O massacre de San Patricio”, no qual trata sobre o desfecho de sua investigação acerca do assassinato de cinco religiosos. A obra criticou duramente a atuação das autoridades encarregadas da

investigação dos homicídios, entre elas um juiz de direito.

O Juiz mencionado por Kimel, em represália, promoveu uma queixa criminal contra ele pelo delito de calúnia, afirmando que apesar da acusação desonrosa feita a um Magistrado por motivo ou ocasião do exercício de suas funções constituir desacato nos termos do art. 244 do Código Penal, atualmente já derogado, a acusação específica referente a um delito de ação pública configuraria sempre calúnia. Ao fim do processo penal, Kimel foi condenado a um ano de prisão e a uma multa de vinte mil pesos pelo delito de calúnia.

Por tudo, a Comissão solicitou à Corte que:

“... determinasse o descumprimento pela Argentina de suas obrigações internacionais ao violar os artigos 8 (Garantias Judiciais) e 13 (Liberdade de Expressão) da Convenção, isso em relação à obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos. Além disso, solicitou também o dever de adotar disposições de direito interno estabelecidos nos artigos 1.1 e 2 da Convenção. Por fim, solicitou que fossem determinadas medidas de reparação.”

Restou claro que a Argentina utilizou os delitos contra a honra com o claro propósito de limitar a crítica a um funcionário público. Outro ponto de destaque é salientar que a mera existência dos tipos penais de calúnia e injúria ao funcionário público, aplicados a Kimel, inibe as pessoas de emitir opiniões críticas a respeito da atuação das autoridades, em virtude da ameaça de sanções penais e pecuniárias. Uma engenhosidade jurídica fora criada com o claro propósito de perseguir o acusado.

O que se viu no caso narrado foi uma vontade imensurável estatal de suprimir a liberdade de expressão, de enforçar os direitos humanos fundamentais e de responsabilizar pensamentos pelo simples fato de criticar autoridades. Tamanho foi o absurdo das violações, que a Argentina, num ato de sensibilidade, em suas alegações, concordou que a aplicação de uma sanção penal ao senhor Eduardo Gabriel Kimel constituiu uma violação de seu direito à liberdade de expressão, consagrado pelo artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Quanto a responsabilidade internacional e suas consequências jurídicas pela violação do artigo 13 da Convenção, a Argentina também assumiu essa responsabilidade, seja em relação às obrigações gerais de respeito e garantia, como também de adotar as medidas legislativas ou de outro caráter que sejam necessárias para tornar efetivos os direitos protegidos, de acordo com os artigos 1 e 2 da Convenção.

Outro interessantíssimo entendimento trazido pela Corte foi que:

“...o Direito Penal é o meio mais restritivo e severo para estabelecer responsabilidades a respeito de uma conduta ilícita. Além disso, tipificações amplas de delitos de calúnia e injúrias podem resultar desacordos ao princípio de intervenção mínima e de ultima ratio do direito penal. Nas democracias, o poder punitivo apenas se exerce na medida estritamente necessária para proteger os bens jurídicos fundamentais dos ataques mais graves que causem dano ou os ponham em risco. O oposto refletiria ao exercício abusivo

do poder dever de punir de um Estado, o que vai de encontro às sociedades democráticas modernas. ”

Com base nessas premissas apresentadas, a tipificação penal de uma conduta deve ser clara e precisa e o princípio da intervenção mínima é característica de Estados democráticos, onde o direito penal só deve corresponder à necessidade de tutelar bens jurídicos fundamentais diante de condutas que impliquem gravíssimas lesões.

Também chamou a atenção da comunidade jurídica internacional o fato de o processo penal contra a vítima durar quase nove anos mesmo o caso não sendo complexo, pois não existia pluralidade de sujeitos processuais e a prova consistia essencialmente nos escritos contidos no livro. Tal demora, falta de diligências e violação do princípio da razoável duração do processo demonstrou a vontade estatal Argentina de torturar processualmente o acusado, como uma espécie de censura artística processual, inibindo, inclusive, outras críticas por outros escritores.

Não foi à toa que a Corte aceitou o reconhecimento de responsabilidade ofertada pela Argentina reconhecendo a violação ao direito de liberdade de expressão, bem como o reconhecimento de violação ao direito de ser ouvido em um prazo razoável do processo.

A Corte também decidiu que o Estado deve realizar os pagamentos de quantias estabelecidas a título de dano material, imaterial e reembolso de custas e gastos processuais, além de tornar sem efeito a condenação penal imposta a Kimel e todas as consequências que se derivem dela, eliminando imediatamente o nome de Kimel dos registros públicos nos quais apareça com antecedentes penais relacionados ao presente caso.

Por fim, outros importantíssimos entendimentos exarados pela Corte foram a necessidade de a Argentina realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade, dentro do prazo de seis meses a partir da notificação da sentença. O objetivo desse mandamento foi claramente difundir internamente na Argentina o desfecho do caso, fazendo crescer e enaltecer o sentimento cívico do direito fundamental à liberdade de expressão. A adequação do direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi também determinada, de tal forma que as imprecisões legislativas sejam corrigidas para satisfazer os postulados de segurança jurídica, não mais contrariando o exercício do direito à liberdade de expressão.

4 | FONTEVECCHIA E D'AMICO VS. ARGENTINA

O caso sentenciado pela Corte mais recentemente analisado neste estudo trata de alegada violação do direito à liberdade de expressão dos senhores Jorge Fontevécchia e Héctor D'Amico, jornalistas da revista Notícias, que eram, respectivamente, diretor e editor. A suposta violação teria acontecido em consequências da condenação civil que lhes foi imposta por meio de sentenças proferidas por tribunais argentinos por responsabilidade ulterior em relação à publicação de dois artigos na mencionada revista, em novembro de

1995.

Um viés político estava em jogo pois estas publicações expunham a relação de Carlos Saúl Menem, então Presidente da Argentina, com uma deputada, que gerou um filho não reconhecido publicamente por Menem, além disso, as publicações também se referiam a relação entre o Menem e seu filho.

O Poder Judiciário Argentino, incluindo a Suprema Corte na Nação, considerou que se havia violado o direito à vida privada do senhor Menem como consequência daquelas publicações.

Em seu Relatório de Mérito nº 82/10, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou que:

“...a condenação civil imposta às supostas vítimas como responsabilidade ulterior pela publicação dos referidos artigos de imprensa não observou o artigo 13 da Convenção Americana. Diante disso, solicitou à Corte a declaração de responsabilidade internacional do Estado Argentino pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão dos senhores Fontevecchia e D’Amico.”

A Argentina apresentou sua versão aos fatos narrados em contestação no ano de 2011, alegando que diversas mudanças institucionais e normativas já haviam acontecidas desde a época, além de adequações jurisprudenciais, estando, o ordenamento jurídico argentino, em seu estado atual, em consonância com a Convenção em matéria de liberdade de expressão.

Ao final do procedimento previsto, tudo em conformidade com a regularidade e a validade do que rege o ordenamento perante a Corte, esta decidiu:

“...pela latente violação do direito à liberdade de expressão praticado pela Argentina em discordância do artigo 13 da Convenção, mas que, diante dos fatos e documentos apresentados, já restou claro que o Estado Argentino já regularizara seu direito interno, adequando os ditames legais e jurisprudenciais ao que reza os normativos e princípios dos direitos humanos fundamentais em esfera internacional.”

Destaca-se o pensamento da Corte com base no artigo 13.2 da Convenção, que proíbe a censura prévia, também prevê a possibilidade de exigir responsabilidades ulteriores pelo exercício abusivo deste direito, indicando que o abuso do direito também deve ser rechaçado pelo ordenamento internacional.

A Corte também salientou que:

“... estas restrições ao direito têm caráter excepcional e não devem limitar, além do estritamente necessário, o pleno exercício da liberdade de expressão e converter-se em um mecanismo direto ou indireto de censura prévia, afinal os meios de comunicação social possuem um papel essencial como veículos para o exercício da dimensão social da liberdade de expressão em uma sociedade democrática, razão pela qual é indispensável que reúnam as mais diversas informações e opiniões.”

Diante desse quadro, os Estados não apenas devem minimizar as restrições à circulação das informações, mas também equilibrar, na maior medida possível, a participação das distintas informações no debate público, promovendo o pluralismo informativo.

Vê-se também que o artigo 11 da Convenção Americana reconhece que toda pessoa tem, entre outros, direito à vida privada e proíbe toda ingerência arbitrária ou abusiva, tendo um espaço de tranquilidade pessoal, mantendo reservados certos aspectos da vida privada e controlar a difusão de informação pessoal para o público.

Já o artigo 11.2 da Convenção Americana protege o indivíduo frente à possível interferência arbitrária ou abusiva do Estado. No entanto, isso não significa que o Estado cumpra suas obrigações convencionais com o simples fato de abster-se de realizar tais interferências. Ademais, o artigo 11.3 da Convenção impõe aos Estados o dever de oferecer a proteção da lei contra aquelas ingerências. Consequentemente, o Estado tem a obrigação de garantir o direito à vida privada por meio de ações positivas.

Diante disso, a Corte deve encontrar um equilíbrio entre a vida privada e a liberdade de expressão, dois dos direitos fundamentais garantidos e de maior importância para as sociedades democráticas, mesmo longe de ser direitos absolutos. Nota-se, portanto, que o exercício de um direito fundamental tem de ser feito com respeito e salvaguarda aos demais direitos fundamentais.

No caso em estudo, a Corte adotou o critério de que para que uma restrição à livre expressão seja compatível com a Convenção Americana, ela deve ser necessária em uma sociedade democrática, entendendo por “necessária” a existência de uma necessidade social imperiosa que justifique a restrição. O Presidente da nação ostenta o mais alto cargo eletivo de um país, e, por isso, estava sujeito ao maior escrutínio social, não apenas sobre suas atividades oficiais, mas também sobre aspectos que, em princípio, poderiam estar vinculados à sua vida privada, mas que revelam assuntos de interesse eminentemente público.

Assim, seria uma espécie de legítimo interesse da sociedade de se manter informada e de conhecer o que incide sobre o funcionamento do Estado, ou afeta direitos ou interesses gerais ou lhe acarreta consequências importantes. Neste sentido, por diversos motivos, tais informações a respeito do então Presidente da nação era de interesse público e isso justificava sua difusão.

Neste caso específico, observa-se um lapso de 20 anos entre o fato violador do direito à liberdade de expressão e a sentença exarada pela Corte, o que, de sobremaneira, evidencia, realmente um período de tempo suficiente para a adequação e modificação da estrutura normativa interna, o que fora provado nos autos através de alegações e documentos comprobatórios trazidos pela Argentina. Além do mais, a Argentina também, assim como o Brasil, estava saindo de uma ditadura militar de décadas de existência, recrudescimento social e estagnação jurídica, passando por um período de redemocratização.

Significativo citar que a Corte considerou que os fatos, no momento de serem

difundidos, já se encontravam no domínio público e que o suposto afetado com sua conduta, o Presidente Menem, não havia contribuído para resguardar a informação cuja difusão posteriormente objetou. Assim, não houve uma ingerência arbitrária no direito à vida privada do senhor Menem. De tal modo, a medida de responsabilidade ulterior imposta foi totalmente desnecessária em relação à alegada finalidade de proteger o direito à vida privada.

Em continuação, a Corte entendeu que a Argentina já havia tomado medidas de adequação do direito interno para com os direitos fundamentais internacionais com o passar dos anos e a maturidade da democracia argentina, não sendo necessário nenhum mandamento decisório neste sentido.

Com relação ao pedido de reparação de danos, a Corte, com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana, indicou que:

“...toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido um dano comporta o dever de repará-lo adequadamente e que essa disposição reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do direito internacional contemporâneo sobre responsabilidade de um Estado. ”

Tal reparação deve ser plena, consistindo no restabelecimento da situação anterior. Caso não seja possível, como na maioria das vezes, deve determinar medidas para garantir os direitos violados, reparar as consequências que as infrações produziram e estabelecer uma indenização que compense os danos ocasionados.

Outro ponto que concerne à reparação foi o dever de deixar sem efeito a condenação civil imposta aos senhores Jorge Fontevéchia e Hector D’Amico, tanto a título de indenizações como a título de multas, assim como todas suas consequências cíveis.

No mais, os ressarcimentos com gastos e custas processuais, além de indenização por dano imaterial, são reparações sempre necessárias e utilizadas pela Corte, não sendo diferente no caso apresentado em virtude da latente violação ao direito sofrida pelas vítimas.

Noutra banda, a publicação da sentença da Corte e o reconhecimento de responsabilidade internacional com o objetivo de dar ampla publicidade como forma de reparação às vítimas são pontos cruciais do decisório pois revela o poder de disseminar a importância dos ensinamentos exarados como forma de punição e, também, de exemplo.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos vem, corriqueiramente, demonstrando sua forma de pensar através de sentenças após demandas das mais variadas formas. A proteção ao direito à liberdade de expressão vem sendo protegido como fundamento de dignidade humana não se esgota no reconhecimento teórico do direito a falar ou escrever, mas compreende também, inseparavelmente, o direito a utilizar qualquer meio apropriado para difundir o pensamento e fazê-lo chegar ao maior número de destinatários.

Podemos verificar também que a liberdade de expressão é um meio para o

intercâmbio de ideias e informações, servindo para a comunicação em massa na sociedade. Concebe, também, o direito de cada um a comunicar aos outros indivíduos suas opiniões e o direito de todos a conhecer os mais variados pontos de vista e notícias.

Noutra banda, a liberdade de expressão requer que os meios de comunicação social estejam virtualmente abertos a todos sem nenhuma forma de discriminação, ou, mais exatamente, que não haja indivíduos ou grupos que, a priori, estejam excluídos do acesso a tais meios, sendo instrumentos de liberdade e não de restrição.

Nesse diapasão, como vimos a partir da análise dos três casos emblemáticos trazidos à baila neste estudo, notamos que alguns pontos são comuns nas sentenças exaradas pela Corte, como forma de sedimentar os entendimentos, criar uma jurisprudência farta e forte, arraigada na proteção ao direito à liberdade de expressão.

Primeiro, temos a questão da reparação material e imaterial sempre presente nas decisões. Baseia-se na necessidade de retorno ao status quo, como forma de apaziguamento social e individual diante de uma ruptura jurídica de violação a direitos fundamentais. A reparação com os custos e gastos processuais também são necessários e sempre presentes para que se atinja a equidade e a justiça do caso concreto. Referente a reparação civil, vemos também o reembolso de alguma quantia paga pelo acusado no decorrer do processo judicial em contexto interno.

Segundo, temos a sempre presente fiscalização dos mandamentos impostos nas sentenças até o final cumprimento, significando que os Estados Nação realmente devem concretizar o que fora determinado, afinal, não adianta simplesmente está no papel utópico, deve-se, de forma efetiva, realizar o fiel dever de efetivar os direitos atingidos.

Terceiro ponto a ser lembrado é a premente necessidade de adequação dos ordenamentos jurídicos internos à Convenção Americana de Direitos Humanos, em prazo razoável, visto que muitas violações são baseadas em legislações antigas e preconceituosas, fazendo com que as decisões internas até sejam legais, porém são totalmente antijurídicas do ponto de vista moderno e internacional, levando em consideração todo o arcabouço jurídico de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Quarta consideração é a corriqueira imposição de reconhecimento público de responsabilidade por parte do Estado violador, através de um pedido público de desculpas, podendo se dá de várias formas como notícias, publicações ou comunicados, seja em jornais de grande circulação, seja em boletins oficiais e em sítios da web, na tentativa de uma maior quantidade de pessoas, especialmente fora do mundo jurídico, tome conhecimento da ruptura do direito e de seu retorno através da decisão da Corte.

Outro ponto de destaque são as obrigações do Estado violador tornar sem efeito as condenações penais e eliminar imediatamente os nomes dos envolvidos dos registros públicos nos quais apareçam antecedentes penais relacionados aos casos relacionados.

Além de tudo isso, porém de grande relevância, é a declaração exata e inequívoca de violação do direito fundamental garantido, relacionando com a Convenção Americana de

Direitos Humanos, fazendo cessar qualquer dúvida sobre a transgressão e referendando a prevalência da dignidade humana.

Estes seis meios de difundir a ideia de pacificação social em âmbito internacional são utilizados de forma habitual pela Corte, trazidos acima, espalhados nas mais distintas sentenças exaradas, esmiuçando o direito violado no caso concreto, faz revelar a premissa básica de envolver a vítima de violação ao seu direito à liberdade de expressão com todos os meios possíveis de reparação e de consolidação do direito de expressão.

Por todo o exposto, percebe-se que a Corte dignifica o sentido do direito quando garante, de forma efetiva, o cumprimento da intenção do legislador internacional protegendo os ditames da justiça, enfocando o direito à liberdade de expressão em seu grau de eficácia mais elevado possível. Daí nos ensina um dos maiores pensadores da história mundial:

“Errado ou certo, o pensamento de um homem é sua propriedade mais sagrada. Errado ou certo, os tiranos são igualmente culpados quando o atacam.” (Constant, 2007)

REFERÊNCIAS

BACCIOTTI, Karina Joelma. **Caso Ivcher Bronstein vs. Peru: a posição da Corte Interamericana dos Direitos Humanos sobre a violação do direito à liberdade de expressão.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano19, n.3863, 28 jan. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26532>. Acesso em: 12 nov. 2021.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do direito internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CONSTANT, Benjamin. **Princípios de política aplicáveis a todos os governos,** Trad. Joubert de Oliveria Brízida, Editora Topbooks, Rio de Janeiro, 2007, p. 256.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Olmedo Bustos vs Chile. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 5 de febrero de 2001.** Disponível em www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf. Acesso em 04 de novembro de 2021.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Fontevecchia Y D’Amico Vs. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 29 de noviembre de 2011.** Disponível em www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf. Acesso em 10 de novembro de 2021.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Kimel Vs. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 02 de mayo de 2008.** Disponível em www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf Acesso em 16 de novembro de 2021.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da Filosofia do Direito,** Trad. João Baptista da Silva, Editora Líder, Belo Horizonte, 2006.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. **Metodologia Científica**. São Paulo: Gen. Atlas, 2017.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Humanos no Brasil**. Desafios à Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LIMA, Caroline Silva. **O que se entende por direitos fundamentais?** 2011. Disponível em: <https://lfq.jusbrasil.com.br/noticias/2215619/o-que-se-entende-por-direitos-fundamentais-caroline-silva-lima>. Acesso em: 27 out. 2021.

MIRANDA, M. A. P. **Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos: Aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, 2009. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTIAGO, Emerson. **Liberdade de Expressão**. Ano 2015. Disponível em: <http://www.infoescola.com/direito/liberdade-de-expressao/>; Acesso em: 15.nov.2021.

SANTOS, Cecilia MacDowell dos. **A Mobilização Transnacional do Direito: Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**. 1ª Ed. Coimbra: Almedina, 2012.

VATTEL, EMER de. **O direito das gentes**; prefácio e tradução: Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

DO SILÊNCIO DAS MULHERES NA HISTÓRIA A CONQUISTA DE VOZ DA MULHER BRASILEIRA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Data de aceite: 04/07/2022

**Isabela Fernanda dos Santos Andrade
Amaral**

Mestra em Ciências Jurídicas pela
Universidade Estadual do Norte do Paraná
(UENP)

Professora de Direito na Faculdade de
Presidente Epitácio (FAPE)

Presidente Epitácio – São Paulo
<http://lattes.cnpq.br/5498657589748425>

RESUMO: Esta pesquisa foi realizada com objetivo de analisar a relação da exclusão da mulher como objeto da historiografia e a articulação realizada por mulheres durante a Constituinte de 1987-1988. Neste trabalho foram utilizados os métodos histórico e dedutivo. O assunto é relevante para a compreensão da situação histórica na qual foram aprovados artigos referentes a direitos de igualdade e demais garantias constitucionais às mulheres, bem como para trazer à baila fato importante para o direito brasileiro que, aparentemente, está caindo em esquecimento. Foi observado que, devido a condição subjugada culturalmente imposta às mulheres, elas foram mantidas às margens da construção histórica, sem fontes sobre suas vidas e representantes nas ciências; havendo alteração desse quadro somente com os movimentos feministas do século XX. No Brasil, as mulheres começaram a ganhar visibilidade no espaço público a partir da década de 1960, durante o regime militar, com vários movimentos populares, o que levou a instituição do CNDM

e ao movimento Mulher e Constituinte, obtendo sucesso em eleger 26 parlamentares mulheres e em aprovar 80% das reivindicações presentes na Carta da Mulher Brasileira ao Constituinte. Portanto, restou evidente que somente com voz as mulheres são capazes de contraírem sua própria história e direito.

PALAVRAS-CHAVE: Historiografia. Direito. Mulheres. Constituição de 1988.

OF THE SILENCE OF WOMEN IN HISTORY THE CONQUEST OF BRAZILIAN WOMEN'S VOICE IN THE CONSTITUTION OF 1988

ABSTRACT: This research was carried out with the objective of analyzing the relation of the exclusion of the woman as object of the historiography and the articulation carried out by women during the Constitution of 1987-1988. In this work the historical and deductive methods were used. The subject is relevant to the understanding of the historical situation in which the articles on equality rights and other constitutional guarantees for women were approved, as well as to bring to the fore an important fact for Brazilian law that apparently is falling into oblivion. It was observed that because of the enslaved condition that women were culturally imposed, they were kept on the margins of historical construction, with no sources about their lives and representatives in the sciences; with this change only with the feminist movements of the twentieth century. In Brazil, women began to gain visibility in the public space from the 1960s, during the military regime, with several popular movements, which led to the establishment of the CNDM and the Women and

Constituent movement, succeeding in electing 26 women parliamentarians and to approve 80% of the claims in the Brazilian Women's Charter to the Constituent Assembly. Therefore, it has become evident that only with voice are women capable of contracting their own history and right.

PALAVRAS-CHAVE: Historiography. Law. Women. Constitution of 1988.

1 | INTRODUÇÃO

A ciência histórica está presente de forma expressa em todas as demais ciências, pois todas elas devem estudar o seu próprio desenvolvimento e como o desenvolvimento social o influenciou. Isso se dá com maior relevância nas ciências sociais, pois, assim como a historiografia, têm como seu objeto a pessoa e seus aspectos no tempo.

Os historiadores possuem um grande poder em sua mão, pois a forma como a história é contada influencia na visão que os indivíduos têm de algo, podendo reforçar relações de opressão pela simples propagação de um estereótipo, ou alterar como são percebidas relações sociais, de forma a incentivar uma nova maneira de interação. Por isso, História tem ligação próxima com o Direito e a política.

Mudanças no direito de uma sociedade pode ser resultado de uma mudança na sociedade em si, que será registrada pela historiografia e, muitas vezes, impulsionada pela forma como a história é abordada. Uma grande alteração política ou legislativa também pode resultar em um novo curso para a história. E são nessas relações que podemos apoiar a conquista das mulheres por voz e por espaço social e público. Sendo o enfoque do presente artigo a façanha realizada pelo Lobby do Batom durante a Constituinte de 1987-1988.

Neste trabalho, objetivou-se estudar a influência da falta de voz das mulheres na história e sua consequência na Constituinte de 1987-1988, processo em que houve uma massiva organização das mulheres brasileiras para reivindicar voz e lugar no parlamento, procurando aprovar a positivação constitucional do princípio da igualdade entre homens e mulheres, assim como diversos direitos específicos para a população feminina.

Apesar da grande importância do Lobby do Batom na história do direito brasileiro, pouco se fala sobre, o que evidencia a importância de pesquisa acerca desse tema.

No desenvolvimento do artigo foram realizadas considerações sobre a historiografia, conceituou-a sob a perspectiva de historiadores como Michel de Certeau, Marc Bloch e Julio Aróstegui, demonstrando sua aproximação com as demais ciências sociais pelo um de seus objetos ser a sociedade no tempo.

Ponderou-se que a base para que se desenvolva a historiografia é a memória, sendo uma de suas fontes, bem como, não seria equívoco dizer, a preservação da memória é uma das finalidades dessa ciência. Dada sua relevância, foi realizada uma breve análise do processo de memorização, introduziu-se os conceitos de memória de curto e longo prazo. Evidenciou-se a grande carga de subjetividade que permeia o procedimento de

memorização e como o recolhimento de fontes decorrentes de somente uma perspectiva pode influenciar na história e na exclusão de determinado grupo subjugado.

Demonstrou-se como as mulheres se encaixam como grupo discriminado no decorrer da história devido a construção cultural de gênero, ocorrendo acentuação desse quadro durante a revolução industrial no século XIX.

Por fim, visando demonstrar o caminho que conduziu a articulação do Lobby do Batom, foram abordados os movimentos de mulheres no Brasil durante a segunda metade do século XX, que ganharam força durante o regime militar, impulsionados pelo crescimento do movimento feminista. Igualmente, elucidou-se no que consistiu o Lobby do Batom e qual foi o resultado alcançado por ele na Constituição de 1988.

Para a elaboração do presente trabalho foram utilizados os métodos dedutivo e histórico. O primeiro deles parte de premissas maiores para as premissas menores, nesse caso, iniciou-se a pesquisa por uma conceituação da historiografia e suas fontes, realizando uma construção até a Constituição de 1988. Já o segundo, foi utilizado ao serem estudados institutos e construções históricas e a sua influência ao Lobby do Batom.

As técnicas de pesquisa utilizadas foram análise documental de fontes primária e secundária, havendo sido acessados documentos contemporâneos a constituinte e, bem como, bibliografia pertinente aos assuntos.

2 | HISTORIOGRAFIA E SOCIEDADE

A ciência histórica, quando delimitada com seus próprios métodos e conceitos, é também chamada de historiografia. Importante destacar que a historiografia entre o século XVIII e início do século XIX estava vinculada essencialmente às fontes oficiais, de maneira que a história se restringia a abordar a vida dos “grandes homens e seus feitos”. Ou seja, pessoas comuns, trabalhadores, mulheres eram desconsiderados pela historiografia.

Em meados do século XX, houve a criação da *L'École des Annales*, a qual fazia uso de colaboração da Antropologia e da História das mentalidades, com foco no cotidiano das pessoas, possibilitando a presença de novos sujeitos na ciência histórica, assim como em novas formas de abordar a História social, a exemplo da memória popular (AMÂNCIO, 2013, p. 72-73).

Pode-se dizer atualmente que a historiografia tem como objeto de estudo das relações dos homens inseridas em um período. Não basta a história investigar os desdobramentos da interação humana, é imprescindível considerá-los em um determinado intervalo temporal. Portanto, mesmo quando se está analisando os vestígios deixados em paisagens, bem como seus documentos, artefatos e máquinas, na verdade se está estudando o que se passou com os homens em determinado local e tempo (BLOCH, 2001, p. 49-50).

Seguindo seu raciocínio, Marc Bloch (2001, p. 60) infere que o tempo, ao lado do ser humano, é característica fundamental no estudo histórico, sendo que a sua inobservância

desvalidaria todo um trabalho:

Em suma, nunca se explica plenamente um fenômeno histórico fora do estudo de seu momento. Isso é verdade para todas as etapas da evolução. Tanto daquela em que vivemos como das outras. O provérbio árabe disse antes de nós: “Os homens se parecem mais com sua época do que com seus pais”. Por não ter meditado essa sabedoria oriental, o estudo do passado às vezes caiu em descrédito.

Além da época em que ocorreram os fatos, é de suma importância considerar as influências regionais, culturais e econômicas as quais uma sociedade esteve submetida, bem como considerar o tempo e influências socioculturais em que está envolvido o próprio pesquisador.

Michel de Certeau (2006, p. 65-66) pontuou que a atividade do historiador consiste em correlacionar as ideias estudadas com os lugares em que a investigação é realizada. Dessa forma, a operação historiográfica é o resultado de uma pesquisa realizada em um lugar social, por meio de procedimentos de análise (práticas científicas), e reproduzida na construção de um texto (escrita).

Considerando historiografia como ciência social, Julio Aróstegui (2006, p. 255) afirmou que a teoria da história e as demais ciências sociais não podem ser analisadas de maneira independente. Toda teoria social deve ter em consideração sua dimensão temporal, e, por sua vez, a própria história tem como seu sujeito o indivíduo, devendo ele ser estudado enquanto inserido em sua dinâmica social.

O processo de mudança ou de permanência nas sociedades afeta tanto a teoria social como a histórica. A relação da mudança social com a mudança histórica faz com que algumas vezes não seja possível discerni-las. Por isso, dada a inextricável convergência do social e do histórico, como já estabelecemos, é preciso falar da *sociedade*, a partir de diversos pontos de sua teoria, para poder falar *do que é história*. (grifo do autor) (ARÓSTEGUI, 2006, p. 256)

Corroborando com esse posicionamento Michel de Certeau (2006, p. 74), ao apontar que desde a investigação histórica até a própria escrita de uma obra, todos os pontos são relativos à estrutura social, incorrendo que, se há mudança na situação social, também há mudança na forma de se trabalhar a história.

Se a teoria da história tem seu objeto fixado nos homens estabelecidos em determinado local e tempo, é correto afirmar que a historiografia estuda as sociedades humanas e seu desenvolvimento social, econômico e político. A história das sociedades, principalmente das mais arcaicas, tem como fonte essencial a memória e sua expressão, principalmente, pela oralidade, assunto que passaremos a abordar.

3 | MEMÓRIA E PERSPECTIVA

O historiador irá recorrer a inúmeras fontes durante a sua investigação, entre elas

estão o depoimento, a entrevistas e outras técnicas que visam acessar a memória dos indivíduos e grupos que presenciaram o fato estudado. Além disso, as fontes primárias como correspondências, diários e arquivos públicos e privados, dependem, em certa medida, da memória, mesmo que seja a memória de curto prazo (explicada mais a frente).

Gercina Ângela Borém Lima (2007, p. 276) constata que em sociedades orais os homens passavam por meio de teatros, danças, rituais, mitos e histórias os conhecimentos de crenças, técnicas e costumes que consideravam pertinentes a serem preservados. Confiando apenas na memória, a informação era recebida no exato tempo e local em que eram emitidas, dessa forma:

A história era feita a partir da capacidade de memorização dos membros do grupo social e de suas preferências. Havia, portanto, um registro “incerto” da realidade, fortemente filtrada pelo sujeito da ação. A mediação desse sujeito, nesse tipo de comunicação, era de fundamental importância para a continuidade histórica do conhecimento, pois não havia a escrita.

Nas sociedades contemporâneas, a oralidade ganhou novamente notoriedade, pois graças à tecnologia existe ampla disseminação de informações (inclusive em tempo real) por meio de rádio, televisão, telefone e internet (MATOS; SENNA, 2011, p. 95).

A partir da percepção da indução que a memória e sua exteriorização exercem na construção da história, é imprescindível ter conhecimento de noções básicas do processo de memorização.

3.1 O processo de memorização

A construção da memória é fenômeno estudado por diversas ciências sem que, na verdade, nenhuma delas tenha atingido um conceito absoluto e dotado de certeza incontestável.

A definição do que é memória, segundo Jean-Pierre Changeux (2007, p. 15) em sua colaboração no livro *¿Por qué recordar?*, deve ter um enfoque múltiplo, pois é necessário fazer considerações nas áreas da psicologia, antropologia, história das culturas e civilizações, biologia molecular e neurologia.

Jacques le Goff (1990, p. 424) ensina que ao compreender a memória como aptidão de guardar conhecimentos, entende-se que ela é possibilitada por um conjunto de funções psíquicas que permitem que se atualize informações e impressões entendidas como passadas ao revisitá-las.

A memória é composta por memórias de curto e de longo prazo. A memória de curto prazo permite a compreensão do passar do tempo e reconhecimento de pessoas e coisas com as quais se interage. Embora dure menos de um minuto, a memória de curto prazo fornece objetos mentais que serão armazenados na memória de longo prazo (CHANGEUX, 2007, p. 17).

Contudo, não são todos os objetos da memória de curto prazo que serão convertidos

em memória de longo prazo, caso contrário o cérebro ficaria sobrecarregado de informações fúteis, Jean-Pierre Changeux (2007, p. 18) explica que:

En dicha selección interviene una zona especializada de nuestra corteza cerebral, el lóbulo del hipocampo, cuya ausencia impide el tránsito desde la memoria de corto plazo a la de largo plazo. Tal selección escapa en gran medida a la voluntad y a la razón, y aún no se conoce con certeza los principios que la rigen: novedad, coherencia, respuesta a un interés cognoscitivo, designio, contexto emocional, por cierto, pero también el *azar*. Lo que retiene la memoria de largo plazo varía considerablemente de un individuo a otro.¹
(grifo do autor)

Na mesma obra, *¿Por qué recordar?*, Rudolf von Thadden (2007, p. 38) aponta que essa subjetividade da mente resulta em múltiplas versões para um mesmo fato, o que o autor chama de memórias plurais, e, em decorrência, existem inúmeras percepções do que se entende como realidade histórica.

Os historiadores devem resistir ao ímpeto de uniformizá-las e uni-las em uma memória única, respeitando a pluralidade de memórias, pois “Aunque no haya sino una historia, ella se traduce siempre en percepciones y memorias diferentes”² (THADDEN, 2007, p. 38).

Ao tratar do método pelo qual o historiador utiliza as fontes orais, Joel Haroldo Baade (2013, p. 3-4), destaca a necessidade de cautela por parte do pesquisador, pois este não deve se deixar envolver nem pelos relatos das testemunhas que entrevista, nem por seus pré-conceitos e inclinações. Contudo, é neste momento de coleta de informações que o historiador tem a oportunidade de acarear a testemunha com outras histórias possíveis para o mesmo fato, processo que possibilita ao historiador entregar, em seu trabalho finalizado, um retrato histórico mais imparcial e mais próximo das complexidades humanas.

Construir uma análise histórica sob somente uma perspectiva, resulta numa história carregada e subjetivismo, ou seja, uma história parcial. Portanto, para que todas as sociedades e culturas tenham suas visões respeitadas e consideradas na consolidação de uma obra histórica, a maior quantidade de possível delas deve ser ouvida.

3.2 A subjugação como consequência da ausência de fontes múltiplas

Caso não ocorra a consideração das diversas perspectivas que podem ser dadas a um fato histórico, a história será registrada e passará como sendo verdadeiros os fatos observados somente por uma sociedade ou grupo social.

Chimamanda Ngozi Adichie (2009, s/p), utilizando-se de vários exemplos de estereótipos, demonstra o perigo de uma história única. Com o termo “história única”,

1 Em tradução livre: Em tal seleção intervém uma área especializada do nosso córtex cerebral, o lóbulo do hipocampo, cuja ausência impede a transição da memória de curto prazo para a memória de longo prazo. Tal seleção escapa em grande parte da vontade e da razão, e os princípios que a governam ainda não são conhecidos com certeza: novidade, coerência, resposta a um interesse cognitivo, desígnios, contexto emocional, certamente, mas também acaso. O que retém a memória de longo prazo varia consideravelmente de um indivíduo para outro.

2 Em tradução livre: Embora haja apenas uma história, ela sempre se traduz em diferentes percepções e memórias.

Adichie se refere às informações que são disseminadas de forma ampla, mas que não levam em consideração um outro olhar sobre o mesmo fato.

A autora pondera, a título de demonstração, que enquanto existem diversos romances norte-americanos e, portanto, diversas representações da sociedade norte-americana, não existe a difusão de romances realizados por escritores do continente africano e não há a representação dos diversos aspectos do cotidiano africano. O que resulta na construção de um estereótipo para o continente e sua população, sendo enfatizados somente os pontos mostrados pela mídia e pela história (que tende a ser eurocêntrica). Por esse motivo, deve-se procurar mais de uma fonte que relate o mesmo fato, para possibilitar o acesso da grande massa a uma visão mais ampla, inserindo nos registros o lado geralmente não ouvido dos fatos (ADICHIE, 2009, s/p).

A história, na visão do materialismo histórico dialético de Karl Marx e Friedrich Engels (2007, p. 34), se desenvolve e é marcada por uma relação entre agentes opressores e grupos oprimidos. Nesse conflito, ao grupo subjugado são impostos os desejos e as doutrinas dos opressores.

Controlar o passado e o presente ajuda a controlar o futuro, por esse motivo existe competição pelo domínio do relato histórico. Dependendo da intenção uma obra histórica, seu conteúdo, procedimentos e função poderão diferir drasticamente; e, além do método, poderá se optar por um ou outro fenômeno como destaque (FERRO, 1989, p. 2-3).

Dessa forma, o grupo que domina os métodos e técnicas da pesquisa histórica acaba dirigindo o rumo da história em si ao lhe atribuir a sua perspectiva e os seus valores. Ele tem o poder de determinar quais são os objetos relevantes para seu estudo e quais fatos merecem não cair no esquecimento.

Quando a história é narrada apenas pela perspectiva do grupo dominante, torna-se ferramenta de opressão pois, além de realizar o apagamento e a distorção da imagem dos grupos subalternos, é usada como instrumento de formação de opinião e, conseqüentemente, de manipulação da massa.

Por longos séculos os historiadores eram apenas homens europeus de famílias nobres e abastadas, ocasionando, dentre outras conseqüências, a supressão da perspectiva feminina da história durante muito tempo.

4 | AS MULHERES À MARGEM DA HISTÓRIA

Os movimentos feministas recebem cada vez mais visibilidade, exigindo igualdade entre homens e mulheres nos mais diversos aspectos, desde questões relacionados à vida pública quanto questões relacionadas à vida privada. Foram os movimentos feministas que impulsionaram as ciências na direção dos assuntos relacionados às mulheres, inclusive a historiografia.

Tilly (1994, p. 31) pontua que a história das mulheres foi influenciada direta

e indiretamente pelo feminismo, o qual, em sua definição operacional, possui três componentes: defesa da igualdade dos sexos ou oposição à hierarquia dos sexos; a aceitação que a posição da mulher é construída socialmente e fixada historicamente pelos costumes sociais; e o reconhecimento das mulheres como grupo social, prestando apoio a elas. Portanto, larga pesquisa foi realizada em campos como o da história, sociologia e antropologia para solidificar o argumento da construção social do gênero e da exclusão e submissão impostas às mulheres.

Um ponto que possui ampla convergência de opiniões consiste na afirmação que as sociedades antigas possuíam sua organização baseada no matriarcado. A mulher era a figura central e de maior poder dentro do grupo social, pois a sua capacidade de gerar vida e aumentar o contingente populacional era reverenciado. Dessa forma, a origem da organização social esteve nas mãos das mulheres, (PERROT, 2006, p. 175-176). Nessas sociedades as relações afetivas e sexuais eram, em sua maioria, poligâmicas. Ou seja, a mãe era sempre certa, mas o mesmo não ocorria com o pai.

Contudo, com a estabilização das sociedades e sua fixação geográfica, o ato de conceber novos membros perde importância para a obtenção e a manutenção de bens materiais, gerando nos homens o desejo de ter os bens por si conquistados mantidos em sua linhagem sanguínea. A partir de então se instala o patriarcado, que garantiria, na monogamia da mulher, a manutenção das propriedades dos homens pelos seus descendentes (ROCHA, 2007, p. 723-724).

Engels ([19--?], p. 75-76) afirma que juntamente com a imposição da monogamia surgiu a primeira opressão de classe, a qual seja o antagonismo entre homem e mulher. Destaca que a monogamia surge não por motivos afetivos, mas tão puramente por interesses na procriação de filhos e na manutenção da propriedade. Observa-se, nesse ponto, uma reversão dos papéis de cada sexo, passando o homem ao centro da construção e da liderança social, enquanto era estabelecida uma especificação mais delineada e rígida das atividades a serem praticadas por cada gênero.

As identidades de gênero são inseridas no conceito de sexo por uma construção social. Existem necessidades humanas que devem ser supridas como forma de manutenção e proliferação da vida, entre elas se encontram as da sexualidade e da procriação, que precisam ser satisfeitas como quaisquer outras, entretanto, a forma como isso ocorrerá não é meramente natural.

Nesse sentido, elucida Rubin (1993, p. 5) que “Fome é fome, mas o que é considerado comida é culturalmente determinado e obtido [...] Sexo é sexo, mas o que se considera sexo é igualmente determinado e obtido culturalmente”. A autora afirma que cada sociedade adota e impõe um “sistema sexo/gênero”, este sistema tem a função de fixar as posturas esperadas de homens e de mulheres.

Na sociedade ocidental, o sistema sexo/gênero historicamente impôs à mulher os papéis de mãe, educadora e zeladora do lar, sendo idealizadas para prover suporte aos

seus esposos, sendo a eles obedientes e submissas, encontrando o seu local em casa, na vida privada. Já aos homens foi cedido o papel de provedor principal do lar, sendo uma figura forte e central, permitida a ocupar os espaços públicos, possuindo voz para representar os seus anseios e de sua família.

Perrot (2006, p. 186-187), ao estudar a exclusão da mulher na história, mais especificamente na França, conclui que:

O século XIX levou a divisão de tarefas e a segregação sexual dos espaços ao seu ponto mais alto. Seu racionalismo procurou definir estritamente o lugar de cada um. Lugar das mulheres: a Maternidade e a Casa cercam-na por inteiro. A participação feminina no trabalho assalariado é temporária, cadenciada pelas necessidades da família, a qual comanda, remunerada com um salário de trocados, confinada às tarefas ditas não-qualificadas, subordinadas e tecnologicamente específicas. “Ao homem, a madeira e os metais. À mulher, a família e os tecidos”, diz um texto operário (1867).

Devido ao lugar que lhe foi determinado pela sociedade patriarcal, a mulher não foi devidamente representada e considerada nos registros históricos. Em sua participação no livro *¿Por qué recordar?*, Perrot (2007, p. 58) afirma a história foi escrita por homens que não consideravam o ser feminino como objeto relevante, o que resultou, muitas vezes, na exclusão da presença, participação e influência femininas em ocorrências históricas de extrema relevância.

As mulheres não possuíam voz, não estavam presentes nas áreas públicas ou nas academias, de maneira que as principais fontes para as estudar são documentos privados feitos como forma de entretenimento, tais quais cadernos de receitas, registro das finanças da residência, diários e cartas. Porém, quanto aos dois últimos, era comum que elas os destruíssem devido ao medo de que sua imagem fosse de alguma forma deturbada, resultando em um material limitado de fontes para a pesquisa histórica (PERROT, 2006, p. 186).

As fontes que foram possíveis de serem resgatadas e reunidas correspondem ao cotidiano, crenças e angústias das poucas privilegiadas que sabiam escrever. Sobre as mulheres de posição econômica mais frágil, como aquelas que trabalhavam no campo ou nas fábricas, há maior lacuna de relatos. Acerca das fontes acessadas pelos historiadores durante a construção da história das mulheres, Tilly (1994, p. 35) destaca:

O acesso aos testemunhos individuais é mais ou menos fácil e depende tanto do período estudado (a história oral não sendo possível senão para os oitenta últimos anos) quanto da classe social (as cartas ou as memórias sendo mais freqüentes nas classes médias e superiores) e do país (no qual, além das diferenças dos níveis de alfabetização, é preciso pensar nas variações das práticas de introspecção, das maneiras pelas quais são relatados os acontecimentos reais da vida nos jornais, dos modos de conservação e de consulta dos arquivos oficiais, tais como os dos tribunais, da polícia e dos organismos sociais, arquivos nos quais podem ser encontradas as migalhas das vidas individuais e ouvidas as vozes do passado).

Portanto, em relação às mulheres de épocas mais antigas, as fontes que podem ser encontradas são escassas e, na maior parte das vezes, arraigadas pela perspectiva masculina, usualmente propagando uma visão estereotipada das mulheres. Tais fontes correspondem, em seu maior número, à produção artística (contos, poemas, pinturas).

Ainda que exista mais facilidade em desenvolver a história das mulheres ocidentais a partir do século XIX (no qual ocorreu um movimento de ampliação das áreas nas quais a presença do sexo feminino era permitida, inclusive no grupo dos letrados), há expressiva falta de fontes sobre aquelas que se encontravam em um estrato social mais baixo. Situação que só ganharia importância durante o século XX, com o desenvolvimento do feminismo que procurou registrar com a historiografia o cotidiano desse grupo populacional excluído, resultando na edificação da história das mulheres.

5 | A TOMADA DE VOZ PELO LOBBY DO BATOM NA CONSTITUINTE DE 1988

O Brasil foi construído sobre as bases da cultura europeia ocidental trazida pelos portugueses, sofrendo influência direta dos seus valores desde o início do século XVI até o século XIX. Dessa forma, aqui foram enraizados os papéis culturalmente instituídos para ambos os sexos, colocando a mulher em um patamar subordinado e limitado a sua presença ao plano de vida privado.

Scott (1992, p. 85-88) expõe que a história das mulheres e a política são atreladas, pois é na vida pública que se tem possibilidade de dar visibilidade às questões femininas e diretamente satisfazer suas necessidades com legislações e inserções de políticas públicas.

O momento de luta pela voz das mulheres brasileiras teve início na década de 1960, atingindo seu ápice durante a Constituinte de 1987-1988.

Durante o governo militar brasileiro os movimentos de mulheres foram impulsionados, a exemplo do nascimento de mobilizações como a do Movimento Feminino Pela Anistia, em 1965; o Movimento Contra a Carestia, aproximadamente em 1968; e o Movimento Por Creches, em 1970. Pontua Amâncio (2013, p. 73-74):

Para além da esfera doméstica, as mulheres estavam presentes na contestação e ruptura dos projetos impostos pela sociedade. Atuavam na disputa por espaço e reconhecimento social, estavam envolvidas nas lutas por educação, saúde e qualidade de vida, nos bairros, nos clubes de mães, nas fábricas, etc as mulheres reivindicavam vez e voz. Esses movimentos foram adquirindo expressividade e explodiram durante o governo militar (1964-1985).

Susana Veleda da Silva (2000, s/p) aponta que é exatamente a busca pelo espaço público que faz a mulher ser visível também no espaço social; e esse movimento de propositura de novo arranjo dos espaços é que distingue os movimentos de mulheres e feministas dos demais movimentos.

Em matéria de legislação interna, só houve participação feminina nas Constituições

de 1934 e 1988. A Constituição de 1934 contou com a presença de apenas uma mulher, a deputada Carlota Pereira de Queiroz, e a única inovação relevante foi o sufrágio feminino (SILVA, S. M., 2008, s/p). Já na Constituição de 1988 o quadro foi bastante modificado, pois os movimentos iniciados no regime militar prepararam o espaço para uma articulação político-legislativa dos movimentos feministas das mulheres.

Em 1985 foi criado o CNDM (Conselho Nacional dos Direitos da Mulher) devido às exigências e à força dos movimentos de mulheres. Ele possuía a finalidade de fomentar os direitos das mulheres e a garantia de igualdade entre os sexos na participação da vida pública; para tanto organizavam debates, campanhas, e outros eventos em âmbito nacional (AMÂNCIO, 2013, p. 75-76).

Monteiro (2018, s/p) afirma que o CNDM lançou a campanha Mulher e Constituinte para incentivar a participação da parcela feminina da população no processo constituinte. Para isso, fomentou as eleitoras a eleger a maior quantidade de parlamentares mulheres o possível, de forma que contassem com representantes que lhes dessem voz e que lutassem para que seus direitos fossem garantidos pela nova Constituição. A campanha foi frutífera, sendo que:

Em 1986, foram eleitas 26 mulheres para a Câmara dos Deputados de 16 estados brasileiros, de um total de 166 candidatas. [...] A novidade representou um aumento de 1,9 % para 5,3% da representação feminina no Parlamento. Mas, quando chegaram a Brasília, elas ainda não tinham ideia de atuar de forma conjunta, embora o movimento de reivindicação de mais direitos para a população feminina já estivesse ativo. As constituintes formavam um grupo heterogêneo com representação partidária de amplo espectro, da direita à esquerda, representando oito partidos — PMDB, PT, PSB, PSC, PFL, PCdoB, PTB e PDT —, a maioria do PMDB, 11 representantes, uma proporção de 42,3% em relação à bancada, segundo estudo do consultor legislativo do Senado Marcius de Souza. (MONTEIRO, 2018, s/p)

Além do sucesso na eleição de parlamentares mulheres, a CNDM, após meses de debates por todo o país, elaborou a Carta da Mulher Brasileira ao Constituinte, assinada por mais de mil mulheres e entregue ao Congresso Nacional no dia 26 de agosto de 1986 (SILVA, S. M., 2008, s/p).

A Carta trazia entre suas reivindicações a posituação do princípio da igualdade entre os sexos, o qual guiava as demais exigências que tratavam sobre família, trabalho, saúde, educação, violência e, até mesmo, questões de âmbito internacional.

É evidente a busca das mulheres por voz e espaço na vida pública, empenhando-se para atingir um novo momento histórico, no qual as mulheres não seriam um grupo discriminado, um momento em que as mulheres poderiam fazer sua própria história. Essa ânsia fica expressa na seguinte passagem da Carta:

Para nós, mulheres, o exercício pleno da cidadania significa, sim, o direito à representação, à voz, e à vez na vida pública, mas implica, ao mesmo tempo, a dignidade na vida cotidiana, que a lei pode inspirar e deve assegurar, o

direito à educação, à saúde, à segurança, à vivência familiar sem traumas. O voto das mulheres traz consigo essa dupla exigência: um sistema político igualitário e uma vida civil não autoritária.

Nós, mulheres, estamos conscientes que este país só será verdadeiramente democrático e seus cidadãos e cidadãs verdadeiramente livres quando, sem prejuízo de sexo, raça, cor, classe, orientação sexual, credo político ou religioso, condição física ou idade, for garantido igual tratamento e igual oportunidade de acesso às ruas, palanques, oficinas, fábricas, escritórios, assembléias e palácios.

Com a apresentação da Carta, as parlamentares formaram uma aliança suprapartidária, o CNDM estima que 80% das exigências foram aprovadas e inseridas na Constituição de 1988. Tal bancada feminina, bem como a articulação realizada pelos movimentos de mulheres e feministas para a eleger, ficaram conhecidas como Lobby do Batom, no qual ocorreu aumento significativo da participação feminina no Congresso Nacional (MONTEIRO, 2018, s/p).

Amâncio (2013, p. 79) explica que a palavra *lobby* pode ser entendida como “uma articulação política, organizada por um grupo que procura influenciar legisladores através de ações políticas diretas, buscando junto os governos municipais, estaduais ou federais, atender as necessidades concretas desse grupo”.

O Lobby do Batom foi possibilitado pelo quadro de crescente importância e influência dos movimentos de mulheres, iniciados na década de 1960, do movimento feminista, impulsionado na década de 1970, e da união supranacional e suprapartidárias de mulheres que atuou desde as classes mais baixas, junto aos movimentos regionais, até a classe média-alta, como é o caso das parlamentares eleitas.

Sendo expressivo o desejo de mudança nos quadros sociais que culturalmente discriminavam as mulheres, a luta por visibilidade e voz mobilizou amplamente a população feminina brasileira em um momento de extrema relevância para o destino do país que é a elaboração de uma nova Constituição.

Os reflexos desse movimento são sentidos até hoje com a vigência de uma Constituição Cidadã que zela por direitos fundamentais e sociais, tanto de todos os brasileiros quanto das mulheres e outros grupos vulneráveis. Houve uma mudança na direção da história do Brasil, passando a contar mais com presença feminina.

6 | CONCLUSÃO

A historiografia é a ciência que investiga os fatos que ocorreram com o homem em determinado tempo e local. Logicamente, tem ampla influência no desencadeamento dos eventos a sociedade em eles se desenvolvem, haja vista que mesma situação pode ter resoluções diferentes a depender da sociedade e do tempo nos quais acontece.

O ser humano, tanto individualmente como o em grupo social, irá guardar lembranças

e informações que lhe cabem ser importantes. Caso assim as julgue, o historiador reconhece a sua importância e as registra. A memória é a base da história, e não seria errado dizer que também é o seu fim último, pois com o estudo do desenvolvimento do homem no tempo, pretende-se ter documentado aquilo que se considera relevante, com o objetivo não o esquecer.

Mas a memória é traiçoeira, haja vista que nenhuma das mais diversas ciências que a estudam sabem precisar qual o critério para a formação da memória de longo prazo. Porém, é certo que aquilo que atinge sentimentos pessoais tem maior probabilidade de não ser esquecido, ao contrário, tende a ser exaltado.

O historiador, ao tomar como fonte a oralidade, deve ser cauteloso. É possível que os relatos o comovam, ou que ele mesmo tenha uma pré-disposição de se posicionar de determinada maneira. Caso isso ocorra, a história registrada não será dotada de imparcialidade e não relatará os fatos de maneira mais ponderada, pois devido à subjetividade do pesquisador, seus registros tenderão para uma determinada visão. Uma das maneiras de evitar que isso ocorra é tomar os relatos e entrevistar o maior número de testemunhas possível, atentando-se para o fato de que as escolhidas para serem ouvidas devem ter pontos de vista diferentes sobre o fato estudado.

Grande parte da população acredita que a história conta a verdade e não produz juízo de valor sobre o que lhe é informado, e graças à falta de conhecimento técnico sobre a produção científica historiográfica, essa ciência é um poderoso instrumento de dominação, formação de opinião e propagação de ideologias, conceitos e preconceitos.

As mulheres, devido à construção social que determinou o papel dos gêneros e limitou o âmbito de atuação da figura feminina à vida privada, foram desconsideradas durante largos anos pela historiografia e pelo direito. Primeiro porque, em seu momento originário, a historiografia se preocupava apenas com a história dos Grandes Homens, sendo irrelevante a história das pessoas comuns.

Posteriormente, mesmo com as alterações introduzidas pela *L'école des Annales*, que considerava importante para o estudo historiográfico tecer considerações sobre as sociedades e seus lugares temporais e geográficos, as mulheres continuaram não sendo sujeitos de pesquisa. Dado que não possuíam nem presença e nem voz na vida pública, permaneceram indevidamente representadas por fontes históricas e pela própria academia.

As mulheres foram esquecidas e apagadas de grandes momentos e atos históricos. Discriminadas e oprimidas pelos homens, tinham poucos direitos garantidos. A alteração desse panorama começou somente com o surgimento e o incentivo do feminismo.

No Brasil, durante o regime militar, foram criados diversos movimentos feministas e de mulheres iniciando a busca pelos espaços social e público, realizando reivindicações referentes às suas necessidades específicas.

Devido à pressão que estes exerceram, foi criado o CNDM (Conselho Nacional dos Direitos da Mulher), objetivando a mobilização das cidadãs brasileiras na participação

da constituinte de 1987-1988, para que houve a representação e a voz feminina na vida pública, assegurando, assim, que fossem inseridos na Constituição de 1988 direitos que garantissem a igualdade entre homens e mulheres, assim como direitos específicos às necessidades femininas.

Foram realizados debates e campanhas para a eleição de um número significativo de mulheres parlamentares, bem como para discutir as reivindicações básicas a serem feitas, o que resultou na Carta da Mulher Brasileira ao Constituinte.

Toda essa articulação ficou conhecida como Lobby do Batom.

O resultado foi as mulheres finalmente encontrar voz e presença no espaço público, mais especificamente na política. No ano de 1985 foram eleitas 26 parlamentares, e das exigências realizadas na Carta, estima-se que 80% foram atendidas, dentre essas, a cristalização dos princípios da igualdade e da não discriminação, não só entre os sexos, mas também quanto à raça, cor, orientação sexual, ou de qualquer outra forma de discriminação. Também foram atendidos os pedidos de direitos referentes ao âmbito familiar, à saúde, ao trabalho, entre outras questões específicas.

Ante todo o exposto, é possível perceber que existe a necessidade de representação e voz das mulheres nas ciências como história e direito. O exemplo brasileiro do Lobby do Batom é a prova disso, somente com as mulheres ocupando a vida social e pública e se unindo com um objetivo em comum, que no caso era o de sair da posição de opressão na qual se encontravam desde o século XVI, é possível reverter o quadro e alterar o rumo da história.

Como última consideração é importante ter a consciência que a história das mulheres no direito não deve ser esquecida, para que sirva de incentivo para mobilização, pois demonstra que a união de um grupo, mesmo que discriminado, é capaz de conseguir adquirir novos direitos e garantias.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA UNIVERSAL DE LAS CULTURAS. UNESCO. ¿Por qué recordar? Buenos Aires: Ediciones Granica, 2007.

AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. “Lobby do Batom”: uma mobilização por direitos das mulheres. **Revista Trilhas da História**, Três Lagoas, v. 3, n. 5, p.72-85, dez. 2013. Semestral. Disponível em: <<http://seer.ufms.br/ojs/index.php/RevTH/article/view/444/244>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

ARÓSTEGUI, Julio. Método e técnicas na pesquisa histórica. In: _____. **A pesquisa histórica: teoria e método**. Tradução de Andrea Dore. Bauru, SP: EDUSC, 2006, p. 513-558.

BAADE, Joel Haroldo. Princípios metodológicos para trabalho com fontes orais. **Revista da Unifebe**, Brusque, v. 1, n. 13, p.20-34, jun. 2013. Semestral. Disponível em: <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/download/131/62>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BLOCH, Marc. **Apologia da história, ou, O ofício de historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. 159p.

CERTEAU, Michel de. A operação historiográfica. In: _____. **A escrita da história**. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 65-119.

CHIMAMANDA, Adichie: O perigo de uma única história. Realização de Ted global 2009. Intérpretes: Chimamanda Ngozi Adichie. 2009. (18 min.), online, color. Legendado. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/chimamanda_adichie_the_danger_of_a_single_story?language=pt-br>. Acesso em: 28 jun. 2018.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER (Brasília) (Org.). **Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes**. 1987. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituente-e-as-mulheres/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2018

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Escala, [19--?].

FERRO, Marc. **A História Vigia**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

GOFF, Jacques Le. **História e memória**. Campinas: Editora da Unicamp, 1990. 476 p. Tradução: Bernardo Leitão. Disponível em: <<https://www.ufrb.edu.br/ppgcom/images/História-e-Memória.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

LIMA, Gercina Ângela Borém. A transmissão do conhecimento através do tempo: da tradição oral ao hipertexto. **Revista Interamericana de Bibliotecologia**, Bogotá, p.275-285, dez. 2007. Quadrimestral. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-09762007000200013&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 27 jun. 2018.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas. São Paulo: Boitempo, 2007.

MATOS, Julia Silveira; SENNA, Adriana Kivanski de. História Oral como Fonte: problemas e métodos. **HistoriÆ**, Rio Grande, v. 2, n. 1, p.95-108, jun. 2011. Semestral. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/hist/article/view/2395/1286>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

MONTEIRO, Ester. **Lobby do Batom**: marco histórico no combate à discriminações. 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/06/lobby-do-batom-marco-historico-no-combate-a-discriminacoes>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

PERROT, Michelle. **Os Excluídos da História**: operários, mulheres e prisioneiros. 4ª ed. São Paulo: Paz e Terra. 2006.

ROCHA, Roberto Hilsdorf. Família, direitos humanos e homoafetividade. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [s.l.], v. 102, p. 715-756, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67776>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

RUBIN, Gayle. **O tráfico de mulheres**: notas sobre a “economia política” do sexo. Recife: S.O.S Corpo, 1993. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/1919>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

SCOTT, Joan. História das mulheres. In: BURKE, Peter (Org.). **A Escrita da História**: Novas Perspectivas. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1992. p. 63-96. Tradução de: Magda Lopes. Disponível em: <<https://drive.google.com/viewerng/viewer?url=https://teoriografia.files.wordpress.com/2015/05/a-escrita-da-histc3b3ria-peter-burke.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

SILVA, Salete Maria da. **A carta que elas escreveram**: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988. Salvador, 2012. Tese de Doutorado em Direito. UFBA. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/handle/ri/7298>>. Acesso em: 24 out. 2018.

SILVA, Susana Veleda da. OS ESTUDOS DE GÊNERO NO BRASIL: Algumas considerações. **Biblio 3w**: Revista Bibliográfica de Geografia y Ciencias Sociales, Barcelona, v. 5, n. 262, p.1-13, 15 nov. 2000. Anual. Disponível em: <<http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/1212/Os%20estudos%20de%20g%C3%AAnero%20no%20BRasil%20a>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

TILLY, Louise. Gênero, história das mulheres e história social. **Cad. PAGU**: desacordos, desamores e diferenças. Campinas, n. 3, p. 29-62, jun. 1994. Traduzido por Ricardo Augusto Vieira. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=51008&opt=1>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

DOCÊNCIA NO ENSINO SUPERIOR E DIREITOS HUMANOS: UMA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA SOBRE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER

Data de aceite: 04/07/2022

Louize Helena Meyer França

Universidade Católica Dom Bosco
Campo Grande, MS

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3935325092104206>

Rosimeire Martins Régis dos Santos

Universidade Católica Dom Bosco
Campo Grande, MS

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5744-4778>

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0525681433425154>

RESUMO: Este artigo consiste em uma análise qualitativa e quantitativa da revisão bibliográfica de artigos desenvolvidos no período de janeiro de 2007 a junho de 2017 e publicados no site da biblioteca eletrônica de periódicos científicos brasileiro, a *Scientific Electronic Library Online* (SciELO). Focando nas principais partes de um artigo, no qual constituem o título, seu conteúdo, palavras-chave e autores, o objetivo foi analisar a contribuição nos últimos anos no que tange o desenvolvimento de pesquisas relacionadas ao ensino de direitos humanos, com recorte nos direitos das mulheres como objeto de estudo no ensino superior. O levantamento de artigos foi feito através da entrada na pesquisa utilizando-se os seguintes descritores: “Ensino Superior e Mulheres”; “Educação e Mulheres”; “Ensino Superior e Direitos Humanos”; e “Educação e Direitos Humanos”. A busca retornou 852 artigos e foram selecionados para análise somente aqueles que tratassem diretamente de questões envolvendo o ensino superior cujo tema

abordasse os direitos humanos e condições para o bem-estar das mulheres. Desta forma, 64 artigos foram selecionados para análise, podendo-se dividi-los em dois grandes tópicos: 1) artigos que tratam diretamente da questão das mulheres como docentes ou discentes no ensino superior e os reflexos sociais resultantes; 2) artigos que versam sobre técnicas de pedagogia no que tange o ensino em direitos humanos. A maior produção de artigos foi no ano de 2008, sendo a elaboração majoritariamente de mulheres, representando 76% das autoras em comparação aos 24% de autores homens. Os resultados apontam a necessidade de uma maior discussão sobre direitos humanos e os direitos das mulheres nos cursos de ensino superior, algo que poderia ser conquistado através de uma maior produção de artigos nesta área.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Educação em Direitos Humanos 2. Docência no Ensino Superior 3. Direitos das Mulheres 4. Revisão Bibliográfica.

TEACHING IN HIGHER EDUCATION AND HUMAN RIGHTS: A BIBLIOGRAPHIC REVIEW ON HUMAN RIGHTS EDUCATION AND DEFENSE OF WOMEN'S RIGHTS

ABSTRACT: The article consists of a qualitative and quantitative analysis of a bibliographic review regarding articles developed from January 2007 to June 2017. They were all published on the electronic library of Brazilian scientific journals known as the Scientific Electronic Library Online (SciELO). The main parts of an article were aspects of the analysis: title, content, keywords, and authors. The objective of this article was to

study the development of research related to the teaching human rights in recent years. The article has focus on human rights regarding women, and the study of this thematic regarding higher education as an object. The research was done by analyzing the articles with the following descriptors: 'Higher Education and Women'; 'Education and Women'; 'Higher Education and Human Rights'; and 'Education and Human Rights'. The search displayed 852 articles, and only those that directly addressed issues involving higher education, human rights, and the conditions for the well-being of women, were selected for this analysis. Thus, 64 articles were selected, which could be divided into two major topics: 1) articles that directly address the issue of women as teachers or students in higher education and the resulting social consequences; 2) articles that deal with pedagogy techniques regarding human rights teaching. The most expressive production of articles was in 2008, with most of them written by women (representing 76% of authors compared to 24% of male authors). The results indicate the need of more discussion regarding human rights and women's rights in higher education courses, something that could be achieved through a more persistent production of articles in this area.

KEYWORDS: 1. Education in Human Rights 2. Teaching in Higher Education 3. Women's Rights 4. Bibliographic Review.

1 | INTRODUÇÃO

Debater sobre questões de gênero, discutir sobre legalidade do aborto, repudiar qualquer forma de violência contra a mulher, combater o trote nas universidades, compreender o histórico das mulheres na docência ao longo da história do Brasil ou até mesmo questionar por que alguns cursos são mais procurados por mulheres do que por homens. Este são apenas alguns dos temas que deveriam ter maior espaço no ensino superior brasileiro, pois, segundo a pesquisa realizada pelo Instituto Avon, em parceria com o Data Popular, 56% das universitárias do país já sofreram assédio sexual (2015).

O Estado possui um histórico negativo em relação à defesa da mulher quando se trata de violência física e moral, em face da perspectiva diuturna de que as leis eram elaboradas de homens para homens, em especial quando se considera que a mulher sem liberdade plena em relação ao seu marido. *Ad exemplum*, o Mapa da Violência de 2015 levantou que em 2013, dos 4.762 homicídios de mulheres registrados, 33,2% delas foram mortas por parceiro ou ex-parceiro.

A educação deve servir de ferramenta para reduzir a violência, mas os dados mostram que há realmente algo em nossa educação que deixa passar conceitos importantes de respeito e liberdade nas relações interpessoais. O Ensino Superior é um momento de deveras importância no que tange a sofisticação e trocas de ensino, extensão e pesquisa. Segundo Saviani (1997), o que diferencia o ser humano de outros animais é a capacidade de transformar a natureza em busca de desenvolver o próprio conhecimento. Não devemos ficar parados no tempo, pois, ao tomar consciência das injustiças sociais que ocorrem, devem-se buscar novas formas de analisar criticamente nossas estruturas e

realidades. Portanto, o principal objetivo do docente é fazer com que o discente repense a sua realidade ao aplicar a matéria, buscando formas de alcançar a cidadania ativa em suas práticas. Esse princípio deve estar envolvido com o ato de educar e é de fundamental importância que tais valores sejam elaborados e transmitidos de forma clara e explícita, como se é esperado na apresentação do planejamento da matéria ao discente. Por isso, torna-se importante a educação como ato transformador da realidade.

Este projeto pretende expor o problema da violência contra a mulher de forma a encontrar na educação uma solução. Portanto, buscará elaborar um levantamento dos artigos acadêmicos até então produzidos abordando a questão da docência no ensino superior em direitos humanos, com foco na questão dos direitos das mulheres. Desta forma, tem como objetivo específico exaltar a importância de se educar buscando transformar a realidade ainda debilitada quanto ao cumprimento dos direitos humanos.

2 | DOCÊNCIA NO ENSINO SUPERIOR E DIREITOS HUMANOS

O ambiente do Ensino Superior é um importante local para o debate e reformulação da nossa sociedade. Não são poucas os instrumentos jurídicos que ditam a importância do ensino para os Direitos Humanos, desde a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948) até as proposições nacionais recentes, como o *Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos* (PNEDH, 2007), sendo um dos principais orientadores no que tange as políticas de Educação em Direitos Humanos no Brasil:

Promover pesquisas em nível nacional e estadual com o envolvimento de universidades públicas, comunitárias e privadas, levantando as ações de ensino, pesquisa e extensão em direitos humanos, de modo a estruturar um cadastro atualizado e interativo. (BRASIL, 2007, p.39).

Na pedagogia, a/o docente deve familiarizar-se com o binômio competência técnica e compromisso político, como explicado por Saviani (1996). Ao mesmo tempo em que a/o professor/a tem o dever de demonstrar maestria sobre o conteúdo teórico-prático, ela/e deve estar ciente da importância social que tem como formador de indivíduos autônomos e potenciais formadores de opiniões. Giroux (1997), consegue sintetizar esta ideia com a seguinte frase: “essencial para a categoria de intelectual transformador é a necessidade de tornar o pedagógico mais político e o político mais pedagógico”. O que é passado em sala de aula deve ser o reflexo de realidade social, econômica e histórica no qual está inserida/o a/o discente. E é por isso que a professora e o professor devem se preocupar em esclarecer quais são as suas intenções políticas, pois o processo de ensino não pode ser considerado um processo apolítico.

Desta forma, a proposta pedagógica que deve ser seguida na área dos Direitos Humanos é a da pedagogia crítica, onde temos Adorno e Marcuse como alguns dos principais expoentes. Os estudos redigidos por Adorno (1995), são importantes por propor uma educação emancipadora. Marcuse, em sua obra *Eros e Civilização*, acredita

que a oportunidade do/a reprimido/a em buscar a liberdade colabora para a que “torne-se um sujeito consciente, pensante, equipado para uma racionalidade que lhe é imposta de fora” (MARCUSE, 1981, p.34). Portanto, compreender a importância da educação, segundo Marcuse, se refere a buscar uma atividade docente capaz de ir além do que se é artificialmente projetado. Ou seja, ir além das necessidades exteriormente criadas a fim de superar a coisificação que se faz no estabelecimento das relações, sejam sociais quanto afetivas, através de uma educação crítica de sua realidade.

Dentro da pedagogia crítica não podemos deixar de lado a contribuição do Paulo Freire, como nas obras “Pedagogia do Oprimido” (1987) e “Educação como prática de liberdade” (1999). A ideia principal que o grande pensador brasileiro trouxe como contribuição para esta área da pedagogia é o fato de que o(a) educador(a) deve procurar emancipar o aluno, sendo uma ferramenta principal na interação aluno(a) para com a transformação social. O(a) docente deve estar ciente da importância que tem como problematizador da realidade.

Para Cabezudo (2014, p. 301, 302), os estudos em direitos humanos precisam abordar questões emergentes da própria realidade dos(as) discentes (análise micro), então prosseguindo-se para estudos de análise complexas (macro análise). Desta forma, o(a) aluno(a) ganha interesse com os estudos dentro de algo que está próximo de sua realidade para então aprofundar seus estudos. É esta a abordagem pedagógica que Cabezudo propõe dentro da área da educação em Direitos Humanos.

De acordo com o Carbonari (2010, p.184), os estudos em Direitos Humanos demandam que quem esteja envolvida/o no processo esteja “dentro das dinâmicas que abre”, ou seja, envolvidas/os no processo como um todo. Para o autor, se a educação não estiver sentido transformador, ela perde completamente seu sentido:

(...) não significa que a educação em direitos humanos, por si, seja capaz de promover todas as necessárias transformações na cultura; significa apenas que, sem que seja transformadora, perderá seu sentido e pode perfeitamente ser dispensada. (CARBONARI, 2010, p.184)

Portanto, a pedagogia crítica traz esta abordagem fundamental dentro do ensino em direitos humanos. Deve-se trazer algo próximo da realidade sem que se perca o potencial transformador que é a essência da educação. Assim, seguindo-se a proposta de Candau e Sacavino (2010) sobre como o ensino em direitos humanos deve ser feito de forma a atingir o seu poder transformador, este artigo pretende esmiuçar a potência da prática em educação em Direitos Humanos.

3 | BREVE DEBATE: FEMINISMOS, DIREITOS DAS MULHERES, EDUCAÇÃO E GÊNERO

Ao longo da história, as mulheres conquistaram seu espaço em áreas como na educação, no trabalho remunerado e na política, mas há ainda muito a se discutir no que

tange reais conquistas, desde equiparação social até o combate às formas de violência. Existem várias vertentes e linhas do feminismo, mas, segundo Biroli e Miguel:

O feminismo se definiu pela construção de uma crítica que vincula a submissão da mulher na esfera doméstica à sua exclusão na esfera pública. Assim, no mundo ocidental, o feminismo como movimento político e intelectual surge na virada do século XVIII para o século XIX e pode ser considerado um filho indesejado da Revolução Francesa. (BIROLI e MIGUEL, 2014, p.19-20).

Assim, o feminismo pode ser definido em diversas vertentes e linhas. A autora Mary Wollstonecraft, por exemplo, é considerada uma das fundadoras do feminismo, principalmente após a publicação do livro *Uma reivindicação dos direitos da mulher* em 1792. As principais reivindicações desta fase eram o direito ao voto, igualdade no casamento e o direito a educação. Mais adiante surgiram tanto a vertente liberal quanto diversas de origem marxista, como resumem Biroli e Miguel (2014). O livro *O Segundo Sexo* de Simone Beauvoir é considerado por muitos como o livro que abriu espaço para a discussão do feminismo e o *slogan* “o pessoal é político”, que ganhou força na década de 60 nos Estados Unidos. Podemos também destacar nesta época a escritora Betty Friedan que abriu o debate sobre a infantilização a qual as mulheres são submetidas no seu livro *A mística feminina*. Por isso utilizamos o termo feminismos (no plural), porque a cada vertente cabe um contexto histórico.

Beauvoir também contribuiu profundamente para a concepção do termo gênero, introduzindo a ideia de combate às “diferenças entre os sexos” histórica e socialmente estabelecidas, ao definir que:

A mulher não é definida nem por seus hormônios nem por seus instintos misteriosos, mas pela maneira pela qual ela recupera, por meio das consciências alheias, seu corpo e sua relação com o mundo. (Beauvoir, v. II, p. 16).

No Brasil, as mulheres começaram a ganhar mais espaço no século XX e, como prova, a participação das mulheres na docência foi tido como algo naturalmente “feminino”, pois era uma das poucas profissões socialmente “admitidas” para elas, muitas vezes acompanhada por uma concepção de ensino religioso. Segundo Almeida e Soares

No Brasil, nas primeiras décadas dos anos noventa, o magistério primário se estruturava como a única possibilidade de profissionalização feminina e as escolas normais se alicerçavam como centros de excelência e irradiadores de cultura. Quando procurados pelas moças, os cursos exigiam que se apresentasse autorização do pai ou do marido no ato da matrícula, além da necessidade de reputação ilibada dos/as candidatos/as. (ALMEIDA e SOARES, 2012, p. 561).

No que tange a área da educação, somente em 1961 “(...)através da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira – LDB –, foi garantida equivalência de todos os cursos de grau médio, abrindo a possibilidade para as mulheres que faziam magistério de disputar os vestibulares” (BELTRÃO e ALVES, 2009, p. 130).

Podemos destacar a lei nº 9.100/95, que busca solução para o problema da participação feminina no poder, como também a lei nº 9.504/97, (cujo artigo 107, § 3º, define o mínimo de 30% e o máximo de 70% de representantes de cada sexo para cada partido ou coligação). A criação da Secretaria das Mulheres em 2003, com status de ministério também merece atenção quando discutimos as conquistas do Estado ao trabalhar em questões de igualdade de gênero,

No que tange o combate à violência contra a mulher a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, tem auxiliado o poder jurídico na defesa das mais variadas formas de agressão. Em consonância, cabe destacar a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, conhecida como a Lei do Feminicídio, e, em 2017, o responsável pelo crime foi condenado por homicídio qualificado, com o feminicídio entre as principais causas de aumento de pena.

Desta forma, cabe aos docentes, em trabalho conjunto com os/as discentes, buscar formas de combater as desigualdades de gênero, ao utilizar as diversas formas de feminismos e os mecanismos que as Diretrizes Curriculares Nacionais como ferramentas.

4 | METODOLOGIA

Esta pesquisa, do tipo exploratória, elaborou uma revisão bibliográfica de artigos ao considerar os seguintes aspectos: artigo aprovado entre janeiro de 2007 a junho de 2017; versando sobre o Brasil; idioma português brasileiro. Quanto a avaliação qualitativa, para poder ser considerado como relevante para a pesquisa, deu-se prioridade a artigos: 1) demonstrassem estudos estritamente relacionados com o ensino de nível superior; 2) tratasse de temas sobre discentes ou docentes no que tange o campo do estudo sobre a questão da qualidade de vida da mulher; 3) debatesse sobre técnicas de ensino.

Ao digitar os descritores “Ensino Superior Mulheres” no campo de pesquisa disponível no *Scielo*, e selecionando apenas publicações no Brasil, retornando 107 artigos. Ao utilizar os filtros de forma a apenas aparecer na pesquisa os artigos em português, no Brasil, e publicados de 2007 adiante, a busca reduziu para 90 artigos. Destes, ao utilizar os critérios qualitativos dos artigos, foram selecionados o total de 18 artigos relevantes para esta análise proposta. O mesmo procedimento foi utilizado com os seguintes descritores: “Educação e Mulheres”; “Ensino Superior e Direitos Humanos”; e “Educação e Direitos Humanos”. Para o primeiro descritor, com os filtros ativos, 542 artigos apareceram e foram selecionados 20; para o segundo, apareceram 6 artigos e destes apenas 2 para análise; para o último, dos 96 artigos que apareceram sobraram apenas 7 cujo tema correspondia a proposta.

Cabe destacar que, quando digitado “ensino superior e mulheres” e “ensino superior mulher”, a busca para a segunda opção (com o termo “mulher” no singular) retornou apenas 25 publicações (utilizando-se os filtros de língua, país e ano); no entanto, quando

digitado “Educação e Mulheres” em comparação com “Educação Mulher”, a primeira busca retornou 542 enquanto a segunda retornou 188. Por isto, se optou por também analisar qualitativamente os artigos que retornaram a partir da busca “educação e mulher”. Neste caso, foram selecionados 17 artigos para análise. Também é importante destacar o fato de que a palavra educação foi colocada na busca todas as vezes sem a letra cedilha e o acento fonético til.

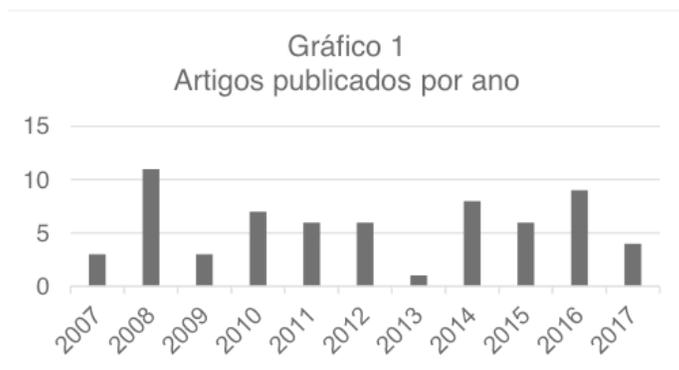
Portanto, do total de 852 analisados, apenas 64 artigos atenderam os quesitos de tratam sobre ensino superior, técnicas de docência ou estudos envolvendo discentes, no que tange os direitos humanos em defesa dos direitos da mulher.

Para a análise quantitativa, os seguintes elementos foram categorizados: ano de publicação do artigo; gênero dos(as) autores(as) dos artigos (consultando-se o banco de dados de currículos do *lattes*); palavras-chave utilizadas.

Após a seleção, fichamentos das obras selecionadas foram elaborados, de forma a facilitar a divisão dos textos em categorias, dinamizando a consulta. Os fichamentos mostraram-se fundamentais dada a capacidade de identificar as ideias de cada autor/a de forma a perceber semelhanças e diferenças.

5 | ANÁLISE DOS DADOS

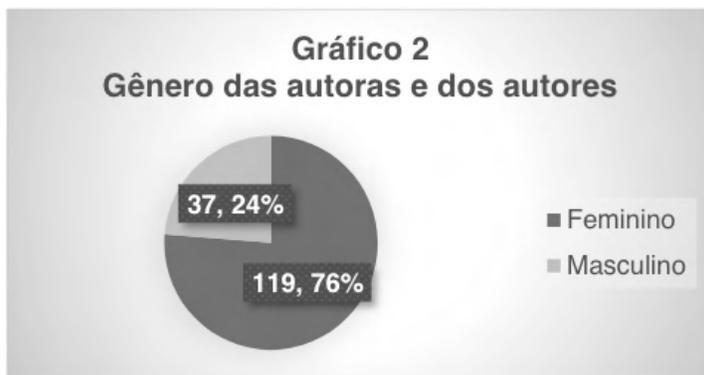
O primeiro dado relevante para análise quantitativa é o levantamento de artigo de acordo com a publicação deles, como segue no quadro abaixo:



Fonte: dados de pesquisa (2017).

Como pode-se perceber, o ano com maior número de publicações foi o de 2008, com 11 publicações, enquanto o de 2013 foi o de menor quantidade, apenas com um artigo publicado. O ano de 2017, por ser o ano corrente desta análise e por ter sido apenas considerada publicações até o mês de junho, apresentou uma relevante quantidade, visto que foram publicados 4 artigos. Não é possível estabelecer qualquer tipo de relação com

aumento ou diminuição dos artigos, pois não é possível afirmar que houve um crescimento de publicações ao longo dos anos. A média de publicações ao longo dos anos é de 5,82, portanto, se considerarmos que a média é de 6 artigos, podemos dizer que os anos de 2008, 2010, 2011, 2012, 2014, 2015 e 2016 atingiram esta média enquanto os anos de 2007, 2009, 2013 não atingiram e 2017 ainda pode atingir.



Fonte: dados de pesquisa (2017).

Do levantamento do gênero das autoras e dos autores, pode-se constatar que a produção foi feita majoritariamente por autoras, representando 76% da autoria, comparado a 24% dos homens que produziram dentro do que é analisado neste artigo.

Quanto as palavras-chave dos 64 artigos apareceram 251 termos, os quais seguem abaixo:

Aborto; Abuso Sexual; Academia; Ação Afirmativa; Adaptação à Universidade; Advogados; Agente Comunitário de Saúde; Amamentação; Anencefalia; Aprendizado Baseado em Problemas; Aptidão; Arte; Artistas Mulheres; Assimetria; Atenção à Saúde; Avaliação Educacional; Brasil; Camadas Populares; CAPES; Cátedra; Centro Médicos Acadêmicos; Cidadania; Ciência; Ciências Agrárias; Classe; Classe Social; Coeducação; Comportamento de Ataque; Computação; Conhecimentos, Atitudes e Práticas em Saúde; Construcionismo Social; Corpo; Desenvolvimento Profissional, Desenvolvimento Psicosssexual; Diferença; Diferença Sexual; Direito; Direitos Humanos; Direitos Reprodutivos; Diretrizes Curriculares Nacionais; Discurso Educacional; Diversidade Sexual; Docência e Relações de Gênero; Docência Feminina; Docentes Universitários/as; Doutorado; Educação; Educação de Pós-graduação em Enfermagem; Educação e Raça; Educação em Direitos Humanos; Educação em Enfermagem; Educação em Saúde; Educação Formal; Educação Médica; Educação Médica/Ética; Educação no Brasil; Educação Popular em Saúde; Educação Superior; Educadores; Enfermagem; Ensino da Psicologia; Ensino Superior; EPT; Escola; Escolarização; Escolas; Estresse; Estudantes; Estudantes de Medicina; Exclusão; Feminilidade; Feminização do Magistério; Física; Formação de Professores; Formação de Gênero; Fundação Oswaldo Cruz; Gênero; Gênero e Ciência; Gênero e Saúde; Geração; História da Ciência; História da Enfermagem; Historiografia; Igualdade de Gênero; Igualdade de Oportunidades; Jogos de Vídeo; Justiça; Justiça Social; Juventude; Legislação Educacional; Levantamento Bibliográfico; Literatura; Mapeamento; Memória; Mercado de Trabalho; Movimentos Sociais; Mulher; Mulheres; Mulheres de Nível Universitário; Narrativas; Negras; Neorracismo; ODMs; Pedagogia; Pesquisa Ação; Pesquisa em Enfermagem; Pesquisas; Planos de Educação; Poder; Política Curricular; Políticas Educacionais Globais; Políticas Públicas; Pós-Graduação; Produção Científica Feminina; Professor; Professoras Universitárias;

Profissão; Profissionais de Saúde; Programa de Saúde da Família; Promoção de Saúde; Promoção em Saúde; Psicanálise; Psicologia do Adolescente; Psicologia Escolar; Psicologia Social; Psicólogos; Qualidade; Qualificação; Raça; Racismo; Recursos Humanos em Saúde; Relações de Gênero, Relações de Trabalho; Relações Raciais; Saúde da Família; Saúde da Mulher; Saúde Reprodutiva; Século 19; Sexismo; Sexo; Sexualidade; Sindicalismo Docente; Sistema de Ensino; Socialização Antecipatória; Teologia Católica; Teses e Dissertações; Trabalho Docente; Trabalho Feminino; Trajetória; Trajetória Acadêmica; Trajetórias; Tríplíce Jornada de Trabalho; Universidade; Violência; Violência Contra a Mulher; Violência de Gênero.

Fonte: dados de pesquisa (2017).

Destes termos, cabe explicar o significado dos seguintes: CAPES, que faz referência à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, fundação vinculada do Ministério da Educação (MEC, 2017) “desempenha papel fundamental na expansão e consolidação da pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado) em todos os estados da Federação”; e as siglas EPT – Educação para todos – e ODMs - Objetivos de desenvolvimento do milênio –, que são utilizados no artigo “Qualidade de ensino e gênero nas políticas educacionais contemporâneas na América Latina” de Stromquist (2007, p.15), que é um dos artigos do levantamento bibliográfico.

A tabela a seguir ilustra os termos que apareceram mais de duas vezes.



Fonte: dados de pesquisa (2017).

Portanto, a palavra-chave mais utilizadas nos 64 artigos analisados foi o termo “Gênero”, aparecendo em 19 artigos, seguido pelos termos “Educação” e “Ensino Superior”, que aparecem em 9 artigos. Cabe destacar que os termos “Educação em Saúde”, “Educação Médica”, “Saúde da Mulher” e “Estudantes de Medicina” são termos que versam dentro da área da saúde, o que demonstra uma maior tendência desta área em apresentar artigos de docência no ensino superior de direitos humanos em defesa dos direitos das mulheres. Dos 16 termos mais utilizados, os da área da saúde representam um quarto do total (4 de 16).

Ao analisar os artigos, pode-se perceber que a área de ensino mais recorrente foi o da saúde (englobando medicina e enfermagem), no total de 14 artigos. A segunda área com mais artigos foi a da pedagogia, com 3 artigos versando exclusivamente sobre o tema debatido neste artigo exclusivamente sobre docentes e discentes desta área. Cabe ainda destacar que outras áreas de ensino são abordadas, como Matemática, Letras, Biologia, História, Geografia, Filosofia, Artes Visuais, Ciências Sociais, Ciências Agrárias, Computação, Direito, Psicologia Escolar, Engenharia e Teologia. Cabe destacar o artigo *Jogos para Capacitação de Profissionais de Saúde na Atenção à Violência de Gênero*, por ele tratar sobre a técnica de ensino utilizando *Serious Games* (SG) para a qualificação das práticas profissionais, configurando novas técnicas de aprendizado.

Quanto ao objeto de análise, percebe-se um equilíbrio, visto que 30 artigos versavam sobre questões dos discentes enquanto 29 sobre docência, sendo um deles exclusivamente tratando sobre a docência feminina (o artigo *Cruzando fronteiras de gênero: a docência feminina em campos profissionais “masculinos”* da autora Neiva Furlin, 2016). Ademais, tornou-se possível dividir os artigos levantados em dois grandes grupos: os que tratam diretamente da questão das mulheres como docentes ou discentes no ensino superior e os reflexos sociais, econômicos e culturais resultantes; e os artigos que versam sobre técnicas de pedagogia no que tange o ensino em direitos humanos. No primeiro grupo pode-se separar 38 artigos enquanto no segundo apenas 25, demonstrando uma quantidade menor de artigos versando sobre a área da pedagogia no que tange técnicas de ensino.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando analisamos a quantidade de artigos publicados, podemos perceber o quanto que ainda precisa-se investir nesta área. São assuntos importantes para o ambiente universitário e a mídia, de 6 publicações por anos, ainda é muito baixa. Por outro lado, a autoria, por ser majoritariamente feminina, demonstra um avanço da área, resultado de um verdadeiro crescimento da atuação de mulheres em produções acadêmica e maior especialização de carreira. Mas a análise não deve ser apenas superficial, visto que, segundo o artigo que consta no levantamento bibliográfico de Rodrigues e Guimarães (2016), tal fenômeno merece maior estudo aprofundado, pois quanto mais for produzido pelo gênero e para o gênero feminino, mais oportunidades poderão ser criadas tanto na área profissional e nas tomadas de decisões.

Portanto, mesmo que quantitativamente o número de autoras mulheres supere o de autores do gênero masculino, não há nada que indica uma real ascensão de carreira. Seria necessária uma análise a partir dos dados levantados para averiguar real significado de tal número levantado por esta pesquisa.

Quanto ao fato de a palavra-chave mais utilizada nos artigos ser o termo “gênero”, caberia uma nova pesquisa em cima dos artigos dos artigos que o utilizaram de forma a

analisar se ele está sendo utilizado da maneira que Carvalho e Rabay (2015) definem como sendo a definição livre de compreensão errônea.

Com a análise qualitativa dos artigos tornou-se possível constatar algo alarmante no que tange à docência em direitos humanos no ensino superior, visto que pouco se produz dentro da área da pedagogia em si, destacando-se a alta produção de artigos dentro da área da saúde. Compreende-se que esta área tenha maior produção visto que estão diretamente vinculados ao tratamento em caso de abuso ou violência, ou até mesmo sobre a discussão do aborto. Desta forma, este artigo conclui que se é necessária uma maior discussão sobre direitos humanos e os direitos das mulheres nos cursos de ensino superior, de forma a instigar uma maior produção acadêmica nesta área.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. Educação após Auschwitz. In: **Educação e Emancipação**. Tradução: Wolfgang Leo Maar. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1995.

ALMEIDA, Luana Rodrigues de; SILVA, Ana Tereza Medeiros Cavalcanti da; MACHADO, Liliane dos Santos. Jogos para capacitação de profissionais de saúde na atenção à violência de gênero. **Rev. bras. educ. med.**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 1, p. 110-119, Mar. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-55022013000100016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de Ago. de 2017.

ALMEIDA, Jane Soares de; SOARES, Marisa. Mudaram os tempos; mudaram as mulheres? Memórias de professoras do Ensino Superior. Avaliação: **Revista da Avaliação da Educação Superior** (Campinas) [online]. 2012, v. 17, n. 2 [Acessado 26 Maio 2022], pp. 557-580. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1414-40772012000200013>>. Epub 23 Jul 2012. ISSN 1982-5765. <https://doi.org/10.1590/S1414-40772012000200013>.

BBC Brasil. ONU Cita Lei Maria da Penha como Pioneira na defesa da mulher. Brasília, 6 de julho de 2011. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/07/110706_onu_mulher_relatorio_rp.shtml>. Acesso em: 20 de Jul. de 2017.

BEAUVOIR, Simone de. **Le deuxième sexe** (Paris, Gallimard, 1949).

BELTRÃO, Kaizô Iwakami; ALVES, José Eustáquio Diniz. **A reversão do hiato de gênero na educação brasileira no século XX**. Cad. Pesqui., São Paulo, v. 39, n. 136, p. 125-156, Abr. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742009000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 de Set. de 2017.

BIROLI, Flávia e MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política**: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014.

BRASIL. Lei nº. 13.104, de 9 de março de 2015. Prevê o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Presidência da República, Brasília, 9 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 20 de Jul. de 2017.

_____. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos: 2007. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&category_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 13 de Ago. de 2017.

_____. Lei n. 11.340 de 7 de agosto de 2006. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Presidência da República, Brasília, 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 20 de Jul. de 2017.

_____. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos: Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Ministério da Educação, 2003. Disponível em: <<http://new.netica.org.br/prevencao/cartilha/plano-educdh.pdf>>. Acesso em: 20 de Jul. de 2017.

_____. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Presidência da República, Brasília, 30 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 20 de Jul. de 2017.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>>. Acesso em: 20 de Jul. de 2017.

_____. Lei n. 9.100 de 29 de setembro de 1995. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Presidência da República, Brasília, 29 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm>. Acesso em: 20 de Jul. de 2017.

CABEZUDO, Alicia. Educación para la paz: una construcción de la memoria, la verdad y la justicia. Desafío pedagógico de nuestro tiempo em América Latina In: RODINO, Ana M.; TOSI, Giuseppe; FERNANDEZ, Mônica B.; ZENAIDE, Maria Nazaré (Orgs.). **Cultura e Educação em Direitos Humanos na América Latina**. João Pessoa: Ed. Universitária da UFPB, 2014.

CANDAU, Vera M. F. e SACAVINO, Susana. Educação em direitos humanos: concepções e metodologias. In: FERREIRA, Lúcia de F. G; ZENAIDE, Maria de Nazaré; DIAS, Adelaide A. (Orgs.) **Direitos Humanos na Educação Superior**: subsídios para a educação em direitos humanos na Pedagogia. João Pessoa: Ed. Universitária da UFPB, 2010.

CARBONARI, Paulo C. Sujeito de direitos humanos: questões abertas em construção. In: SILVEIRA, Rosa G. et al. **Educação em Direitos Humanos**: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Ed. Universitária da UFPB, 2010.

CARVALHO, Maria Eulina Pessoa de; RABAY, Glória. Usos e incompreensões do conceito de gênero no discurso educacional no Brasil. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 23, n. 1, p. 119-136, Abr. 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104026X2015000100119&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 de Jul. de 2017.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

_____. **Pedagogia do Oprimido**. 17 ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987.

FRIEDAN, Betty. **The Female Mystique**. Nova York, Norton, 2001 [1963].

FURLIN, Neiva. **Cruzando fronteiras de gênero: a docência feminina em campos profissionais “masculinos”**. Cad. Pagu. 2016, n.48. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0104-83332016000300504&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 13 de Set. de 2017.

GIROUX, Henry. **Os professores como intelectuais**. Porto Alegre: Artmed, 1997.

INSTITUTO AVON/DATA POPULAR. **Violência contra a mulher no ambiente universitário**. 2015. Disponível em < http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2015/12/Pesquisa-Instituto-Avon_V9_FINAL_Bx.pdf >. Acesso em: 25 de Jul. de 2017.

MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud**. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

Ministério da Educação, CAPES. **Competências**. Brasília, 25 de julho de 2017. Disponível em < <http://www.capes.gov.br/acessoainformacao/80-conteudo-estatico/acesso-a-informacao/5418-competencias> >

MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil**. 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: < http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf >. Acesso em: 13 de Ago. de 2017.

ONU Mulheres. **Progress of the World's Women in pursuit of Justice**. 2011-2012. Nova York, 2011. Disponível em: < <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/ProgressOfTheWorldsWomen-2011-en.pdf> >. Acesso em: 20 de Jul. de 2017.

RAMOS, Aura Helena. Educação em Direitos Humanos: local da diferença. **Rev. Bras. Educ.**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 46, p. 191-213, Abr. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782011000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de Ago. de 2017.

RODRIGUES, Jeorgina Gentil; GUIMARAES, Maria Cristina Soares. **A Fundação Oswaldo Cruz e a ciência no feminino: a participação feminina na prática e na gestão da pesquisa em uma instituição de ensino e pesquisa**. Cad. Pagu, Campinas, n. 46, p. 197-222, Abr. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332016000100197&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 25 de julho de 2017.

SAVIANI, Dermeval. **Educação: do senso comum à consciência filosófica**. 11 ed. Campinas: Editores Associados, 1996.

_____. **Pedagogia Histórico-crítica: primeiras aproximações**. Campinas, SP: Autores Associados, 1998.

STROMQUIST, Nelly P.. Qualidade de ensino e gênero nas políticas educacionais contemporâneas na América Latina. **Educ. Pesqui.**, São Paulo, v. 33, n. 1, p. 13-25, Abr. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022007000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 de Jul. de 2017.

WAILSELFIZS, Julio. **Mapa da Violência**. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 24 de Abr. de 2017.

WOLLSTONECRAFT, Mary. **Reivindicação dos direitos da mulher**. Inglaterra, 1792. Tradução de Ivania Pocinho Motta. São Paulo: Boitempo, 2016.

TURISMO REPRODUTIVO: O VÁCUO NORMATIVO INTERNACIONAL SOBRE OS CUIDADOS REPRODUTIVOS TRANSFRONTEIRIÇOS E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DE MULHERES

Data de aceite: 04/07/2022

Data de submissão: 20/05/2022

Semille Hussein Kassab Nogueira Souza

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro,
Departamento de Ciências Jurídicas
Seropédica – RJ
<http://lattes.cnpq.br/7725774120248482>

Luciane da Costa Moás

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro,
Departamento de Ciências Jurídicas
Seropédica – RJ
<http://lattes.cnpq.br/2494154626881587>

Érica de Aquino Paes

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro,
Departamento de Ciências Jurídicas
Seropédica – RJ
<http://lattes.cnpq.br/6859582966699837>

Ely Caetano Xavier Junior

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro,
Departamento de Ciências Jurídicas
Seropédica – RJ
<http://lattes.cnpq.br/9486836738133470>

RESUMO: O presente estudo descortina o véu que tem sido colocado sobre a expressão “turismo reprodutivo” para indicar o conjunto de tratamentos denominados “cuidados reprodutivos transfronteiriços” (CRTs). Essas expressões procuram sintetizar o fenômeno itinerante de deslocamento realizado por pessoas em busca de algum tipo de tratamento reprodutivo proibido

ou restrito em seus países de origem. Esses tratamentos permitem que gametas e embriões sejam transmitidos entre pessoas oriundas de Estados diferentes em busca de um local que possua uma legislação mais branda ou nenhum tipo de regulamentação para realização do tratamento desejado. A discussão gira em torno da dissimulação na escolha de denominação de práticas que vulnerabilizam mulheres cujos corpos servem como meros objetos facilitadores para projetos de reprodução alheios. A análise sobre direitos sexuais e reprodutivos em âmbito internacional permite observar carência de mecanismos que permitam aos Estados promover ações efetivas para proteção dos direitos dessas mulheres vulnerabilizadas, que colocam seus corpos à disposição de estrangeiros em troca de dinheiro. Os Estados têm suas próprias regras sobre tratamentos e muitos deles ainda enxergam as mulheres como seres subalternos. O estudo não pretende discutir o desejo reprodutivo por meio do acesso aos recursos tecnológicos, questão bastante abordada na literatura sobre o tema e objeto de injunções morais negativas que colocam em questão a autonomia privada das mulheres e dos casais. O intuito desta contribuição é apresentar dificuldades enfrentadas pelas mulheres que cedem o útero e pelos casais que lançam mão do “turismo reprodutivo”, estimulados pelo mercado internacional das indústrias reprodutivas.

PALAVRAS-CHAVE: Turismo Reprodutivo. Cuidados Reprodutivos Transfronteiriços. Reprodução Humana Assistida. Direitos Humanos Sexuais e Reprodutivos. Direitos das Mulheres.

REPRODUCTIVE TOURISM: THE INTERNATIONAL NORMATIVE VOID REGARDING CROSS-BORDER REPRODUCTIVE CARE AND THE VIOLATION OF THE HUMAN RIGHTS OF WOMEN

ABSTRACT: This contribution pierces the veil that has been placed over the expression “reproductive tourism” to define a set of treatments designated “cross-border reproductive care” (CBRC). Both expressions are intended to synthesize the itinerant phenomenon of movement of people in search of some type of reproductive treatment prohibited or restricted in their countries of origin. These treatments allow gametes and embryos to be transmitted between people from different States in search of a place to carry out the desired treatment, in which there is a more permissive legislation or lack of regulation. The discussion revolves around the dissimulation in choosing the name of practices that make women vulnerable because their bodies serve as mere facilitating objects for the reproduction projects of others. The analysis of sexual and reproductive rights at the international level reveals a lack of mechanisms for States to promote effective actions to protect the rights of vulnerable women, who put their bodies at the service of foreigners for money. States have their own rules on these treatments and many legislations still see women as subaltern individuals. The debate is not intended to challenge the reproductive desire by means of technological resources, an issue that is widely discussed in the specialized literature and subject to several negative moral injunctions that call into question the private autonomy of women and couples. The core purpose of this contribution is to present the struggles faced by women who offer their uterus and by couples who resort to “reproductive tourism”, stimulated by the international market of reproductive industry.

KEYWORDS: Reproductive Tourism. Cross-Border Reproductive Care. Human Assisted Reproduction. Sexual and Reproductive Human Rights. Women’s Rights.

1 | INTRODUÇÃO¹

O fenômeno itinerante denominado Cuidados Reprodutivos Transfronteiriços (CRTs), que consiste no deslocamento realizado por pessoas em busca de algum tipo de tratamento reprodutivo proibido ou restrito em seu país de origem, permite que gametas e embriões sejam transmitidos entre pessoas oriundas de Estados diferentes em busca de um local que possua uma legislação mais branda ou nenhum tipo de regulamentação para realização do tratamento desejado.

Neste artigo apontamos como as novas tecnologias de reprodução assistida ganharam proporção mundial, ultrapassaram as fronteiras legais e vêm causando diversas controvérsias no mundo jurídico, por meio da análise dos mecanismos e estruturas legais que viabilizam a manutenção e ampliação da incidência do fenômeno, com reflexo nos direitos humanos das mulheres.

1 O capítulo foi desenvolvido a partir do trabalho de conclusão de curso de Semille Hussein Kassab Nogueira Souza, vinculado à linha de pesquisa “Corpo, gênero, sexualidade e reprodução” do grupo de pesquisa Corpus – Estudos socioculturais sobre corpo, gênero e reprodução, sob orientação da Prof.^a Luciane da Costa Moás, coorientação do Prof. Ely Caetano Xavier Junior e com contribuições da Prof.^a Érica de Aquino Paes, que integrou a banca de avaliação do referido trabalho.

É certo que os progressos da ciência e os avanços no ramo da Reprodução Humana Assistida não são acompanhados, concomitantemente, de uma adaptação legislativa, a fim de evitar abusos e estabelecer limites às práticas que ponham em risco o patrimônio genético e que possam ferir a dignidade humana. Assim, é relevante destacarmos, o que fazemos nesta contribuição, algumas das diversas dificuldades e controvérsias que a rede global dos CRTs desencadeou, extrapolando limites e legislações nacionais.

21 O DIREITO À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: BREVE ANÁLISE DO CENÁRIO INTERNACIONAL SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DAS MULHERES

Para tratar do direito à reprodução é preciso retornar no tempo, a fim de se compreender o quanto foi permitido – ou não – às mulheres se autodeterminarem em relação a seus corpos. Neste sentido, partimos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que trazia em seu bojo os princípios de igualdade, liberdade e solidariedade, mas não incluíam as pessoas do sexo feminino. A atuação da revolucionária Olympe de Gouges², que com o apoio de milhares de mulheres, elaborou a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã (1791), tinha como objetivo chamar atenção para a necessidade de igual proteção das mulheres naquele contexto, mas culminou, no entanto, com a condenação da idealizadora à guilhotina no ano de 1793. O preâmbulo de seu texto é significativo:

Mães, filhas, irmãs mulheres representantes da nação reivindicam constituir-se em uma assembleia nacional. Considerando que a **ignorância, o menosprezo e a ofensa aos direitos da mulher são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção no governo**, resolver expor em uma declaração solene, os **direitos naturais, inalienáveis e sagrados da mulher**. Assim, que esta declaração possa lembrar sempre, a todos os membros do corpo social seus direitos e seus deveres; que para gozar da confiança, ao ser comparado com o fim de toda e qualquer instituição política, os atos de poder de homens e de mulheres devem ser inteiramente respeitados; e que, para serem fundamentadas, doravante, em princípios simples e incontestáveis, as reivindicações das cidadãs devem sempre respeitar a constituição, os bons costumes e o bem-estar geral (GOUGES, 2007).

Em que pese a tendência de disseminação dos ideais de igualdade e liberdade à época, os movimentos sociais e políticos no mundo moderno não foram capazes de reconhecer os direitos das mulheres. Apenas no pós-Segunda Guerra, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de caráter universal e indissociável, estabeleceu-se a noção dos direitos humanos como direitos naturais garantidos a todos os indivíduos, independentemente de gênero, classe social, etnia, nacionalidade ou posicionamento político. A partir de então, iniciou-se o debate acerca dos direitos humanos das mulheres,

² Olympe de Gouges, pseudônimo de Marie Gouze, foi uma feminista revolucionária, historiadora jornalista, ativista política, feminista e abolicionista francesa. Os escritos feministas de sua autoria alcançaram enorme audiência. Foi uma defensora da democracia e do direito das mulheres (GILL, 2009).

propondo a igualdade entre o homem e a mulher durante o casamento, liberdade para contrair ou não matrimônio e alguma tutela em relação à maternidade.

A partir daquele momento, denominado de especificação dos sujeitos de direitos, passaram a ser levadas em conta as especificidades de indivíduos e grupos, ocorrendo, então, um distanciamento da figura abstrata do homem para atender às diferenças existentes entre sexos, raças, gerações etc (MATAR, 2008).

Passou-se, então, a se compreender os direitos humanos a partir de diferentes contextos históricos, em consonância com as demandas de cada época, motivo pelo qual se desenvolveu a ideia de “gerações” ou “dimensões”, levando em conta a ingerência desses direitos nas constituições³ de cada Estado. Tal divisão em “gerações” tomou como norte o lema da Revolução Francesa: liberdade (1ª geração), igualdade (2ª geração) e fraternidade (3ª geração). De acordo com VILLELA e ARILHA (2008), os direitos sexuais e reprodutivos se enquadraram na terceira geração dos direitos humanos, que estão relacionados aos valores da solidariedade/fraternidade. Segundo PETCHESKY (1999, p.21), “o conceito de direitos sexuais é a grande novidade nos debates internacionais que discutem o significado e o exercício dos direitos humanos”. É preciso, no entanto, observar que os avanços de processos de integração regional e de Estados específicos em relação aos direitos reprodutivos e sexuais não se refletiram, nem se refletem, em âmbito internacional – em tratados, órgãos de organizações internacionais ou outros instrumentos normativos – de forma homogênea.

O debate sobre direitos sexuais e reprodutivos, em âmbito internacional, carece de mecanismos que permitam que os Estados efetivamente promovam ações em prol dos direitos das mulheres, uma vez que cada um deles tem suas próprias regras e muitos ainda entendem que o lugar da mulher é o da submissão, por tratar-se de um ser inferior ao homem. O alerta de BARTLETT (1990) é muito relevante no tema, pois afirma que analisar as normas dos direitos humanos significa observar o quanto são falhas no constante sobre as mulheres e suas experiências e valores, mascarando e hierarquizando as distribuições de poder.

Nos anos 1970, a efervescência dos movimentos feministas levou a Assembleia Geral das Nações Unidas a declarar 1975 como o Ano Internacional das Mulheres (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 1972). Naquele ano, ocorreu a primeira Conferência Mundial sobre as Mulheres na Cidade do México, que teve como foco trazer a atenção internacional para as necessidades das mulheres, unindo esforços e estratégias coletivas para a promoção do empoderamento e avanço da situação feminina. Depois dessa

3 Paulo Bonavides (2006) foi um dos principais constitucionalistas que leu os direitos fundamentais a partir de um perfil histórico, agrupando os mesmos em gerações de direitos. Afirma-se que esta divisão está amparada no surgimento histórico dos direitos fundamentais, sendo que parte da doutrina tem evitado o termo “geração”, trocando-o por “dimensão”, ou mesmo “esferas”, uma vez que a ideia de “geração” está diretamente ligada à sucessão/substituição, enquanto os direitos fundamentais não se sobrepõem, não são suplantados uns pelos outros. A distinção entre gerações serve apenas para situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica

conferência, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou o texto, em 1979, da Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), sendo este o primeiro tratado de direitos humanos a afirmar os direitos reprodutivos das mulheres⁴. A Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, aprovada pela Organização das Nações Unidas (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 1993), bem como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), aprovada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁵ em 1994, refletem a anterior divisão entre as esferas público e privada no que toca aos direitos das mulheres, em especial, no que toca aos seus corpos. Segundo ARENDT (2007), percebe-se que, quando se trata de direitos sexuais e reprodutivos, a anterior separação entre o público e o privado sofre modificações, uma vez que surge a necessidade de se tutelar direitos até então considerados parte da esfera privada do convívio familiar, sendo estabelecido por essas convenções que a violação dos direitos da mulher tanto na esfera pública quanto privada constituem uma violação aos direitos humanos e limita, total ou parcialmente, o exercício dos demais direitos fundamentais.

Na plataforma de ação adotada como resultado da Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD) realizada em 1994 no Cairo, firmou-se, no item 7.3, do capítulo VII, o conceito de direitos reprodutivos conforme se tem hoje, trazendo contribuições inovadoras com alto nível de aprovação por parte dos Estados participantes:

§7.3. Tendo em vista a definição supra, os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos de acordos. **Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos[...].** (BRASIL, 2006, p. 62, grifo nosso)

Tais diretrizes serviram de referência para a IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, realizada em 1995 em Pequim. Na ocasião, reforçando a plataforma de ação do Cairo, adotou-se a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, em que foi reiterada a necessidade de proteção aos direitos reprodutivos sexuais, à saúde, à igualdade e à não discriminação, mencionando-se, especificamente, os direitos humanos – sexuais e reprodutivos – das mulheres, conforme destacamos a seguir:

§ 96. Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual

4 O tratado está em vigor no Brasil. O artigo 16.1.e da Convenção trata, em particular, da igualdade dos “direitos de decidir livre e responsabilmente sobre o número de seus filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer esses direitos” (BRASIL, 2002).

5 O tratado está em vigor no Brasil desde 1996, mas não contém dispositivo sobre direitos reprodutivos (BRASIL, 1996).

e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no tocante às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito à integridade da pessoa humana, exige o respeito mútuo, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas consequências (BRASIL, 2006, p. 179).

Temos, assim, o reconhecimento dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres como direitos humanos em âmbito internacional, embora muitos dos instrumentos não tenham força obrigatória para os Estados, servindo, no entanto, de fonte interpretativa e diretiva para a implementação de leis quanto às políticas de saúde sexual e reprodutiva nos Estados (MATAR, 2008).

Ocorre que as novas tecnologias reprodutivas, que configuram verdadeiro mercado contemporâneo global, envolvem múltiplos corpos, localidades, regulações e práticas que proporcionam o acesso à fertilidade de terceiros numa perspectiva inserida cada vez mais numa lógica de consumo de corpos e partes de corpos, emaranhadas por ideais de autonomia, desejo, escolha e identidade (MACHIN, 2016) que vão de encontro a todos os avanços em âmbito internacional acerca dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Assim, é possível afirmar que o fato de a ampliação do mercado da reprodução humana assistida, bem como o aperfeiçoamento de suas técnicas e tecnologias terem evoluído de forma mais rápida do que a sua regulamentação, abre margem para que não se dê o amparo ou tutela jurisdicional a essas questões de forma plena, gerando, portanto, um perigoso vazio legal e insegurança jurídica, abrindo precedentes para violações de direitos humanos das mulheres e o risco de um desvirtuamento das técnicas reprodutivas.

3 | CUIDADOS REPRODUTIVOS TRANSFRONTEIRIÇOS: O VÉU SOBRE O TURISMO REPRODUTIVO

O já referido fenômeno itinerante, atualmente denominado Cuidados Reprodutivos Transfronteiriços (CRTs), foi primeiramente intitulado “turismo procriador” por KNOPPER e LEBRIS (1991) para descrever aqueles pacientes que optavam por exercer “suas escolhas reprodutivas pessoais em outros Estados que fossem menos restritivos do que os seus de origem”. Esse fenômeno engloba viagens para realizar fertilização *in vitro* (FIV), injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI) e outros procedimentos associados, tais como diagnóstico genético pré-implantação (PGD), doação de gametas e embriões e a maternidade por substituição na modalidade comercial.

A primeira tentativa empírica de descrever as viagens para tratamento de infertilidade foi de INHORN (2001), que cunhou o termo “busca pela concepção”. Posteriormente, foram

6 Devemos destacar, entretanto, que a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), cujo art. 16.1. cuida de direitos reprodutivos, é norma obrigatória. Em particular, tendo sido aprovada e promulgada antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004, tal tratado de direitos humanos tem hierarquia supralegal, mas infraconstitucional.

adotadas outras terminologias, como: viagem reprodutiva (PENNING, 2004), exílio ou migração reprodutiva (MATORRAS, 2005) e, finalmente, cuidado reprodutivo transfronteiriço (PENNING, 2006).

Cabe pontuar que os termos utilizados tendem a designar situações bastante distintas, e deve-se frisar a importância da escolha de um termo adequado, para que se evite interpretações incorretas. Dito isso, conforme pontua MACHIN (2016), turismo reprodutivo (*reproductive tourism ou fertility travel*) é um termo inadequado, uma vez que, confunde uma prática desconfortável e estressante com lazer e tempo de relaxamento, já que seria preferível aos casais permanecerem em seus países de origem se lá tivessem a possibilidade de realizar suas escolhas reprodutivas. Outro motivo é a conotação negativa que se dá ao termo, ao implicar uma ideia de sonegação da lei ou da busca do paciente por um tratamento no estrangeiro estranho ou ilegal.

Em que pese as considerações anteriores, é forçoso reconhecer que as pessoas que buscam técnicas de reprodução assistida em países que vulnerabilizam corpos de mulheres para a prestação de tal serviço, escolhem passar pelas situações de desconforto e estressantes que envolvem as viagens desta natureza. Por isso, deixar de nomear⁷ como “turismo reprodutivo” não reduz ou impede a prática violadora de direitos sexuais e reprodutivos de mulheres. Some-se a isso o fato de que as pessoas que buscam tais viagens, não as fariam para determinados destinos, não fosse o serviço que buscam e, então, mudar a denominação deles não reduz nem o estigma negativo que se atribui à tais viagens, nem as violações de direitos humanos das mulheres que têm seus corpos colocados à disposição da reprodução assistida (seja cedendo material genético, seja na maternidade por substituição), mas tão somente disfarça um fato que serve à objetificação de mulheres, em especial as que estão em condições de maior vulnerabilidade.

Renomear então pode ser entendido, também, como uma forma de silenciar as violações dos direitos humanos das mulheres que cedem seu material genético e/ou seus corpos à reprodução assistida, uma vez que “o silêncio é o que permite que as pessoas sofram sem remédio, o que permite que as mentiras e hipocrisias cresçam e floresçam, que os crimes passem impunes. Se nossas vozes são aspectos essenciais da nossa humanidade, ser privado de voz é ser desumanizado ou excluído da sua humanidade. E a história do silêncio é central na história das mulheres” (SOLNIT, 2017, p. 28).

Em que pese o antes dito, reconhecemos o termo “cuidado reprodutivo transfronteiriço” (CRT) ou “*cross-border reproductive care*” (CBRC) como definidor atual do fenômeno, visto que esse deslocamento pode envolver também o movimento de profissionais e pessoas em busca de métodos que auxiliem a reprodução. Ademais, o termo dialoga com a definição

⁷ Nomear é imprimir significado. Sobre a importância do ato de nomear e a ênfase na inexistência de linguagem neutra, MOREIRA (2010, p. 2916) destaca: “nomear separa através da diferenciação uma coisa da outra, separa e difere os seres, estados de coisas. E cria a identidade”. Em razão da ausência de legislação protetiva e capaz de inibir o turismo reprodutivo e todas as consequências nocivas por ele provadas, continuarão ocorrendo graves violações de direitos, independentemente do termo utilizado.

padronizada proposta pela Sociedade Europeia de Reprodução e Embriologia Humana (SHENFIELD; PENNING; MOUZON, 2011).

Após a identificação e definição do fenômeno dos cuidados reprodutivos transfronteiriços, cabe salientar que ele se deu a partir dos processos de expansão dos usos das tecnologias reprodutivas em situações e territórios diversificados, observando um crescimento acelerado na última década, por interconectar medicina, legislação, atividade comercial e viagem, ligados à expansão de mercados num contexto globalizado. Pode-se dizer, então, que o que se denomina por cuidados reprodutivos transfronteiriços (CRT), ocorre a partir do deslocamento por candidatos a serviços de uma instituição, jurisdição ou país onde o tratamento não está disponível para outras onde possam obter o tipo de reprodução medicamente assistida que desejam (PENNING, 2006).

Acrescente-se, ainda, o fato de que esse mercado reprodutivo, envolve um setor altamente rentável, estabelecendo a conexão entre países com dinâmicas econômicas e sociais diferentes, comportando situações de iniquidades num contexto de distribuição diferencial de tecnologia, direitos humanos, regulação, corpos (maternidade por substituição) e material genético (células sexuais) para doação, compra/venda e uso (trabalho reprodutivo) (MACHIN, 2016).

Neste cenário, alguns países figuram como pontos de destino, popularmente chamados de países “alvo”, e outros como ponto de partida, países “fuga” com relação as práticas buscadas. Segundo relatório divulgado pela *European Society of Human Reproduction and Embryology* (ESHRE, 2017), a Espanha e a Bélgica estão entre os países mais procurados na Europa para realização dos ciclos de fertilização.

A Espanha, em particular, é o país mais atrativo da Europa em Reprodução Humana Assistida (RHA), com cerca de 120.000 ciclos realizados em 2013 – o país é conhecido por seus serviços eficientes (tempos de espera mínimos) e uma grande variedade de doadores de gametas. Os dados do relatório apontam que cerca de 50% de todos os tratamentos por doação de óvulos na Europa são realizados na Espanha, estimando-se que a maioria desses tratamentos tenha sido realizado por pacientes estrangeiros. Para além disso, dados do registro nacional espanhol de fertilização *in vitro* (2014) mostram que 8,5% de todos os tratamentos de fertilidade na Espanha foram para pacientes estrangeiros, a maioria (66%) por doação de óvulos.

Quando se trata de maternidade por substituição na Europa, a Bélgica é considerada um país “destino”. Muitos estrangeiros, principalmente os franceses, cruzam as suas fronteiras em busca de tratamentos no país, onde o acesso à RHA e à paternidade segura é legalizado (MERCHANT, 2020). Paralelamente, a França, país vizinho, se coloca na categoria de país “fuga”, tendo uma das legislações mais rígidas da Europa, uma vez que apenas casais heterossexuais podem acessar as técnicas de RHA. Jordânia, Israel e África do Sul são centros importantes de RHA no Oriente Médio e na África. Na Ásia, por sua vez, Índia e Tailândia são os principais centros de RHA internacional, embora Cingapura,

Malásia e Coréia do Sul sejam cada vez mais importantes como destino, especialmente no âmbito regional (WHITTAKER, 2011).

Outros países figuram como ponto de partida e de destino como os Estados Unidos pelas práticas disponíveis e pela diversidade racial. A Índia atua como um importante ponto de destino relacionado à prática de gestação substituta para casais da Austrália, Estados Unidos e Europa por apresentar valores mais baixos do que aqueles praticados nos Estados Unidos, que seguem como um destino popular em todo o mundo.

Diante do exposto, é fácil concluir que a necessidade de atravessar fronteiras promove também uma limitação à liberdade reprodutiva das pessoas por questões econômicas, promovendo a desigualdade de acesso, uma vez que apenas pacientes com recursos financeiros adequados podem arcar com os custos necessários que envolvem, viagens e clínicas ou centros especializados em técnicas reprodutivas, enquanto que as mulheres que disponibilizam seus corpos a tais procedimentos são silenciadas pela pobreza e tal silêncio promove a violência e a violação de seus direitos humanos.

4 | MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO TRANSNACIONAL E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DE MULHERES

A maternidade por substituição se apresentou como um novo tipo de maternidade que emerge na sequência dos avanços das técnicas de RHA, no qual é possível identificar uma bifurcação: a gestante como mãe biológica e a doadora do material genético como mãe genética e, ainda, a autora do projeto de maternidade como mãe afetiva⁸. Acrescenta-se a isso a possibilidade de que duas destas figuras estejam reunidas em uma só pessoa, como no caso de a mãe genética ser também a mulher que gesta a criança (mãe biológica), uma vez que, é comum que nesta prática a gestante (mãe por substituição) não seja a mesma que irá criar o filho.

No entanto, esses avanços, foram acompanhados por conflitos decorrentes das diferentes possibilidades de filiação e possíveis conflitos entre a mãe genética, mãe gestacional e mãe social que podem reivindicar a maternidade da criança. Acrescenta-se a essa problemática quando as diferentes pessoas envolvidas nessa prática são residentes em países diversos, com diferentes formas de regulamentação da prática e de todas as

8 Transcende ao objetivo deste trabalho a análise aprofundada de todos os aspectos relevantes sobre a gestação de substituição (cessão temporária do útero). No entanto, em que pese a ausência de lei disciplinando de forma exaustiva a reprodução assistida no plano interno, é relevante destacar alguns balizamentos éticos presentes na Resolução CFM nº 2.168/2017 que visam evitar litígios e garantir direitos, tais como: a possibilidade de acesso para casais homoafetivos e pessoas solteiras; o termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; o compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; a aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017). O texto da norma foi recentemente alterado para esclarecer que a reprodução assistida é permitida para "heterossexuais, homoafetivos e transgêneros", sem menção ao estado civil ou à existência de relacionamento entre as pessoas que recorrem à técnica e com retirada da menção à possibilidade de objeção de consciência pelo médico (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2020).

questões que a tocam.

Ainda nesse sentido, concorrem diferentes regulamentações à prática no plano internacional, uma vez que, convivem no mundo diversas percepções acerca da maternidade por substituição, dentre elas: países que a permitem sem ou com poucas restrições, como a Califórnia (EUA), Ucrânia e Rússia, inclusive em contratos comerciais, e países que a permitem de forma bastante restritiva, aqui pode-se citar o Brasil⁹ e a Austrália, onde somente se permite a chamada “substituição altruística”, na qual qualquer pagamento além das despesas razoáveis documentadas é proibido, com o intuito de evitar os conflitos e disputas pela criança. Há países que a proíbem expressamente em qualquer condição, como é o caso da França e da Espanha e países que não fazem menção às consequências da técnica, como a Argentina.

Esse panorama gerado pelas diferentes legislações contribui para que casais que desejam fazer uso dessa técnica de reprodução humana assistida, mas morem em países que coibam esse fenômeno, procurem países cuja legislação seja mais flexível quanto à maternidade por substituição, uma vez que, foi observado que as clínicas especializadas tendem a se instalar em países cuja legislação é mais permissiva, atraídos dentre outros motivos, pela falta de fiscalização.

Para além disso, as mulheres, “mães por substituição” que se submetem a esse método para gestar o bebê de outra pessoa por certa quantia ficam, não raro, à disposição física e psicológica dessas clínicas e centros de fertilidade, que funcionam como verdadeiras indústrias. Deve-se reforçar a suma importância e urgência de uma legislação que as proteja de eventuais abusos que ocorrem na sistemática capitalista que a indústria persegue, sem preocupação com a integridade física ou mental da mulher, nem com seus direitos fundamentais, tal qual a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, uma das grandes questões a serem discutidas diz respeito à maternidade por substituição transfronteiriça que, de acordo com a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, se dá por meio de um acordo concluído entre um ou dois pais intencionais que residem em um Estado e uma mãe transportadora que reside em outro Estado (ou somente lá). Esse tipo de acordo pode envolver doadores de gametas no Estado de residência da mãe transportadora (ou onde ela está) ou mesmo em um terceiro Estado e, também, consistir em um acordo de procriação por outro ou gestação por outro, no qual a mãe transportadora fornece seu próprio material genético (óvulo), com a consequência lógica de que a criança terá um vínculo genético com ela. Dentro da estrutura desses acordos, pode haver concepção natural ou técnicas de reprodução humana assistida. Por outro lado, no acordo de gestação para outro, a mãe portadora não fornece seu próprio material genético. Geralmente, os acordos de gravidez de outra pessoa são precedidos por

9 De acordo com a Resolução CFM nº 2.168/2017, a mãe por substituição deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau, nos demais casos, quando for outra pessoa, deverá ser pedida uma autorização ao Conselho Regional de Medicina, que irá analisar a situação, e a cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

um tratamento de reprodução humana assistida. E os gametas podem pertencer a um ou ambos os pais da intenção ou não provir de nenhum deles.

Admitindo-se esse cenário internacional, podemos enumerar alguns problemas que dessa questão derivam, quais sejam: a vulnerabilidade das crianças nascidas pela maternidade por substituição, a potencial exploração de gestantes da maternidade por substituição de países em desenvolvimento pelo turismo reprodutivo, a falta de regulação do funcionamento de clínicas reprodutivas, a falta de proteção legal para os pais que planejaram a gestação por substituição, os riscos de permitir pais inaptos sem um processo metuculoso e a comercialização do corpo humano. (SANTIAGO, 2016).

Diante disso, desde 2012, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) vem promovendo esforços com o fim de elaborar soluções que abranjam os conflitos decorrentes da maternidade por substituição transfronteiriça, apontando a urgência de uma regulamentação específica, uma vez que as consequências advindas desta prática perpassam diferentes problemáticas, como exposto, e seus efeitos podem ser irremediáveis.

Exemplo disso é o comentário da Conferência da Haia, que cuidou na questão do abandono de recém-nascidos, como no caso do “*baby Gammy*” (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 2015), um bebê fruto de uma maternidade por substituição na Tailândia, que foi abandonado pelos pretensos pais australianos, em razão de ter desenvolvido Síndrome de Down. Apesar dessa história em particular ter ganhado proporções midiáticas, após os apelos da mãe substituta – Pattharamon Janbua – por apoio a doadores internacionais para conseguir arcar com as despesas médicas para o baby Gammy – sabe-se que essa é uma realidade que a cada ano vem tomando maiores proporções.

Tal exemplo nos permite observar que os efeitos da pobreza extrema e das pressões patriarcais criam uma população de mulheres “biodisponíveis” prontas para atuar como substitutas ou doadoras de óvulos nas economias em desenvolvimento. O grau de exploração envolvido nessas transações se dá a partir da desigualdade econômica entre as mulheres doadoras/substitutas, o nível de controle e coerção imposto a elas, a subordinação a que são impostas dentro do acordo, a falta de proteção de seus direitos durante todo o processo de tratamento ou gravidez e a extensão da proteção de sua saúde física e mental. (WHITTAKER, 2011).

5 | CONCLUSÃO

O fenômeno dos Cuidados Reprodutivos Transfronteiriços, que alivia a tensão de se nomear como turismo reprodutivo a busca por reprodução humana assistida em países diversos dos de seus interessados e o cenário de desigualdade nas diversas facetas que o mobiliza, revela um cenário de vulnerabilização e violação dos direitos humanos das

mulheres que cedem seu material genético e/ou corpos para a obtenção dos resultados pretendidos. Dada a velocidade atual com a qual as tecnologias envolvendo à RHA e o mercado global de fertilidade se desenvolveram, torna-se absolutamente relevante revelar os dilemas dessa indústria.

A significação em torno do ato de reprodução humana, toca as mais diversas sociedades, permitindo que compreendamos ímpetos e motivações na busca por tecnologias que viabilizem aqueles que, por alguma razão, se encontram impossibilitados a concretizá-la naturalmente. E não só, pois os direitos reprodutivos, em verdade, foram uma construção permeada por luta, por não se tratar apenas do ato de reproduzir-se, mas sim, da liberdade de fazê-lo. E ainda, a questão da busca por liberdade reprodutiva com o avanço do tempo, se tornou mais latente, devido às diversas formas de estruturas familiares que se apresentaram (casais homoafetivos, mães solteiras).

Todavia, a lógica de mercado que é mobilizada a partir de tais interesses, teve o seu recrudescimento sob a roupagem de liberdade reprodutiva, mas também mascara a disseminação das práticas eugênicas, o tráfico internacional de mulheres e de crianças, diversas problemáticas concernentes a crianças apátridas, exploração das mães substitutas em clínicas de fertilização clandestinas, promovendo uma capitalização exploratória dos corpos.

Assim, não discutimos a opção concernente ao desejo de reprodução por meio das novas tecnologias reprodutivas, mas a lacuna deixada pela lei no âmbito interno e externo que viabiliza que pessoas, muitas vezes sem o conhecimento pleno do que terão que enfrentar, motivadas pelo mercado das indústrias reprodutivas internacionais, se vejam desamparadas no decorrer do processo, optando por recorrer a legislações extrafronteiras, a fim de solucionar os entraves legais e terminam por colaborar com um sistema violador de direitos humanos e opressor de mulheres já vulneráveis em seus países de origem, que servem como meros objetos à indústria da reprodução assistida que está intrinsecamente vinculada ao turismo reprodutivo.

REFERÊNCIAS

ARENDETT, H. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BARTLETT, K. T. Feminist Legal Methods. **Harvard Law Review**, v. 103, n.4, p.829-888,1990.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. Decreto nº 1973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 02 ago. 1996, p. 14471.

BRASIL. Decreto nº 4377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 16 set. 2002, p. 4.

BRASIL. Presidência da República. **Instrumentos internacionais de direitos das mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006, 206 p. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/publicacoes/outros-artigos-e-publicacoes/instrumentos-internacionais-de-direitos-das-mulheres/view>. Acesso em 02 dez. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.168/2017. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 10 nov. 2017, p. 73. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 02 abr. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.283/2020. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 27 nov. 2020, p. 391. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2020/2283>. Acesso em: 03 dez. 2020.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 02 abr. 2020.

ESHRE – EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY. **Cross border reproductive care** [ESHRE Fact Sheets]. 2017. Disponível em: <https://www.eshre.eu/Press-Room/Resources>. Acesso em: 07 ago. 2020.

GILL, L. A. Olympe de Gouges e seus últimos dias. **Pensamento Plural**. Pelotas, v. 4, p. 203-207, 2009.

GOUGES, O. Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã [1791]. **Revista Internacional Interdisciplinar**, Florianópolis v. 4, n. 1, 2007.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **The parentage/surrogacyproject**: an updating note. 2015. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2020.

INHORN, M. C.; GURTIN, Z. B. Cross border reproductive care a future research agenda. **Reproductive Biomedicine Online**, v. 23, n. 5, p. 665-676, 2011.

KNOPPER, B. M.; LE BRIS, S. Recent advances in medically assisted conception. **American Journal of Law and Medicine**, v. 17, p. 329-361, 1991.

MACHIN, R. Tecnologias reprodutivas e material genético de terceiros: reflexões em torno de regulação, mercado e iniquidades. In: STRAW, C.; VARGAS, E.; CHERRO, M. V.; TAMANINI, N. (Orgs.). **Reprodução assistida e relação de gênero na América Latina**. Curitiba: CRV, 2016, p. 31-55.

MATAR, L. D. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 5, n. 8, p. 60-83, 2008.

MATORRAS, R. Reproductive exile versus reproductive tourism. **Human Reproduction**, v. 20, n. 12, p. 3571, 2005.

MERCHANT, J. **Access to Assisted Reproductive Technologies: the Case of France and Belgium**. New York: Berghahn, 2020.

MOREIRA, T. A. S.O ato de nomear: da construção de categorias de gênero até a abjeção. **Cadernos do CNLF**, v. XIV, n. 4, t. 4, p. 2914-2926, 2010. Disponível em: http://www.filologia.org.br/xiv_cnlf/tomo_4/completo_tomo_4.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020

PENNINGS, G. International parenthood via procreative tourism. *In*: SHENFIELD, F.; SUREAU, C. (Eds.). **Contemporary Ethical Dilemmas in Assisted Reproduction**. London: Informa Healthcare, 2006, p. 43–56.

PENNINGS, G. Legal harmonization and reproductive tourism in Europe. **Human Reproduction**, v. 19, n. 12, p. 2689–2694, 2004.

PETCHESKY, R. P. Direitos sexuais: um novo conceito na prática política internacional. *In*: BARBOSA, R. M.; PARKER, R. (Orgs.). **Sexualidades pelo avesso: direitos, identidades e poder**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1999, p. 15-38.

SANTIAGO, J. F. **Maternidade por substituição: a vulnerabilidade de mulheres e crianças frente à ausência de normatização**. 60 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/14727>. Acesso em: 05 fev.2020.

SOLNIT, R. **A mãe de todas as perguntas: reflexões sobre os novos feminismos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **Resolution 48/104**: Declaration on the elimination of violence against women. 20 Dec. 1993. Disponível em: <http://undocs.org/A/RES/48/104>. Acesso em: 02 dez. 2020.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **Resolution 27/3010**: International Women's Year. 18 Dec. 1972. Disponível em: [http://undocs.org/A/RES/3010\(XXVII\)](http://undocs.org/A/RES/3010(XXVII)). Acesso em: 02 dez. 2020.

VILLELA, W. V.; ARILHA, M. Sexualidade, gênero e direitos sexuais e reprodutivos. *In*: BERQUÓ, Elza. (Org). **Sexo & vida: Panorama da saúde reprodutiva no Brasil**. Campinas: Editora da UNICAMP, 2003, p. 95-150.

WHITTAKER, A. Cross-border assisted reproduction care in Asia: implications for access, equity and regulations. **Reproductive Health Matters**, v.19, n. 37, p. 107-116, 2011.

MOVIMENTOS SEPARATISTAS E A CONSTITUIÇÃO: "UMA ANÁLISE DO MOVIMENTO NO BRASIL, SOB O OLHAR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL"

Data de aceite: 04/07/2022

Genisson Moacir Santos Bezerra Junior

Discente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior Ilhéus, Bahia

George Andrade do Nascimento Jr

Docente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior Ilhéus, Bahia

Artigo apresentado à Faculdade de Ilhéus – CESUPI como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

RESUMO: Atualmente existem diversos movimentos separatistas no mundo, esses movimentos buscam independência de determinada região, seja por fatores de caráter econômico, político, étnico ou cultural. No Brasil estes movimentos vão surgindo ao decorrer do tempo, atualmente esses movimentos têm ganhado força devido à falta de representatividade política no país, cenário agravado após diversos escândalos de corrupção. Observando de um prisma onde os movimentos separatistas ao redor do mundo possuem um caráter histórico-cultural, é possível notar que, no Brasil, eles surgem a partir de um descontentamento de parte da população em regiões específicas do território Nacional, o que de um modo geral está ligado à política governamental do país. Diante deste contexto, a presente pesquisa traz

a análise sobre os movimentos separatistas em diversos Estados e Regiões do Brasil. Contudo, o estudo traz informações referentes ao dispositivo legal que visa à união indissolúvel dos Estados e Municípios e DF, sem o interesse em julgar o mérito da questão, mas tão somente apresentar uma visão constitucional acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal de 1988; Separatistas; Movimento o Sul é meu país; União Indissolúvel; Entes Federativos.

SEPARATIST MOVEMENTS AND THE CONSTITUTION: "AN ANALYSIS OF THE MOVEMENT IN BRAZIL, UNDER THE VIEW OF THE FEDERAL CONSTITUTION"

ABSTRACT: Currently there are several separatist movements in the world, these movements seek independence from a certain region, whether due to economic, political, ethnic or cultural factors. In Brazil these movements are emerging over time, currently these movements have gained strength due to the lack of political representation in the country, aggravated after several corruption scandals. Observing from a prism where the separatist movements around the world have a historical-cultural character, it is possible to notice that the separatist movements in Brazil arise from a discontent of part of this population in specific regions of the national territory, which most of them are linked to government policy in the country. In this context, the present research brings the analysis of the separatist movements in several States and Regions of Brazil, however, the study brings information regarding the legal device that aims at the indissoluble union of the States and Municipalities and DF, without the

interest in judging the merit of the issue, but only to present a constitutional view about it.

KEYWORDS: Federal Constitution of 1988; Separatists; Movement the South is my country; Indissoluble Union; Federative Entities.

1 | INTRODUÇÃO

Todos nos quatro cantos do Brasil, independente do estado, já devem ter ouvido falar dos Movimentos Separatistas. “O Sul é meu País” é o mais conhecido de todos estes movimentos e pretendia desmembrar os três estados do sul do Brasil e formar um novo país, independente e com economia própria.

Esse movimento inclusive realizou uma votação para consultar a população sobre o apoio à campanha pela emancipação dos três estados do sul do restante do Brasil. Consulta essa que foi realizada juntamente com as eleições municipais, atingindo 1 milhão de votos, com mais de 90% de aprovação, como informa o site Mega Jurídico:

O movimento O Sul é Meu País pretende realizou uma votação para consultar a população sobre o apoio à campanha pela emancipação dos três estados do sul do restante do Brasil. A consulta foi realizada no dia 2 outubro – data das eleições municipais e atingiu 1 milhão de votantes com mais de 90% de aprovação. (MEGA JURÍDICO, 2016)

Apesar de todo o “barulho” que este movimento fez e ainda está proporcionando, inclusive fazendo com que outros movimentos venham a surgir nos demais Estados, partindo de um ponto de vista jurídico, o pleito é inviável, pois, independentemente dos argumentos, uma divisão do país seria inconstitucional, uma vez que a Constituição Federal é rápida e define logo em seu primeiro artigo que a República Federativa do Brasil é “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”. Sendo esse tema uma cláusula pétrea, só poderia ter modificações com uma nova Constituição.

Com efeito, a Constituição coloca a forma federativa de estado como cláusula pétrea, que não pode ser superada nem mesmo através de consulta popular, Desta forma, qual a égide dos movimentos separatistas “O sul é meu país” e “O Nordeste é meu país” e quais instrumentos jurídicos podem ser utilizados para repelir tais iniciativas?

Uma vez que o presente artigo não objetiva julgar o mérito da questão, mas sim apresentar uma visão constitucional acerca da mesma, independente das razões que idealizam tal movimento separatista, sejam elas a partir de um contexto histórico, de ordem econômica, social ou política, interessa apenas verificar como se dá tal proposta no âmbito da Constituição Federal.

Com o objetivo específico em analisar de que modo o Estado deve atuar para conduzir o tal movimento, para evitar os impactos dele decorrentes, impõe-se observar quais ferramentas a Constituição Federal dispõe para que esse movimento ocorra, sem que seja inconstitucional, e buscar a compreensão quanto ao plebiscito e o seu uso político.

Por fim, a metodologia que guiará este trabalho, parte da interpretação e leitura de

artigos científicos, sendo desenvolvido a partir de revisão bibliográfica, buscando atingir a maior veracidade e trazendo por meios técnicos a compreensão e conhecimento para o entendimento do tema.

A presente pesquisa monográfica tem como análise os conteúdos já existentes sobre o assunto, gerando assim uma compreensão mais adequada no contexto do direito constitucional, envolvendo uma perspectiva jurídica para tal movimento.

Assim, é importante analisar também o separatismo das colônias, cujo princípio da autodeterminação desses povos foi inserido no Pacto da Liga das Nações, organização internacional que antecedeu a ONU, bem como a Carta Das Nações Unidas. No que compete à ONU, esse princípio está incluso no artigo 1º da Carta, sendo essa similar a Constituição Federal, pois que tem a função de reger as ações e valores da referida organização.

A fim de alcançar os objetivos propostos, este trabalho está desenvolvido em três tópicos, sendo que o primeiro tópico aborda conceitos iniciais, fundamentais para o entendimento da temática como: Formas de Estado, diferença entre Estado e nação, e nacionalismo. O segundo tópico aborda os seguintes temas: Movimento “o Sul é o meu país”, a divisão do Estado do Pará, outros movimentos separatistas, sendo apresentado o seu contexto histórico-cultural, na busca pela independência nos respectivos movimentos. O terceiro tópico, por sua vez, destaca a resposta constitucional aos movimentos separatistas, passando pelo princípio da unidade Nacional. Por fim, as considerações finais apresentam uma síntese das informações depreendidas acerca do tema trabalhado.

2 | CONCEITOS INICIAIS

Para melhor compreensão do tema a ser explanado, faz-se necessário conceituar alguns institutos jurídicos que estão correlacionados ao estudo em questão.

2.1 O Estado

O termo Estado é alusivo a um ordenamento jurídico destinado a exercer o poder soberano sobre um dado território, ao qual estão necessariamente subordinados os sujeitos a ele pertencentes, partindo desse ponto, existem três elementos que vão definir o Estado, eles são: povo, território e soberania. Estes princípios constitutivos dão face a essa instituição. O povo por sua vez, representa o limite de validade pessoal do direito do Estado. O território é o limite terrestre onde predomina seu direito, desenvolvendo o controle de uma população e a imposição de autoridade, oferecendo ao governo, uma competência aos meios de se definirem, com critérios culturais e particularistas, as condições para governar a população, ou seja, o lugar onde o poder centralizado exerce autoridade. Por fim, a soberania, trata-se de um poder que cria e aplica o direito, bem como as suas respectivas normas para um povo, em um determinado território. Dessa forma, a soberania, exerce

o direito de agir em nome dos outros e pelos outros, indicando a capacidade de operar e de exprimir o domínio econômico e político, dando face ao Estado, partindo desses três componentes.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho, afirma que:

O conceito de Estado é assumido como uma forma histórica de um ordenamento jurídico geral cujas características ou elementos constitutivos eram os seguintes: territorialidade, isto é, a existência de um território concebido como espaço da soberania estadual, população, ou seja, a existência de um povo ou comunidade historicamente definida. (CANOTILHO, 1999 a, 1999 b).

2.2 O Federalismo

O Federalismo é uma forma de organização do Estado em que existe um governo que exerce funções de Estado centralizador. Mas, ao mesmo tempo em que existe um poder central, há a divisão de poder entre as unidades que o formam.

Estas unidades, quando são unidas e regulamentadas por uma Constituição Federal em comum, formam um Estado Federal.

No Federalismo, a divisão de poder acontece através da delegação, isto é, o poder político central é compartilhado por cada uma das unidades federativas.

Quanto ao regime político do Estado Federal, é importante ressaltar que existe uma diferença entre o regime autoritário e o federalismo, pois o regime autoritário não respeita a pluralidade de interesses, uma vez que, esse regime é marcado pela coerção, ou seja, o seu posicionamento tem como consequência esmagar os conflitos sociais, com alto grau de centralização do poder. Por outro lado, o surgimento pactos federais, é uma resposta democrática à esses conflitos, pois, os seus mecanismos institucionais habilitam um debate entre diversos grupos de interesses segundo um regime democrático.

Nesse sentido Soares afirma que:

A federação é, portanto, a negação, no nível das relações territoriais de poder, do autoritarismo. É difícil imaginar, e a história ratifica isto, que um regime autoritário possa conviver com este desvio democrático. Assim, todo regime político autoritário redundava numa estrutura unitária de organização do Estado, visto que estes regimes se caracterizam por um alto grau de centralização do poder, que envolve também a dimensão territorial. O que estamos defendendo é que a natureza do regime autoritário é incompatível com o sistema federal. (SOARES, 1997, p.40)

2.3 O Federalismo no Brasil

No país, o sistema federalista foi adotado a partir de 1889, ano em que aconteceu a Proclamação da República. A adoção da forma de Estado federativa aconteceu pela intenção do governo central em dar uma resposta aos anseios das elites regionais brasileiras, que, naquela época, se sentiam insatisfeitas com o modelo de monarquia vigente até então.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o modelo federalista foi fortalecido no país, já que a Constituição estabeleceu os pontos de autonomia dos Estados-membros.

Quando o sistema foi adotado, utilizou-se como base o modelo de estrutura institucional usado pelos Estados Unidos.

Neste modelo existe um governo central, que concentra a soberania. Existem também as unidades da federação (estados), que possuem estruturas administrativas próprias, como os Três Poderes (Executivo Legislativo e Judiciário). Os Poderes são independentes entre si, ou seja, possuem autonomia e desempenham funções específicas.

Na prática, essa forma de organização significa que existem diferentes polos de administração que são divididos dentro de um país. O poder é distribuído entre os territórios que formam o Estado. No caso do Brasil, o poder é dividido entre a administração dos governos federal, estadual e municipal.

A Constituição de 1988 estabelece em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal

Dessa forma, surgiram os níveis de poder político público e de Administração, todos dotados de estrutura e atividade administrativa, próprias e independentes entre si, trazendo as seguintes definições a respeito dos entes políticos

A União, ente político que corresponde a Administração Federal, organização administrativa. A União e a Administração Federal são encabeçadas pelo Presidente da República, Chefe do Executivo, que é, ao mesmo tempo, autoridade política e autoridade administrativa.

O Estado da Federação, ente político que corresponde a Administração Estadual, organização administrativa. O estado-membro e a Administração Estadual são encabeçadas pelo Governador do Estado, Chefe do Executivo, que é, ao mesmo tempo, autoridade política e autoridade administrativa.

O Distrito Federal, ente político, dotado de uma organização administrativa própria, a Administração do Distrito Federal. O Distrito Federal e sua Administração são encabeçadas pelo Governador do Distrito Federal, ao mesmo tempo autoridade política e administrativa.

Em cada Município, ente político, tem uma estrutura administrativa própria, por menor que seja, a Administração municipal. O Prefeito, Chefe do Executivo, comanda a estrutura administrativa e fixa as diretrizes políticas.

2.4 Nação e Nacionalismo

Nação, no sentido político moderno, é a comunidade de indivíduos vinculados social e economicamente, que convivem em determinado território, reconhecendo a existência de um passado comum, ainda que esses indivíduos venham a divergir acerca de aspectos desse passado, com uma visão de futuro em comum, mantendo-se unidos, e não separados, ainda que alguns aspirem modificar a organização social da nação e seu sistema político,

o Estado.

Nacionalismo é o território onde determinado indivíduo constitui sua personalidade, seguido de um sentimento de se considerar pertencente, sua respectiva Nação, ou seja, o desejo de afirmação e de independência política diante de um Estado estrangeiro, produzindo resultados politicamente ambíguos.

Dessa forma, o Estado-nação e o nacionalismo propiciaram a base para a estruturação da cidadania moderna, baseada no princípio de igualdade cívica, e foi a partir dela que os ideais de direitos humanos se originaram.

Como cita o doutrinador Hobsbawm:

O nacionalismo antecedia as nações, e não o inverso. Ele não necessitava apoiar-se numa língua, religião ou percurso histórico comum. Muitas vezes só o estabelecimento do Estado criava culturalmente a nação de que este afirmava ser o fruto. (Hobsbawm, 2005)

Os movimentos nacionalistas significativos do ponto de vista político, cujas manifestações históricas mais simples decorrem de identidade étnica, linguística ou de pertencimento, no passado, a uma organização política, têm como seu principal objetivo o estabelecimento de um Estado ou a modificação das políticas do Estado para defender ou privilegiar interesses dos que integram certo movimento.

3 | A HISTÓRIA DOS MOVIMENTOS SEPARATISTAS NO BRASIL

Levando em conta, a importância das interpretações, sobre diferentes movimentos revoltosos ocorridos no Brasil. Um exemplo é a Revolução Constitucionalista de 1932, para alguns especialistas, o movimento pretendia separar o estado de São Paulo do restante do país. Outros defendem que ele foi, essencialmente, uma revolta em defesa da Constituição, desrespeitada durante a ditadura de Getúlio Vargas.

Em 1833, os regentes que governavam o país nomearam o novo presidente da província do Pará, Lobo de Souza, contra as elites locais. O nome foi inspirado nos cabanos, que eram pessoas que moravam em casas de palha. As elites aproveitaram a insatisfação popular com as precárias condições de vida e atizaram a rebelião para diminuir a influência do Império. O levante, que também atingiu a região do Amapá, acabou sufocado por divergências internas e pela intensa repressão.

Confederação do Equador Deflagrada em Província de Pernambuco, imposta em 1824 por d. Pedro I, limitava a autonomia das províncias. Insatisfeitas com o governo central, lideranças locais principalmente padres, fazendeiros e comerciantes organizaram levantes para isolar o estado, propondo formar a chamada Confederação do Equador, porque Pernambuco ficava próximo à linha do Equador. A rebelião se espalhou por outros estados do Nordeste Sergipe, Alagoas, Paraíba, Rio Grande do Norte e Ceará, mas foi derrotada pelo Império. Seu principal líder, frei Caneca, foi fuzilado em 1825.

Guerra dos Farrapos Deflagrada em: Província de São Pedro do Rio Grande do Sul

Quando: 1835 a 1845 Estopins: Em 1834, os regentes aprovaram um novo aumento de impostos para os gaúchos. Os revoltosos (conhecidos como “farrapos” por causa de seus trajes precários) derrubaram o presidente da província e proclamaram a independência, parte de Santa Catarina, proclamando a República Juliana (ela foi fundada em julho, daí o nome). As duas Repúblicas eram confederadas, ou seja, soberanas e independentes entre si, porém parceiras. Em 1845, o governo central retomou a região.

Como cita o historiador Antônio Celso Ferreira, da UNESP, acerca desses movimentos históricos citados, em entrevista a revista super interessante:

Como não há consenso sobre o caráter desse movimento, decidimos desconsiderá-lo da nossa lista. Também deixamos de fora todas as tretas ocorridas antes da Independência do Brasil. É só a partir da autonomia política conquistada em 1822 que se pode falar de movimentos de separação de províncias ou estados. (ANTÔNIO CELSO FERREIRA, 2011)

3.1 Movimento “o sul é o meu país”

O Sul É o Meu País é um movimento da Região Sul do Brasil que estuda a viabilidade da separação dos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul do restante da federação. Fundado em 1992, no município de Laguna, pelo historiador e político brasileiro Adílcio Cadorin, tem sede na cidade de Pomerode e comissões em diversos municípios do sul. Objetiva avaliar as possibilidades de emancipação política e administrativa desses estados.

O grupo cita o conceito de autodeterminação dos povos como motivação para a autonomia da região. Outros motivos citados por organizadores do movimento incluem fatores culturais, políticos, e econômicos, entre eles uma insatisfação com a carga tributária que recai sobre os estados. Partindo desse prisma, existem duas visões a cerca do assunto.

De acordo com o historiador Gilmar Arruda, entrevista com Carlos Alberto, Beto Sul, canal olho vivo can: (ARRUDA, 2018) “Supostas diferenças regionais e culturais nas quais o movimento seria baseado não apresentam distinção significativa do restante do país”.

Por outro lado, temos a visão do cientista social Fernando Schuler, entrevista com Carlos Alberto, Beto Sul, canal olho vivo can: (SCHULER, 2018) “Existem enormes diferenças culturais entre a região sul e a região tropical do Brasil, e as pautas do movimento são válidas, apesar de inviáveis”.

Desde 2016, o movimento realiza uma consulta popular informal, sem valor legal, denominada Plebisul, isso porque o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (TRE-SC) se mostrou contrário à manifestação, pois, além de não ter sido comunicado sobre a consulta à população, a forma proposta poderia atrapalhar o processo formal, visto que ocorreria paralelo às eleições Presidências. Diante da decisão, o movimento teve de mudar o dia da votação, de domingo para o sábado, e não pode mais usar do termo “plebiscito”.

No referido plebiscito, denominado de “plebisul”, 617 mil pessoas votaram, sem

validade legal, e o resultado obteve 95% dos votos a favor da separação, sendo que eram esperadas aproximadamente 3 (três) mil urnas, mas somente metade acabou instalada.

De acordo com o site de notícias G1:

O sim obteve a maioria dos votos na consulta popular informal sobre a separação dos três estados da Região Sul do restante do Brasil. A votação, organizada pelo movimento O Sul é meu País, aconteceu no último sábado dia 1º, entre 8h e 20h, na véspera das eleições municipais. O resultado da apuração foi divulgado na noite de terça-feira, pela Comissão Central Organizadora. De acordo com a organização, foram 616.917 votantes em mais de 500 municípios dos três estados. Foi abaixo da meta estipulada pelos coordenadores, que era de coletar em torno de 1 milhão de votos, ou seja, 5% dos eleitores dos três estados (GLOBO, 2018)

Para docentes da área do direito, uma eventual separação seria contra a atual constituição brasileira, apesar das consultas populares não serem ilegais. Nesse sentido, observa-se esta reportagem feita pelo site globo.com, em que se indica que apesar do 'sim' ter sido maioria a adesão à proposta foi menor que em anos anteriores, destacando também a ausência de valor legal à pretensão.

De acordo com o site; g1. Globo:

Foram computados um total de 341.566 votos (85,82% das urnas) até a manhã desta segunda-feira (9), sendo que 96,13% (328.346) optaram pelo "sim", e 3,87% (13.220) pelo "não", conforme divulgado pelo movimento.

Apesar do resultado positivo pela separação, o total de votos computados até então foi menor que o registrado em anos anteriores, quando o número de participantes passou de 600 mil pessoas. Em número total de eleitores aptos a votar, os três estados 21,2 milhões de pessoas, conforme dados de agosto do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). São 5 milhões em Santa Catarina, 7,9 milhões no Paraná, e 8,3 milhões do Rio Grande do Sul.

A votação tinha caráter simbólico, ou seja, não tem valor legal. No entanto, os participantes eram convidados a assinar uma proposta que seria levada ao Congresso para que o assunto fosse discutido.

Conforme os organizadores, a condição mínima para votar era ser maior de 16 anos. Até mesmo o voto em trânsito era permitido. A expectativa era de colher os votos de 2 a 3 milhões de pessoas. (GLOBO, 2018)

Diante do evidente descontentamento do povo sulista, em fazer parte da República Federativa do Brasil, os separatistas pretendem encaminhar ao Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal (STF) e à Presidência da República, uma documentação forçando o poder central a repensar a sua posição em relação aos Estados do Sul, alertando assim sobre tal insatisfação.

Em entrevista ao site de notícias GZH política, o jornalista Celso Deucher, coordenador geral do plebiscito, afirma que:

Se o resultado for sim, vamos forçar o poder central a repensar a sua posição em relação aos Estados do Sul. Queremos alertar Brasília que, se não atenderem às nossas reivindicações, vamos pensar seriamente em

separar o Sul de uma vez por todas. Obviamente, que daí surge os entraves constitucionais que teremos de ultrapassar. Mas que é atitude palpável, não é utopia, temos comprovado – comenta o jornalista Celso Deucher, coordenador geral do plebiscito informal. (DEUCHER, 2018)

3.2 A divisão do Estado do Pará

O movimento separatista que ocorre no Estado do Pará, não é uma opinião unânime, pois existem, os defensores da divisão do estado do Pará, que fundamentam esse pensamento, em divisões estaduais já realizadas no país, com evidencia para o estado de Goiás, onde o norte foi dividido para o surgimento do estado do Tocantins em 1988, essa tomada de decisão, proporcionou mais investimentos e uma melhoria de vida parcial, nas condições locais. Outro ponto a se destacar, são as justificativas a favor da divisão, declaram que o estado é bastante venerável, e que necessitaria ser dividido para uma administração pública mais eficaz, com um aumento significativo no repasse das verbas federais para as áreas com índices, mais baixos no Estado do Pará, constituída, pelos novos estados.

De outro modo, existem os que se opõe a divisão do estado do Pará, justificando que a divisão beneficiaria especificamente os grupos políticos das recém criadas regiões, em virtude do surgimento de novos cargos, porem, não haveria compensação, com relação aos benefícios para o povo. Outro questionamento pertinente seria a redução das riquezas do estado do Pará, que teria como conseqüência, a sua área territorial gradativamente reduzida, mas ainda com a maior parte da população e dos gastos públicos. Os investimentos, partindo desse prisma, pode-se considerar insuficientes diante das demandas imprescindíveis.

A única unanimidade entre a população é o desejo que as diferentes áreas do estado do Pará possam apresentar, independente da divisão territorial. É necessário assegurar também, a proteção dos recursos naturais e das áreas indígenas, o uso sustentável dos recursos, a distribuição de renda e o encerraria os conflitos por terra, um empecilho costumeiro nessa e em outras áreas do Brasil.

O plebiscito sobre a divisão do estado do Pará foi uma consulta pública, realizada em 11 de dezembro de 2011, que abordava à divisão territorial do referido ente federativo, em outros três diferentes territórios: seria mantido o Pará, porem, surgiriam, dois novos estados, Carajás e Tapajós, no ensejo, apresentou-se repulsa por uma parcela considerável da população no tocante a proposta, declarando não ser favorável a criação de ambos os estados.

Dessa forma, o plebiscito teve uma especificidade, que abrange dois questionamentos: a primeira seria acerca do surgimento ou não do estado de Carajás e o segundo questionamento, seria sobre o estado de Tapajós. Partindo de uma hipótese, onde apenas uma das duas divisões tivesse aprovação popular, a Assembléia Legislativa

do Pará teria que elaborar um parecer referente ao assunto, que por sua vez, só seria colocado em pauta e votado pelo Congresso posteriormente.

O resultado do plebiscito sobre a divisão do estado do Pará ficou, então, com os seguintes números, segundo a página Brasil escola:

Você é a favor da divisão do estado do Pará para a criação do estado de Carajás?

Sim: 33,40 % dos votos válidos – 1.185.546 votos

Não: 66,60 % dos votos válidos – 2.363.561 votos

Você é a favor da divisão do estado do Pará para a criação do estado de Tapajós?

Sim: 33,92% dos votos válidos – 1.203.574 votos

Não: 66,08% dos votos válidos – 2.344.654 votos. (BRASIL ESCOLA, 2018)

Todavia, ainda que a proposta de surgimento dos dois novos estados no Pará tenha sido recusada pelo povo, a discussão não cessa, pois, existem outras propostas por parte de políticos, intelectuais e pela própria população que abrange a mesma divisão anteriormente proposta e recusada, quantas outras proposições, uma dessas hipóteses dividiria o estado ao meio, surgindo assim duas unidades federativas, mas não existe consenso sobre essa questão.

3.3 Movimento “O Nordeste é o meu País”

O Movimento Nordeste, tem como objetivo a autodeterminação de uma área da região nordestina. Para o grupo, o Brasil contemporâneo sempre adotou políticas com o intuito de proteção às empresas do Sudeste, o que prejudicou o consumo do povo nordestino. Um dos livros que alicerçam as ideias da entidade separatista é “Nordeste Independente”, de autoria de Ribemboim.

De acordo com Jacques Ribemboim, autor do livro “Nordeste Independente”:

A independência da Região promoveria um desenvolvimento melhor e mais rápido dos Estados. Para ele, dados do IBGE não são computados no PIB estadual e regional de maneira real. “A sensação de que estamos crescendo mais do que a média, vivida há alguns anos, não é verdade. Esse crescimento levemente mais alto nos custaria mais de uma centena de anos para que nos equiparássemos ao Sudeste. O PIB médio do nordestino é em torno de um 1/3 do PIB médio paulista. Isso é inadmissível dentro de um mesmo País, justificou. (RIBEMBOIM, 2002)

Nesta obra, são apresentados os motivos da ideia de separatismo no Nordeste, que englobam a vontade natural de separatismo na história de diversas nações, a autodeterminação do povo nordestino e o favorecimento econômico e político e concentração de renda nas regiões Sul e Sudeste do Brasil, entre outras questões.

A proposta, apesar de pregar a união e independência de territórios nordestinos, exclui os Estados do Maranhão e da Bahia de seus planos. Segundo o movimento, esta

exclusão ocorre devido a diferenças culturais entre estas regiões e o restante do Nordeste, além destas áreas possuir desafios regionais a serem resolvidos.

De acordo com a proposta apresentada, a união das áreas formaria um novo país, dividido entre os seguintes Estados: Rio Grande (que deixaria de ser Rio Grande do Norte), Paraíba, Pernambuco, Petrolina (com desmembramento da região oeste de Pernambuco), Alagoas, Sergipe, Ceará, Cariri (separada do sul do Ceará), Piauí, Picos (porção centro-sul do Piauí), Gurgueia (porção sudoeste do Piauí) e Fernando de Noronha.

Esta nova nação seria chamada de República do Nordeste, mas há outros nomes que possivelmente poderiam batizar a união de tais territórios como: Confederação do Novo Equador, Estados Unidos do Nordeste sul-americano, Pindorama, Zumbi, Frei Caneca ou República do Mandacaru.

4 | RESPOSTA CONSTITUCIONAL AOS MOVIMENTOS SEPARATISTAS

No contexto brasileiro não há registros de atividades com força suficiente para desmembramento de partes do território nacional. Em geral, o que se tem em solo pátrio são movimentos não violentos que se manifestam, comumente, através da identificação de elementos éticos, embora, alguns grupos tenham apresentado ao longo dos últimos anos, representações argumentativas mais afirmativas. Em resumo, não passam de bravatas.

De sorte que em termos legais a República Federativa do Brasil trata dessa questão da separação como sendo absolutamente vedada. Conforme ensinamento de Pedro Lenza, esta tratando de uma das características de composição do federalismo brasileiro, temos então:

Preceitua o artigo 1º, caput, da Constituição Federal de 1988 que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, sendo que o caput do seu artigo 18 complementa, estabelecendo que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (LENZA, 2016)

O citado autor, Pedro Lenza, também observa que temos na Constituição Federal a inexistência do direito de secessão, sendo certo que a forma federativa de Estado não pode ser objeto de deliberação de proposta de emenda tendente a aboli-la.

Inexistência do direito de secessão: não se permite uma vez criado o pacto federativo, o direito de separação, de retirada. Tanto é que, só a título de exemplo, no Brasil, a CF/88 estabeleceu em seu art. 34, I, que a tentativa de retirada ensejará a decretação da intervenção federal no Estado rebelante. Eis o princípio da indissolubilidade do vínculo federativo, lembrando, inclusive, que a forma federativa de Estado é um dos limites materiais ao poder de emenda, na medida em que, de acordo com o art. 60, § 4.º, I, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado. (LENZA, 2016)

A Constituição Federal é rápida e define logo em seu primeiro artigo que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. E no artigo 60, que determina quais questões não podem ser alteradas por meio de emenda, a primeira delas é a forma federativa de Estado. Ou seja, o tema é cláusula pétrea, o que significa que só poderia ter modificações com uma nova Constituição. Senão, veja-se:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I -a soberania;

II -a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV -os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V -o pluralismo político. (BRASIL, 1988)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Art. 60º A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I -a forma federativa de Estado;

II -o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV -os direitos e garantias individuais.(BRASIL, 1988)

A Constituição coloca a forma federativa de estado como cláusula pétrea. Essa cláusula não pode ser superada nem mesmo através de consulta popular.

Desta forma, para que o movimento separatista pudesse ser deferido e acolhido pelo texto constitucional, necessário seria uma nova constituição que tivesse previsão legal de separação dos estados membros.

Essa mudança teria que ser ou com uma constituinte ou com uma revolução jurídica, que permitisse mudar a constituição contra a constituição.

Em um caso extremo, se o movimento em análise decretasse a independência à revelia das instituições brasileiras, o Estado brasileiro poderia fazer uma intervenção federal, prevista no artigo 34 da Constituição, que define que a União pode intervir para manter a integridade nacional.

Apesar de toda essa discussão e da inviabilidade legal da reivindicação do movimento, não há impedimento de que eles defendam sua bandeira. Não há punição, mas não vai passar pelo Congresso Nacional se não for através de um novo texto constitucional.

No tocante a divisão do Estado do Pará, trata-se de um caso diferente do citado

anteriormente, pois, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, esse desmembramento só seria possível, mediante a um plebiscito, envolvendo não somente o território interessado deveria envolver todo Estado do Pará.

O Plenário do STF (Supremo Tribunal Federal) decidiu, nesta quarta-feira (24/08), por unanimidade, que o plebiscito para o desmembramento de um estado da federação deve envolver não somente a população do território a ser desmembrado, mas a de todo o estado. (ADI 2650, 2011)

A Constituição Federal de 1988, no Art. 18, § 3º, traz no seu dispositivo, o entendimento acerca da incorporação, subdivisão, e desmembramento dos Estados, quanto às possibilidades para que esse evento ocorra.

Art. 18º da CF. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, devemos entender os três elementos citados no dispositivo constitucional, onde, Incorporação é representa a união geográfica e populacional de dois ou mais Estados já existentes. Nesse procedimento, os Estados envolvidos perdem a sua capacidade jurídica, ganhando uma nova com a formação do novo Estado-membro. Neste caso há aumento populacional e geográfico. A subdivisão ocorrera quando houver a criação de dois ou mais Estados-membros através de um Estado já existente. O Estado de origem perderá sua autonomia e capacidade jurídica, pois deixará de existir em razão da criação de dois ou mais novos. Nesse caso, como acontecerá uma divisão, haverá uma diminuição geográfica e populacional. Já o desmembramento de um Estado já existente cede parte de seu território para formação de um novo Estado ou para crescer outro Estado, também já existente. São duas, então, as hipóteses cabíveis para esse processo. O Estado de origem não perde sua capacidade jurídica em nenhum dos casos, perde apenas em termos de população e espaço geográfico. Assim, como não há perda da capacidade jurídica para a hipótese de anexação, somente há um acréscimo populacional e de espaço geográfico. Exemplo de desmembramento para formação de um novo Estado.

4.1 Princípio da unidade da Constituição

Por meio desse princípio entende-se que a Constituição deve ser interpretada como sendo um sistema unitário de normas, ou seja, de regras e princípios, sem que haja qualquer hierarquia entre as normas constitucionais, uma vez que todas derivam da mesma fonte.

O princípio da unidade da Constituição tem como objetivo evitar conflitos entre suas próprias normas, pois, entende-se que a Constituição deve ser interpretada como sendo

um sistema unitário de normas, ou seja, de regras e princípios, sem que haja qualquer superioridade entre elas.

Observe-se que, no mesmo sentido da doutrina, segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade.

A principal utilização desse princípio é definir a inexistência de hierarquia entre normas constitucionais, “uma vez que todas decorrem da mesma fonte e têm o mesmo fundamento de validade: o poder constituinte originário (CUNHA JÚNIOR, 2012).

4.2 O plebiscito e seu uso político

A gênese do plebiscito, ainda na antiga Roma, que tinha como finalidade colocar em votação o desejo da população, no tocante aos assuntos de ordem constitucional. É uma comiseração da população ou, mais precisamente, da plebe convocada pelo tribuno, onde a utilização que dele é feita corriqueiramente para direcionar as votações, passada a Revolução Francesa e a difusão das ideologias com fundamentação na soberania do povo, que aconteceram na Europa e pontualmente na Itália, acerca dos assuntos de ordem constitucional. Compatível a esse instrumento que pondera a vontade do povo é o referendo, especialistas do assunto não alcançaram uma distinção perceptível entre ambas, já que são sinônimos alguns estudiosos alegam quanto ao Plebiscito, a possibilidade de ser um dispositivo aplicado sem que tenha algum amparo constitucional, assim, pode-se decretar acerca de algo, que não permaneça na pauta governamental, dessa forma, é possível medir de certa forma o rogo popular, como destaca Gládio Gema:

Neste contexto, poderão encontrar não uma ratificação, como vimos, mas uma explicação, certas definições apresentadas, porquanto se pode considerar que, dada a sua normal excepcionalidade, se usa mais frequentemente o termo Plebiscito para indicar pronunciamentos populares não precedidos por atos estatais, máxime sobre fatos ou eventos não atos normativos que, por sua natureza excepcional, não contam com uma disciplina constitucional (GEMA, 1998).

Dessa forma, segundo Gema:

O plebiscito é, pois, uma votação popular sobre assuntos de relevância constitucional, sendo, por isso, um instrumento de democracia direta, se bem que, como todos os dispositivos deste tipo, possa ser instrumentalmente usado por correntes autoritárias ou totalitárias para legitimar o seu poder autocrático. (GEMA, 1998).

Além disso, referendo e plebiscitos estão previstos na Constituição Nacional, no Artigo 14, inseridos no capítulo referente aos Direitos Políticos como mecanismos do execução de soberania popular. § 1o O plebiscito é convocado com anterioridade a ato

legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. § 2o O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

No Brasil existem consultas populares estimulam a população, Aldo Fornazieri, diretor Acadêmico da FESPSP recorda que:

Em 1963 um plebiscito realizado para saber que sistema de governo o país adotaria naquele período, sendo colocado em pauta o presidencialismo ou parlamentarismo, assim sendo, o povo optou pelo presidencialismo. Já que em 1961 o país havia adotado o parlamentarismo para restringir os poderes de João Goulart, por pressão dos militares. Em 1993 um novo plebiscito sobre o sistema de governo, que por determinação da Assembleia Nacional Constituinte decidiu colocar esse assunto em votação através de uma consulta popular, e novamente o povo decidiu manter o presidencialismo. Já em 2005, foi realizado um referendo sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições sob a lei outorgada em 2003. Na votação, a maioria do povo optou pelo Não, implicando na revogação da lei estabelecida. (FORNAZIERI, 2013)

5 | CONCLUSÃO

O artigo teve como objetivo obter o assunto abordado da melhor forma possível. Verifica-se que o tema abordado tem diversas discussões, mas espera-se que os meios aqui utilizados tenham sido os mais adequados para abordar todas as explanações necessárias.

Assim, observando o que foi abordado ao longo do presente artigo, tem-se que a Constituição Federal, conjunto base de leis, normas e regras, que rege o país ou, e regula, organiza, todas as possíveis atuações do Estado perante sua população, interna e externamente, tem o seu posicionamento, de forma clara e objetiva, expressa em seus dispositivos, no tocante aos movimentos separatistas em todo território Nacional.

É nítido que ocorreram alguns avanços em relação a esse fato, fazendo uma gênese do Brasil colônia, até o presente, bem como se for feito um comparativo de legislações passadas.

Assim, acredita-se que a constitucionalidade, bem como a inconstitucionalidade dos movimentos separatistas no Brasil, dependerá da proporção, respectivamente, desse movimento, se esse seria um desmembramento, incorporação, ou subdivisão dos Estados e municípios, bem como, se essa estaria tratando de uma dissolução dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, observa-se que foi explanado neste artigo acerca dos movimentos separatistas, sob o olhar constitucional, esclarece pontos negativos e positivos na temática abordada, e por fim mostrando constitucionalidade, ou inconstitucionalidade da matéria.

Desse modo, diante de tudo apresentado, pode-se concluir que os movimentos separatistas, envolvem muito mais que uma questão de ordem política, ou de ordem

econômica, envolve uma questão cultural, que motivam esses movimentos.

Por fim, as informações apresentadas servem para direcionar de que forma a Constituição Federal, é soberana, em todo o território Brasileiro. Mostra a importância dos princípios constitucionais, que estão inseridos na constituição de 1988, assim ressalta a sua importância para que se mantenha a ordem no território Nacional.

Busquei analisar o movimento separatista por dentro, suas articulações, mecanismos políticos mobilizados, motivações separatistas, a fim de saber como se dará a entrada do movimento na agenda política. A falta de representantes na esfera política, sua fraca rede de relações e baixa adesão da população sulista e nos demais Estados brasileiros, onde ocorrem outros movimentos, são os principais entraves da empreitada separatista por essas vias, nesse debate constitucional.

Por fim, as possíveis pesquisas sobre essa temática poderão se deparar com uma possível bancada separatista no congresso nacional, e a presente monografia poderá auxiliar a entender como esse percurso se consolidou.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente ao meu pai Genisson Moacir Santos Bezerra, “In Memoriam”, que já se foi, mas que se faz presente todos os dias da minha vida, pois sempre será um grande exemplo para mim, e minha mãe Crispina Santana Bezerra que sempre me apoiou nessa jornada.

Dedico este trabalho a minhas irmãs, Rafaela Santana Bezerra e Ana Claudia Santos Bezerra, mulheres guerreiras, e que foram grandes inspirações para mim.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a minha família, em especial ao meu pai e minha mãe, que sempre me apoiaram e incentivaram.

Aos amigos fora da Universidade, que souberam entender e me apoiar nos meus momentos.

Aos meus colegas da faculdade que sempre me apoiaram em especial a Gustavo Medrado, Josemar Nascimento, Alexander Oliveira, Cândido Rodrigues.

Ao meu orientador Prof.º George Andrade do Nascimento Júnior, por ter aceito me orientar nesse projeto, e aos membros da banca,

Aos demais professores da FMT que conheci e sempre contribuíram para a minha formação.

A Faculdade de Ilhéus, pela oportunidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de **Competências na Constituição de 1988**, 4. ed. São Paulo, Atlas, 2007.

BARBOSA, Antonio José. **O federalismo brasileiro**; Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/jovensenador/home/arquivos/textos-consultoria/o-federalismo-brasileiro>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 14

ELY, Débora. **Movimento separatista realiza consulta popular sem validade sobre independência do sul do país**. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/09/movimento-separatista-realiza-consulta-popular-sem-validade-sobre-independencia-do-sul-do-pais-7623073.html>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. Ed. São Paulo: Saraiva 2009.

HORTA, Juliana Campos. **Autonomia do Estado no direito constitucional brasileiro**. Direito constitucional. 5. ed., atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

NAVARRO, Roberto. **Quais estados brasileiros já tentaram ser independentes**; Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/quais-estados-brasileiros-ja-tentaram-ser-independentes>. Acesso em: 28 de maio de 2022.

PENA, Rodolfo F. Alves. **“O plebiscito sobre a divisão do estado do Pará”**; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/brasil/divisao-estado-para.htm>. Acesso em 01 de junho de 2022.

REIS, Manuelito. **O Separatismo e a Constituição Federal**; Disponível em: <https://msrejsr.jusbrasil.com.br/artigos/508888324/o-separatismo-e-a-constituicao-federal>. Acesso em: 28 de maio de 2022.

SIMAS, Carlos. Movimento Separatista **“O Sul é meu País” é Constitucional ou Inconstitucional**. Disponível em: <https://www.megajuridico.com/movimento-separatista-o-sul-e-meu-pais-e-constitucional-ou-inconstitucional-entenda/> Acesso em: 20 de maio de 2022.

SOARES, M. M. **Federalismo e recursos públicos no Brasil**: as transferências voluntárias da União aos Estados e Municípios. 2008. Projeto de Pesquisa apresentado e aprovado.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. 2ª Edição.

SOARES, M. M. **Teoria do sistema federal: heterogeneidades territoriais, democracia e instituições políticas**. 1997. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

Supremo Tribunal Federal STF - **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**: ADI 2650 DF

CAPÍTULO 15

O PROGRAMA CRIANÇA FELIZ COMO INSTRUMENTO DE CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA NO MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA-PA

Data de aceite: 04/07/2022

Fabíola de Sousa Freitas

Faculdade de Colinas do Tocantins
Curso de Direito
Colinas do Tocantins-TO

Josilene Felismina de Souza e Silva Campos

Faculdade de Colinas do Tocantins
Curso de Direito
Colinas do Tocantins-TO

Demilzete Maria da Silva

Faculdade de Colinas do Tocantins
Curso de Direito
Colinas do Tocantins-TO

Este Projeto de Pesquisa será apresentado à disciplina de Metodologia Científica para TCC II. da Faculdade de Colinas do Tocantins- FACT/UNIESP exigido como parte dos requisitos para conclusão do Curso Bacharel em Direito sob a orientação da Professora Especialista. Demilzete Maria da Silva.

RESUMO: Este artigo vem analisar os elementos proteção social e atenção básica voltada à primeira infância presentes no Programa Criança Feliz no município de Conceição do Araguaia-PA. O Programa Criança Feliz tem por objetivo promover o desenvolvimento integral das crianças na primeira infância, considerando sua família e seu contexto de vida, às crianças atendidas no programa. A pesquisa foi realizada no município de Conceição do Araguaia/PA que contém um número expressivo de público criança em estado

de vulnerabilidade por análise documental foi utilizada como método bibliográfico, que segundo Ludk e André (1986, p.99), “[...] constituiu uma técnica importante na pesquisa qualitativa, sendo complementadas informações obtidas por outras técnicas, desvendadas aspectos nova. Dada a importância dessa política pública chamada - Programa Criança Feliz, considerando a família e o contexto de vida e os aspectos da pandemia, A metodologia adotada na investigação permite classificar como exploratória e bibliográfica com análise de dados documentais internos do programa, visitação “in loco” foram realizadas algumas conversas no âmbito do trabalho com as visitadoras que fazem o trabalho em campo, Nessa visão, surgem os seguintes questionamentos, ressaltar a importância do programa no município e saber que medida a metodologia de visita domiciliar é um modelo de política pública e como contribui para o enfrentamento das vulnerabilidades sociais das famílias que são atendidas pelo programa garantindo assim os seus direitos. Contudo, discutir ações desta natureza no momento pós-pandemia é oportuno, pois garante os direitos constitucionais. O objetivo é investigar como o programa é desenvolvido, a forma de um modelo de política pública assistencial e, como pode contribuir para desenvolvimento integral das crianças nos seus primeiros anos de vida, tendo em vista a redução dos contrastes sociais e econômicos, trabalhando assim, a sensibilidade e a consolidação do vínculo afetivo no âmbito familiar, garantindo os seus direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Atenção Básica, Direitos, Assistência e Família.

ABSTRACT: This article analyzes the elements social protection and primary care aimed at early childhood present in the Happy Child Program in the municipality of Conceição do Araguaia-PA. The Happy Child Program aims to promote the integral development of children in early childhood, considering their family and their life context, to the children assisted in the program. The research was carried out in the municipality of Conceição do Araguaia/PA, which contains an expressive number of children in a state of vulnerability by documental analysis, which according to Ludk and André (1986, p.99), “[...] it was an important technique in qualitative research, complementing information obtained by other techniques, unveiling new aspects. Given the importance of this public policy called - Happy Child Program, considering the family and the context of life and aspects of the pandemic, The methodology adopted in the investigation allows classifying as exploratory and bibliographic with analysis of internal documentary data of the program, visitation “on site” was held some conversations in the scope of work with the visitors who do the work in the field, In this view, the following questions arise, highlight the importance of the program in the municipality and know what measure the home visit methodology is a public policy model and how it contributes to coping with the social vulnerabilities of families that are served by the program thus guaranteeing their rights. However, discussing actions of this nature in the post-pandemic moment is timely, as it guarantees constitutional rights. The objective is to investigate how the program is developed, the form of a model of public care policy and, how it can contribute to the integral development of children in their first years of life, with a view to reducing social and economic contrasts, thus working, the sensitivity and consolidation of the affective bond in the family environment, guaranteeing their rights.

KEYWORDS: Primary Care, Rights, Care and Family.

1 | INTRODUÇÃO

O Programa Criança Feliz tem por finalidade atender a rede assistencial de proteção social básica voltada à primeira infância presentes no município de Conceição do Araguaia. Este tem referência internacional, de acordo com o representante do Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas (UNICEF) no Brasil, Florency Bauer, que ressalta que o programa é inovador e tem impacto real na sociedade. Com o agravante da pandemia observou-se um alto índice de fragilidade na comunidade. O Programa Criança Feliz atende crianças na primeira infância, muitas delas são usuários do Auxílio Brasil antigo bolsa família, considerando sua família e seu contexto de vida. A Constituição Federal de 1988 prevê: Proteção social básica, sendo um conjunto de serviços, programas, projetos e benefícios da Assistência Social, que visa prevenir situações de vulnerabilidade e risco social por meio do desenvolvimento de potencialidades e aquisições e do fortalecimento de vínculos familiares e comunitários.

Durante a crise sanitária provocada pelo Covid-19, observou se a fragilidade de muitas famílias que necessitavam de acompanhamento e assistência social, o trabalho que era realizado pessoalmente pelas visitadoras, começou a ser remoto por meio de watzap, as visitas que eram realizadas todas as semanas diminuiu para uma visita ao mês. Assim

dificultando o acesso e a leitura das necessidades. Pois elas estabelecem um contato direto com as crianças e gestantes viabilizando a assistência necessária.

O Presente trabalho tem como método conhecer “in loco” por meio de visitação e dar a importância necessária a essa política pública. Com análise documental utilizada como método, que segundo Ludk e André (1986, p.99), “[...] constituiu uma técnica importante na pesquisa qualitativa, seja, complementado com informações obtidas por outras técnicas de conversação com as visitadoras leituras de Guias, exemplares dentre outros”.

Nessa visão, surgem os seguintes questionamentos como ressaltar a importância do programa no município e levantar aspectos que motivem a implantação de um novo setor responsável para mapear as ações em prol de melhorias no território do município de Conceição do Araguaia. Em que medida a metodologia de visita domiciliar é um modelo de política pública e como contribui para o enfrentamento das vulnerabilidades sociais das famílias que são atendidas pelo programa.

Contudo, discutir ações desta natureza no momento pós-pandemia é oportuno, pois garante os direitos constitucionais. Desse modo, a pesquisa tem a finalidade de promover informações, no intuito de contribuir para o desenvolvimento integral das crianças da primeira infância, em que se propõem ação na Gestão do Programa Criança Feliz – Primeira Infância, na rede de Assistência Social no município como ele é desenvolvido, a forma de um modelo de política pública assistencial visando à redução dos contrastes sociais e econômicos, trabalhando assim, a sensibilidade e a consolidação do vínculo afetivo no âmbito familiar, garantindo os seus direitos.

2 | A ORGANIZAÇÃO DO PROGRAMA CRIANÇA FELIZ - PCF NO MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA-PA

Durante a primeira infância, a criança passa por processos de desenvolvimentos importantes, que são influenciados pela realidade em que estão inseridas. Entre esses processos estão o crescimento físico, o amadurecimento do cérebro, a aquisição dos movimentos, o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem e a iniciação social e afetiva. O Programa Criança Feliz é um importante serviço pois é o único programa que adentra as casas das famílias e vai até o berço familiar captar informações diagnosticar e contribuir para o desenvolvimento humano. É um importante avanço nas políticas públicas voltadas para o início da vida, ao integrar ações de políticas de assistência social, saúde, educação, cultura, direitos humanos, entre outros.

O Programa Criança Feliz (PCF) foi instituído pelo Decreto Federal nº 8.869 de 05 de outubro de 2018 e, no município de Conceição do Araguaia-PA em janeiro/2017. Após a assinatura do termo de aceite, foi instituído o Comitê Gestor do Programa Criança Feliz por meio do Decreto nº 0138/2017 de 12 de julho 2017, alterado pelo Decreto Nº 0182/2021 no dia 23 de março de 2021. Tal programa tem como público alvo: as gestantes, as crianças

de até três anos e suas Famílias inseridas no Cadastro Único; crianças de até 6 (seis) anos e suas Famílias incluídas no Benefício de Prestação Continuada; crianças de até 6 (seis) anos, afastadas do convívio familiar em razão da aplicação de medida protetiva prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. Dentre o público citado, no período da pandemia houve a inclusão de todas as crianças que por algum motivo perderam seus cuidadores, pai ou mãe.

O Município de Conceição do Araguaia, ao propor programa “Criança Feliz” por meio da Secretaria Municipal de Assistência Social, Habitação e Trabalho SEMAH para crianças do CRAS SUL e NORTE, para atender e garantir proteção básica e especial cujos direitos forem violados e estejam em situação de risco social e pessoal, à exigir intervenção imediata. A Secretaria Municipal de Assistência Social é executora e principal mantenedora da instituição.

Por conta disso o agente visitador, realiza o atendimento social a partir do Cadastro Único acolhimento da criança na unidade, onde desenvolve estudo de caso, relatório social, visita domiciliar, encaminhamentos de saúde, educação, judicial, assistencial, além da organização dos prontuários de cada criança, em relação aos relatórios, situação processual, documentos pessoais e de saúde, registros de todos os procedimentos que envolvam a criança e a família.

As principais atividades a serem desenvolvidas são: Elaboração, em conjunto com o/a coordenador (a) e demais colaboradores, do Projeto Político Pedagógico do serviço; acompanhamento psicossocial dos usuários e suas respectivas famílias, com vistas à reintegração familiar, apoio na seleção dos cuidadores/educadores e demais funcionários, capacitação e acompanhamento dos cuidadores/educadores e demais funcionários, apoio e acompanhamento do trabalho desenvolvido pelos educadores/cuidadores, encaminhamento, discussão e planejamento conjunto com outros atores da rede de serviços e das intervenções necessárias ao acompanhamento das crianças e adolescentes e suas famílias, organização das informações das crianças e adolescentes e respectivas famílias, na forma de prontuário individual, elaboração, encaminhamento e discussão com a autoridade judiciária e Ministério Público de relatórios semestrais sobre a situação de cada criança e adolescente, preparação, da criança / adolescente para o desligamento, mediação, em parceria com o educador/cuidador de referência, do processo de aproximação e fortalecimento ou construção do vínculo com a família de origem ou adotiva, quando for o caso. (CONANDA, 2009).

Este profissional busca todas as possibilidades para que essa criança/adolescentes retorne à família natural. O trabalho do assistente social do programa “Criança Feliz” é voltada também às famílias, visando o resgate dos vínculos fragilizados, para que o tempo de acolhimento se torne o mais breve possível este trabalha com a visão do visitador, que diz as fragilidades vistas in loco.

É possível afirmar que, historicamente e na realidade atual, os maiores índices de abandono de crianças e adolescentes relacionam-se a impossibilidades materiais da família para mantê-los em sua companhia objetivadas, geralmente

pela ausência de trabalho, renda, condições de acesso à educação, saúde, habitação, assistência social, lazer, bem como pela responsabilidade e responsabilização da mulher pelos cuidados e supostos descuidos com os filhos. (BAPTISTA; FAVERO; VITALE, 2008).

A Gestão, do Município de Conceição do Araguaia/PA ao aderir o Programa Criança Feliz por meio da Secretaria Municipal de Assistência Social, cumpriu os critérios de acordo com o Manual de Gestão Municipal do PCF para a sua implantação, um deles e ter na cidade um Centro de Referência de Assistência Social, com um público mínimo de (cento e quarenta) indivíduos prioritários dentro do público alvo do programa atendido pelo CRAS. Dessa forma, foi possível realizar a adesão, pois a Secretaria de Assistência Social conta com toda a rede de apoio necessária para o trabalho intersetorial ser efetivado com maior facilidade, sendo eles Cadastro Único – cadastro de usuários; Centro de Referenciamento da Assistência Social e PCF – baixa complexidade, prevenção, Centro de Referenciamento Especializado da Assistência Social – média complexidade; Unidade de Acolhimento – alta complexidade, cuidado e acompanhamento.

Assim, após a adesão foi elaborado um plano de ação e, criado o comitê gestor do PCF, cujo é responsável por planejar e articular as ações que atendem as demandas verificadas nos campos da Saúde, Educação e Cultura e Assistência. O programa acontece através de visitas domiciliares, buscando realizar ações e projetos dentro dos setores da rede SUAS. Nesse sentido, o contexto nos revela a importância da intersectorialidade das políticas sociais públicas para efetivação da Proteção Social, segmento de construção de um sistema em consonância integral preconizado no Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) de 1990.

Em consequência disso, muitas crianças e as grávidas são institucionalizados, sendo o acolhimento uma das últimas medidas de proteção elencadas no art. 101 da ECA, continua sendo largamente aplicado às crianças em situação de abandono ou com dificuldades de convivência na própria família. Portanto o papel do agente neste momento, deve se dar de forma articulada, com os programas sociais destinados às famílias, cabendo muitas vezes, orientar, informar e encaminhar as famílias para a rede social de atendimento, bem como, manter contato com os programas sociais que atendem as crianças e as gestantes. O atendimento as famílias e crianças para proteção integral no municipal, sendo que este programa conta com uma equipe técnica formada pela assistente social, coordenadora, estagiárias de Serviço Social, psicólogas, pedagogas, além das monitoras. O programa é pautado no ECA, e deve lutar pela viabilização dos direitos dos usuários e fazer cumprir as referidas leis. Políticas Públicas bem estruturadas atendem o campo sócio educativo, para que promovam mudanças na trajetória de vida das crianças e de adolescentes, colocando-os em direção à autonomia, a superação das dificuldades impostas pelo sistema para que possam viver com dignidade, exercendo os direitos assegurados no Estatuto da Criança e do Adolescente. Exige-se, para tanto, compromisso ético-político com os

valores democráticos e competência teórico-metodológica na teoria crítica, em sua lógica de explicação da vida social.

Esses elementos, aliados à pesquisa da realidade, possibilitam decifrar as situações particulares com que se defronta o assistente social no seu trabalho, de modo a conectá-las aos processos sociais macroscópicos que as geram e as modificam. Mas, requisita, também, um profissional versado no instrumental técnico operativo, capaz de potencializar as ações nos níveis de assessoria, planejamento, negociação, pesquisa e ação direta, estimuladora da participação dos sujeitos sociais nas decisões que lhes dizem respeito, na defesa de seus direitos e no acesso aos meios de exercê-los (IAMAMOTO, 2009).

O desafio está posto e deve instigar a todos aqueles que se dispõem a afirmar direitos em uma sociedade tão desigual necessitamos mais do que nunca, lutar a favor das obrigações previstas pelo ECA em relação a esta nova política.

Diante disso, é essencial para as famílias em estado de vulnerabilidade no município de Conceição do Araguaia, seja realizado um serviço com mais alcance menos burocrático, que atendesse com precisão as necessidades situação que foi agravada advinda da pandemia do Corona Vírus, tendo em vista que muitas dessas crianças e adolescentes já serem atendidas pela Unidade Acolhimento, setor este que faz parte da rede assistencial no município pelo fato de possuírem o perfil necessário de acompanhamento do programa. Essas sim são inseridas por meio de medidas de proteção, as crianças em situação de abandono, maus tratos, abuso sexual ou com dificuldades de convivência na própria família. Portanto, a assistência social do município articula-se com outros órgãos na gestão como Conselho Tutelar, Centro de Referência especializado e as secretarias de Educação e Saúde no intuito de orientar, informar e encaminhar as famílias para a rede social de atendimento, para manter contato com os programas sociais que atendem as crianças e gestantes.

3 | PERCURSOS METODOLOGICOS DAS VISITAS DOMICILIARES

O processo de visitas domiciliares é constituído pelos seguintes sujeitos: uma supervisora e enfermeira, um motorista e seis visitadoras. As visitas são realizadas periodicamente, limite de 34 famílias por cada visitadora, sendo duas visitas mensais para gestantes, visitas semanais para crianças de 0 a 3 anos inseridas no Cadastro Único, quinzenais até seis anos para crianças beneficiárias do BPC e afastadas do convívio familiar.

A metodologia da visita domiciliar no PCF baseia-se no Guia de Visita Domiciliar, cujo manual de orientação do visitador busca atingir o desenvolvimento do seu público, considerando que tais visitas devem ocorrer a [...]ação planejada e sistemática, com metodologia específica, conforme orientações técnicas, para atenção e apoio à família, o fortalecimento de vínculos e o estímulo ao desenvolvimento infantil. (BRASIL, 2019, p.33)

Em 2020, a realidade do atendimento teve que ser adaptada ao contexto da covid-19 para preservar a saúde das famílias e dos técnicos que realizam as visitas nas casas. Essas restrições não paralisaram o trabalho. São realizados relatórios e preenchimento de fichas com as atividades propostas para cada criança de acordo com a sua faixa etária. A Pactuação de atendimento é de 200 famílias, sendo necessário que estejam inseridas no sistema interno do Cadastro Único, em que é catalogada toda e qualquer informação referente às famílias atendidas ou não pela rede de Assistência. As famílias atendidas no programa Criança Feliz, necessariamente não precisam ser beneficiárias do atual benefício-Auxílio Brasil, antigo Bolsa Família. Entretanto, necessitam apenas estarem inclusas no Cadastro Único, visto que a criança ao adquirir o Número de Identificação Social (NIS), é inserida no sistema do programa Criança Feliz. Durante as visitas realizadas às famílias, é perceptível por meio de observação e diálogos, a interação e desenvolvimento particular a cada criança atendida e assim avaliar a relação que existe entre os mesmos. Para ser um profissional visitador é necessário estar habilitado no sistema e realizar os cursos básicos na plataforma virtual do Ministério da Cidadania.

O programa baseia-se no Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e, de acordo com o documento, deve-se lutar pela viabilização dos direitos e deveres dos usuários do programa, fazendo cumprirem-se as referidas leis. O visitador contribui muito nesse trabalho, mas é necessário ter habilidades para lidar com as inúmeras questões, por serem as mais diversas possíveis, são elas: negligência, abuso sexual, violência, abandono, desnutrição, maus tratos, falta de higiene, entre outras.

Para isso, o processo formativo das equipes é assentado no Guia de Visitas Domiciliares (GVD) e no Método- Cuidados para o Desenvolvimento de Crianças (CDC). Ambos os processos, seguem as recomendações que “apresenta sugestões de ações e atividades a serem aplicadas junto às famílias com o objetivo de estimular e reforçar os fatores de proteção ao desenvolvimento infantil” (BRASIL, 2017, p.6).

É importante ressaltar, que o programa em tela desenvolve habilidades para lidar diretamente com as crianças em situação de vulnerabilidade. O intuito é criar uma relação de confiança das visitadoras do programa com as famílias e adentrar as casas, a fim de ajuda-los por meio da intersectorialização programas na Rede assistencial como o Programa de Atenção Integral à Família (PAIF). Sendo um conjunto de procedimentos e ações que possibilitem a prevenção de rupturas de laços familiares, e promove acesso a direitos e contribui para a melhoria da qualidade de vida das famílias. O Programa dispõe de um veículo para a logística nas realizações das visitas, no decorrer destas são desenvolvidas ações com entregas de materiais pedagógicos e atendimento social. O trabalho das visitadoras, é preencher os formulários e realizarem os diagnósticos referentes ao desenvolvimento das crianças, no que se refere as habilidades físicas, motoras, cognitivas, social e emocionais.

4 | IMPLANTAÇÃO DE UM NOVO SETOR

Para demonstração dos serviços realizados faz-se necessário um setor em vigilância socioassistencial para controle das ações executadas. Portanto, a realização deste serviço, conta com o trabalho de mapear e caracterizar o território com as diversas fragilidades, além de controlar o nível de desenvolvimento social. A Vigilância Socioassistencial atualiza-se na Lei Orçamentária da Assistência Social (LOAS), como “um dos instrumentos das proteções da assistência social que identifica e previne as situações de risco e vulnerabilidade social e seus agravos no território” (BRASIL, 2011 p.22.). Integrando uma das funções da política de Assistência Social materializada na gestão do Sistema Único de Assistência Social.

Destaca-se a relevância da Vigilância Socioassistencial como produto mensurável, cujo desafio consiste na sua implantação na rede de assistência para melhor gestão de serviços. Essa transformação acontece na medida em que as informações produzidas ganham sentido na condução da política pública na tomada de decisões e recondução de ações. Para que o atendimento a essas famílias seja o melhor possível, é necessária a disponibilização de instrumentos informatizados pela administração pública do município, seja por meio de um Tablet e/ou notebook com internet para cada visitadora. Assim, o processo de informações seria redirecionado mais rápido para a equipe gestora dentro da rede Assistencial.

5 | CONCLUSÃO

Diante do exposto, e pertinente ressaltar que o programa Criança Feliz de certo modo é “novo” tem poucos anos de vida no município mas, já se mostrou ser um importante instrumento de serviço social com aplicabilidades relevantes no sentido de atender à essas famílias levando orientações pertinentes ao desenvolvimento dos seus usuários e também por ser um programa de altíssimo nível de gestão pois programa Criança Feliz alcança crianças no mundo inteiro, possui uma realidade dinâmica.

Assim é relevante atentar para a compreensão de que a Vigilância precisa ser implantada e manter estreita relação com as áreas diretamente responsáveis pela oferta de serviços às famílias atendidas para uma busca de resultados mais preciso facilitando a atenção e o cuidado na prestação do atendimento da criança onde se inicia desde a sua concepção, ou seja, na gravidez, pois todas as orientações realizadas servem como eixo mediador buscando o desenvolvimento. Vale dizer que esse novo setor na sua estruturação de recursos humanos trás um rol de profissionais específicos na busca de informações dentro do território municipal. O sistema que é usado tem a capacidade de elaborar planilhas, mapear o território e dizer onde está localizado o bairro mais vulnerável, com dados estatísticos mais precisos.

Desse modo, a Administração Pública do Município busca criar relações com a família, reforça a garantia dos direitos, levando orientações de cuidados para o desenvolvimento

das famílias. Enfatizando com que essas crianças tenham uma infância saudável, feliz, protegida e que eles possam crescer com dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa 1988.

BRASIL. “Programa Criança Feliz é embrião de uma grande mudança no país”, Osmar Terra. Ministério da Cidadania, Secretária Especial do Desenvolvimento Social, 10 ago. 2016b. Disponível em:

<http://mds.gov.br/area-de-imprensa/noticias/2016/agosto/programa-crianca-feliz-e-embriao-de-uma-grande-mudanca-no-pais-afirma-osmar-terra>. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. Criança Feliz: guia para visita domiciliar. 2ª Versão. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social, 2017.

ENGLE, P.; LUCAS, J. Cuidados para o Desenvolvimento da Criança (CDC): Manual de orientação às famílias. Tradução Instituto Alfa e Beto. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, 2012.

BRASIL. Lei Orgânica da Assistência Social – L. O.A.S., Lei n. 8.742. Brasília: DF, de set. 1993^a.

<https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/ministerio-da-cidadania-e-fundo-conjunto-para-os-ods-lancam-campanha-abc-para-a-primeira-infancia> Acesso dia 26 mai. 2022

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm Acesso em dia 26 mai. 2022.

<https://www.revistas.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/15445/209209213474> Acesso dia 25 mai. 2022.

FÁVERO, E.T.; VITALE, M.A.F.; BAPTISTA, M.V. Famílias de crianças e adolescentes abrigados: quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam. São Paulo: Paulus, 2008.

IAMAMOTO, Marilda Villela. Os espaços sócio ocupacionais do assistente social. Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais, 2009.

PROMOÇÃO DA EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS E TRAJETÓRIAS PARA A CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA

Data de aceite: 04/07/2022

Data de submissão: 07/06/2022

Elizabeth Rodrigues de Souza

Universidade Regional do Cariri (URCA)
Crato (Ce)
<http://lattes.cnpq.br/1774111198303776>

Robson Alves Holanda

Universidade Regional do Cariri (URCA)
Crato (Ce)
<http://lattes.cnpq.br/0469408881512350>

RESUMO: São reconhecidamente elencadas no ordenamento jurídico brasileiro, as dimensões para os direitos fundamentais do homem, que à luz dos princípios da fraternidade e solidariedade, determinam que os povos devem ter acesso às variadas formas de crescimento humano. Assim, fundamentado na Constituição Federal Brasileira de 1988, a efetivação do Direito Fundamental à Educação traduz-se na relação crescente entre desenvolvimento e cidadania, estabelecendo-se como um dos pilares que pode contribuir consideravelmente para a melhoria da qualidade de vida da sociedade, tornando-se essencial à formação do homem, quando contextualizado em um conjunto de fatores econômicos, políticos e sociais. Nessa perspectiva, é que esse trabalho, de natureza qualitativa e embasado na pesquisa bibliográfica, apresenta como objetivo geral avaliar o impacto da educação para os direitos humanos no desenvolvimento social, enquanto instrumento determinante para a construção da

cidadania e consolidação do Estado Democrático de Direito. Destarte, não se pretende esgotar a temática, mas conclui-se pela relevância da Educação para os Direitos Humanos, assentada nos ideais de liberdade e capacidade humana, determinando o pleno desenvolvimento e fortalecimento das prerrogativas da proteção cidadã.

PALAVRAS-CHAVE: Educação. Direitos Humanos. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: The dimensions for fundamental human rights are recognized in the Brazilian legal system, which in the light of the principles of fraternity and solidarity, determine that peoples must have access to the various forms of human growth. Thus, based on the Brazilian Federal Constitution of 1988, the realization of the Fundamental Right to Education translates into the growing relationship between development and citizenship, establishing itself as one of the pillars that can contribute considerably to the improvement of society's quality of life, making it essential to the formation of man, when contextualized in a set of economic, political and social factors. In this perspective, this work, of a qualitative nature and based on bibliographic research, has the general objective of evaluating the impact of education for human rights on social development, as a determining instrument for the construction of citizenship and consolidation of the Democratic State of Law. Thus, it is not intended to exhaust the theme, but it is concluded by the relevance of Education for Human Rights, based on the ideals of freedom and human capacity, determining the full development and

strengthening of the prerogatives of citizen protection.

KEYWORDS: Education. Human rights. Democratic state.

1 | INTRODUÇÃO

O debate sobre o desenvolvimento humano tem se tornado cada vez mais de extrema relevância no sentido de tentar fomentar a procura por estratégias que minimizem os seus efeitos negativos, violando liberdades sociais que asseguram a supremacia popular e contrariando os ditames constitucionais de dignidade da pessoa humana.

A promoção do desenvolvimento identifica o Estado Democrático de Direito e dentre os desafios envolvidos na configuração de uma política socioeconômica, enquadra-se a implementação do Direito à Educação, por meio da constituição de condições materiais e institucionais que permitam alcançar simultaneamente melhorias da distribuição da renda e qualidade de vida de um povo. No contexto da evolução histórica do Direito à Educação, surgiram várias vertentes para expressar a ideologia fundante dos direitos humanos a partir dos direitos fundamentais do homem, de caráter vital ao ser humano e preconizando uma formulação de obrigações estatais.

Nesse sentido, a educação para os direitos humanos é considerada um direito fundamental centrado na ideia de construção da formação da cidadania. No âmbito social, a promulgação de referências valorativas e principiológicas fulcradas nas relações coletivas, modificam a condição dos indivíduos em participativos e conscientes dos seus direitos, promovendo o reconhecimento da sua identidade cívica.

Dessa forma, esse ensaio questiona quais os efeitos da educação para os direitos humanos no âmbito da concretização do Estado Democrático de Direito. Assim, o objetivo principal do estudo é avaliar a o impacto da educação para os direitos humanos no cenário do desenvolvimento com ênfase na consagração da cidadania e efetivação da democracia.

Salienta-se a relevância de se educar para os direitos humanos na perspectiva da consolidação de direitos fundamentais básicos, conquistados em meio a muitas lutas, durante toda a caminhada da humanidade. De outro modo, esses direitos devem ser reconhecidos por toda a sociedade, com fito na emancipação do processo democrático brasileiro.

Depreende-se que o sistema de liberdades deve ser básico e igual para todos os indivíduos, contemporizando uma ordem de justiça e equidade. Esse entendimento sinaliza a premente necessidade de articulação do processo educacional voltado para os direitos humanos com a ideia de estabelecimento de boas relações entre os cidadãos, cultivando o diálogo e um padrão de comportamento considerado justo. Ademais, reconhecer no outro essa dimensão é de extrema relevância na viabilização da prosperidade e da paz social.

21 A PRÁTICA EDUCATIVA E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS COMO ELEMENTOS DE INCLUSÃO SOCIAL

O processo educacional possibilita ao indivíduo um novo olhar para o mundo, que passa a assumir uma posição de agente crítico e transformador, na medida em que se torna componente essencial no gerenciamento de políticas desenvolvimentistas e de qualidade de vida. Esse sistema não pode ser percebido como uma entidade independente, mas complacente, comprometida com as diversas searas da sociedade no sentido de gerar informações na captação de soluções compatíveis com as necessidades da coletividade.

A Educação, ao longo dos tempos, na medida em que está voltada para trabalhar valores, habilidades e conhecimento, assume o papel de formação dos cidadãos e concebe a sua função social. Sabe-se que o século XX foi marcado por Revoluções Sociais que disseminaram parâmetros de democracia e igualdade, contemporizados em vários documentos. Estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Art. 26

1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.

2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. (ONU, 1986)

Assim, o reconhecimento da vontade cívica do sujeito “se consagra nos direitos outorgados pelo Estado aos cidadãos individuais e nas obrigações que esses devem cumprir para com aquele.” (GORCZEWSKI, 2009, p.38). Na realidade do processo educacional existe continuamente a relação crescente entre desenvolvimento e cidadania, estabelecendo-se como um dos fatores que pode contribuir consideravelmente para a melhoria da qualidade de vida das pessoas, e trabalha de forma determinante as suas questões sociais. É imperativo que as estratégias para a inserção competitiva nos mercados econômicos não sejam desagregadas daquelas planejadas com ênfase na equidade por meio da educação para os direitos humanos.

A partir desse entendimento, a Lei 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional estabelece:

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

[...]

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1996)

Na seara dos movimentos de luta pelos ideais humanos, a Revolução Inglesa, com a *Petition of Rights*, busca garantir algumas liberdades individuais; a Revolução Americana, procura difundir ações de independência das colônias britânicas na América do Norte e a Revolução Francesa, apresenta ao mundo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e seu lema revolucionário “liberdade, igualdade e fraternidade”, determinantes para inspiração de vários documentos constitucionais futuros.

A Educação é enquadrada como um Direito Social, porquanto obriga o Estado em relação à sua missão e dever de agir. Na seara dos Direitos Fundamentais, os direitos sociais, conhecidos como de segunda geração no percurso da história, são acolhidos no contexto individual, cujo propósito é assegurar melhores condições de vida à sociedade. Na concepção de Ramos, “os Direitos Humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.” (RAMOS, 2014, p. 24)

Na lição de Moraes:

Os direitos humanos, como conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-físico-econômica e afetiva dos seres humanos e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-econômico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir e viabilizar que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo. Assim, como os direitos humanos dirigem-se a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade comum. (MORAIS, 2010, p. 131).

Portanto, vê-se que a participação política de um povo, de forma organizada e consciente, é determinante na efetividade dos direitos humanos consagrados. O cidadão tem compromisso com todas as questões elencadas como imprescindíveis para a concretização da cidadania.

Nas palavras de Gorczewski:

Merece destaque a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1948. Nela dois direitos sociais importantíssimos: trabalho e educação, não figuram unicamente como um direito propriamente. Eles vão também aparecer ao final, onde estão estabelecidos os deveres do cidadão para com a sociedade: dever de conviver respeitosamente; de participar politicamente; (...). É interessante porque a educação, além do trabalho, aparece como um direito/dever. Todo homem deve educar-se: a educação dignifica o próprio homem, proporciona uma melhor qualidade de vida, dá-lhe o senso do dever e participação. Somente com a educação o homem poderá contribuir com o

desenvolvimento do país, portanto, da sua sociedade. (GORCZEWSKI, 2009, p. 219)

Conforme o autor supracitado, a educação constitui um elo para o desenvolvimento. Assim, a Educação voltada para os Direitos Humanos legitima a estrutura e o funcionamento da esfera social, compondo princípios de cidadania, e deve ser sempre direcionado à minimização das desigualdades sociais. Essa concepção significa a busca pelo desenvolvimento da cultura dos direitos humanos e a preocupação pela formação do senso crítico das pessoas na determinação de uma postura ativa frente à realidade que o cerca.

Nesse contexto, a proposta de uma educação que possibilite o exercício constante dos direitos humanos, presume claramente o reconhecimento incondicional da proteção cidadã. “Educar para os direitos humanos é criar uma cultura preventiva, fundamental para erradicar a violação dos mesmos”. (GORCZEWSKI, 2009, p. 221).

O que se questiona no processo educacional é a diversidade de elementos informadores da temática direitos humanos. Em decorrência disso, existe uma tendência de definição do conteúdo e apresentação da disciplina sob diversos enfoques, das quais, se configuram como constantes desafios.

No entendimento de Gorczewski (2009), temas como democracia, cultura da paz, solidariedade, cooperação, diversidade, multiculturalismo, meio ambiente, entre outros, são essenciais para o entendimento dos fatores sócio-político-cultural na realidade global relacionada à abordagem do tema apresentado.

Portanto, a cidadania responsável se consolida a partir de situações simples do dia-a-dia do homem. Advém da predisposição de ajudar o outro; dos meios pacíficos de convivência social; da aceitação à diversidade e ao multiculturalismo; do respeito à igualdade; da ponderação sobre as carências existentes enquanto consumidores; do conhecimento sobre medidas eficazes na preservação ambiental e desenvolvimento sustentável. Enfim, adaptar-se às realidades sociais e ter consciência da sua inserção no mundo, é primordial ao equilíbrio universal.

Ratifica-se que a contribuição da educação para os direitos humanos vincula-se ao enaltecimento do conceito de democracia, remete à defesa dos direitos humanos e internalização dos direitos individuais e coletivos. O multiculturalismo no contexto do processo de integração amplia a discussão acerca das desigualdades sociais e pressupõe o reconhecimento sócio-político-econômico.

Na seara do modelo que contempla o Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos, a educação contribui também para:

- a) criar uma cultura universal para os direitos humanos;
- b) exercitar o respeito, a tolerância, a promoção e a valorização das diversidades (étnico-racial, religiosa, cultural, geracional, territorial, físico-individual, de gênero, de orientação sexual, de nacionalidade, de opção política, dentre outras) e a solidariedade entre povos e nações;

c) assegurar a todas as pessoas o acesso à participação efetiva em uma sociedade livre. (ONU, 2004)

Dessa forma, na égide da diversidade, há uma comunicação entre o discernimento democrático das diversidades, e a educação pedagógica enquanto instrumentos de superação da exclusão social, no sentido de efetivação da equidade social. Nessa perspectiva, as práticas educacionais e a introdução dos direitos humanos contemplam a garantia dos direitos humanos e a construção de uma educação inclusiva.

3 | DIREITOS HUMANOS E DESENVOLVIMENTO: SUAS INTERFACES E O PAPEL DO ESTADO

O Direito ao Desenvolvimento Nacional, um dos objetivos da República Federativa do Brasil consubstancia o Estado Democrático de Direito que deve coexistir com a ordem econômico-social em busca da qualidade de vida de um povo. A CF/88 prescreve no seu Art. 170 os princípios gerais da atividade econômica, prescrevendo a existência digna e justa fundada em liberdades básicas.

Nesse sentido, a autonomia exaltada no ordenamento jurídico dissemina valores importantes como: as liberdades de ir e vir, de pensamento, de comércio, de escolha de trabalho, de liberdade de expressão, a independência contratual, entre outros. Segundo o Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”. (BRASIL, 1988)

De outro modo, a Organização das Nações Unidas (ONU), fundada no ano de 1945, é um organismo internacional cuja meta é trabalhar pela paz e o progresso mundiais, estabelece alguns indicadores responsáveis pela classificação dos países, de acordo com o grau do seu desenvolvimento, dentre eles: grau de alfabetização, índice de mortalidade infantil e processo de industrialização, esperança de vida média, grau de dependência externa, instrução e condições sanitárias, força tecnológica. Considerando a complexidade entre resultados produtivos, esses critérios orientam a evolução dos fatos e entendimento de que a subsistência se realiza com estudo, trabalho e vida decente.

A ausência da emancipação para realizar escolhas impede o exercício da democracia e o consequente desenvolvimento dos direitos constitucionais. Combater dificuldades sem postergar as liberdades inerentes ao processo de crescimento é condição positiva da busca de soluções que amenizem os efeitos desse sistema de complexidade que constitui uma das metas de um projeto de desenvolvimento fidedigno.

A segurança que estabelece a tutela de direitos que potencializam facilidades sociais contribui para a instituição de uma sociedade preparada para se defender de infortúnios da realidade. Assim, os efeitos da globalização econômica no âmbito dos direitos humanos é ponto central de uma reflexão necessária à compreensão do mundo como um conjunto de

sistemas que não deve ser desprezado do seu caráter humanístico.

Adotar os aspectos desenvolvimentistas compartilhado com a lucratividade e dados financeiros estatísticos sem considerar a atuação livre de agentes construtores desse processo, significa entrar em contradição com a real definição do conceito de desenvolvimento. O texto constitucional dispõe de normas reguladoras da situação econômica nacional sob um enfoque mais amplo do que o sentido técnico sugere. O estado de subdesenvolvimento traduz a ausência de programação de políticas que concretizem o que prescrevem as normas.

Dentre os diversos ensinamentos constitucionais, insere-se o princípio econômico da redução das desigualdades sociais e regionais, concedendo ao Estado o poder de efetuar ações dentro de um complexo geoeconômico-social. No momento em que o Estado está voltado para o crescimento da economia, também deve estar atento para realização dos direitos em prol da paz social. Essa participação estatal no dinamismo que envolve a atividade econômica potencializa o desenvolvimento de um povo.

A Carta Magna considera o direito ao desenvolvimento um direito fundamental, revelando uma mudança na estrutura social até então vigente ao instaurar uma correlação entre estratégias econômicas e a determinação de níveis de qualidade de vida, demonstradas, por exemplo, por constantes modificações produzidas por meio de políticas adequadas. O documento destacou-se pela nova abordagem dada ao Estado aos aspectos econômicos, atribuindo ao mesmo um caráter eminentemente socialista expresso em todo o seu conteúdo.

Na compreensão de Bagnoli:

A valorização do trabalho humano e a livre iniciativa revelam que a Constituição de 1988 prevê uma sociedade brasileira capitalista moderna, na qual a conciliação e a composição dos titulares de capital e de trabalho é uma necessidade a ser viabilizada pela atuação do Estado. (BAGNOLI, 2010, p. 63)

Partindo de uma classificação doutrinária, percebe-se que ao se incluir o direito ao desenvolvimento na esfera da terceira dimensão, exaltam-se os princípios da solidariedade e fraternidade, protegendo gerações futuras e incorporando o ser humano como agente essencial desse sistema. Há uma redefinição de concepções com o engrandecimento de outros valores, situando o Estado, nessa relação, como provedor de planos efetuidores dos direitos coletivizados.

No contexto internacional, vários projetos foram elaborados em função de uma abordagem mais ampla e profunda que delineasse o entendimento de determinados direitos inalienáveis. Discussões sobre o tema foram motivos de encontros mundiais que estudaram o planeta sob a ótica de desigualdades materiais da qual uma das soluções para reduzir os prejuízos presentes nesse quadro, seria abordar o ser humano como ator essencial do patamar do desenvolvimento.

Entendendo ser o desenvolvimento um complexo de múltiplas formas que agregadas determinam a sua formação, considerando aspectos sob todas as perspectivas, e visando o bem-estar social, foi que a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu que:

Artigo 1

1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Artigo 2

1. A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.

2. Todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como seus deveres para com a comunidade, que sozinhos podem assegurar a realização livre e completa do ser humano, e deveriam por isso promover e proteger uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento.

3. Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes. (ONU, 1986)

Através da realização de inúmeras conferências ao longo dos tempos provocando o debate sobre o bem-estar das pessoas, a ONU estabelece comandos que dispõem sobre a vontade de melhorar a situação de segmentos pobres e vulneráveis buscando alcançar objetivos desenvolvimentistas. Posteriormente, em 1948, a aclamação da Declaração dos Direitos Humanos, foi taxativa na consagração das liberdades humanas:

Art. XXII. Toda pessoa como membro da sociedade, tem direito à segurança sócia e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis a sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (ONU, 1948)

É perceptível a redução do papel econômico e regulador do Estado. Constata-se que há um histórico de teorias acerca do assunto convergindo em um mesmo sentido, no que diz respeito às mudanças de atribuições estatais. O Estado passa a exercer outras atividades no mundo contemporâneo, deixando de ser apenas provedor de bens e serviços configurando-se como operador de transformações sociais. A intensificação da sua responsabilidade social, bem como dos setores privados também são conceitos que tomaram outra vertente nesse novo panorama universal.

Ademais, o Constitucionalismo tem função relevante para o desenvolvimento no sentido de assegurar referências mínimas necessárias à integridade democrática. Ele traduz as pretensões legítimas de um povo formalizadas através de suas normas, dentre as quais estão incorporadas dentro de um complexo de setores individual e coletivo, presentes e futuros, compreendido sob amplo aspecto na edificação de um espaço digno para todos.

Nessa compreensão sobre os elementos que integram questões paradigmáticas frente aos parâmetros desenvolvimentistas do mundo, a educação se posiciona na plataforma dos direitos humanos como parte integrante essencial a esse processo.

O Estado Social enquanto Estado de Direito, se apresenta como aquele em que os direitos sociais representam o meio pelo qual a sociedade interage com o Estado formado entre os séculos XIX e XX, período de estruturação da classe trabalhadora. Configura-se como uma transição entre o Estado Moderno e o Contemporâneo, quando ocorre o nascimento dos direitos sociais, consolidado no século XX, sob a égide do “Welfare State” (Estado do Bem-Estar). No entendimento de Moraes:

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica. E mais, a ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência. (MORAIS, 2010, p. 132)

Em Bonavides (2004), a igualdade política e a desigualdade social se confrontam e o Estado Social se apresenta como mediador, através do qual ocorre o reconhecimento dos direitos das classes menos favorecidas, as inserindo de forma participativa na vida política e como agentes de transformação social. O Estado e a democracia interagem em defesa das massas, promovendo garantia dos direitos fundamentais aos cidadãos, em função do seu caráter intervencionista,

Sobre o tema, Bonavides acrescenta:

O estado Social da Democracia distingue-se do Estado Social dos sistemas totalitários, por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, garantia tutelar dos direitos da personalidade. A Constituição Francesa, prolixa na discriminação dos direitos sociais e respeitante aos direitos fundamentais, como direitos perante o Estado, denotam a preponderância da ideia social no constitucionalismo contemporâneo [...]. O Estado Social da Democracia é harmonizador. (BONAVIDES, 2004, p. 204)

No contexto dos direitos humanos, a interpretação do direito contemporâneo abrange a concepção de cidadania democrática, fundamentada em valores humanos e sociais, norteados pelos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, ratificando a sua universalidade. De acordo com o Plano Nacional de Educação para os Direitos Humanos

(PNEDH):

O Estado brasileiro tem como princípio a afirmação dos direitos humanos como universais, indivisíveis e interdependentes e, para sua efetivação, todas as políticas públicas devem considerá-los na perspectiva da construção de uma sociedade baseada na promoção da igualdade de oportunidades e da equidade, no respeito à diversidade e na consolidação de uma cultura democrática e cidadã. (BRASIL, 2007)

Por conseguinte, a Educação para os Direitos Humanos se assenta nos ideais da compreensão das capacidades humanas com ênfase no pleno desenvolvimento, formação para o trabalho e exercício da cidadania, fundamentados na CF/88 e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB (Lei Federal nº 9.394/1996), que dispõe sobre as diretrizes da educação nacional.

A formação cidadã torna-se obrigatória, numa esfera de conscientização dos direitos e deveres necessários ao reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana. O cidadão é o agente capaz de exigir do Estado ações de interesse público que possibilitem o exercício da democracia. Salienta-se que, de acordo com o Art. 1º da lei supracitada, o sistema educacional engloba “os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.” (BRASIL, 1996)

Nessa dimensão, os direitos humanos fundamentais, inseridos numa perspectiva educacional, constituem dever do Estado Democrático de Direito, uma vez que o desenvolvimento de um povo não pode vir dissociado desse entendimento.

4 | A EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS NA PERSPECTIVA DE CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA E CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA

Os princípios educacionais são universais e orientam as relações humanas, na medida em que estabelecem diretrizes de democracia, justiça e dignidade para os homens. Nesse entendimento, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi a base para uma maior reflexão sobre os tratamentos desumanos, as opressões e as injustiças que aconteciam no mundo, precisamente logo após a Segunda Guerra Mundial, em 1945. Surgiu um campo favorável para verificar a necessidade de se assegurar condições íntegras para todos. A partir de um novo delineamento da ordem legal, a faculdade de respeitar os valores humanísticos torna-se uma obrigação de todos os povos. Na lição de Piovesan, os direitos humanos são:

[...] um conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna, jurídica, política, psíquica, física e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto os do presente quanto os do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a

possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum, ao mesmo tempo. Assim, como os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade de todos. (PIOVESAN, 2009, 523)

Percebe-se que a edificação do processo democrático de direito que ultrapassa as fronteiras internacionais sugere uma disseminação da formação da cultura da educação para os direitos humanos, imprescindível ao desenvolvimento do homem e alicerce dos indivíduos conscientes da sua atuação no mundo da vida. Cabe ao Estado-Nação a tutela jurídica dos indivíduos e a promoção de funções econômicas e sociais.

Nesse sentido, a educação assume uma ampla dimensão na edificação da cidadania. Veja-se a percepção de Silva sobre a cidadania:

Cidadania qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático (SILVA, 2020, p. 104).

Nessa perspectiva, a Educação para os Direitos Humanos inclui-se como um instrumento vital à formação do homem e na configuração de suas relações sociais e princípios como liberdade e igualdade, significam a prerrogativa de gozo dos seus direitos fundamentais. Existe uma dignidade inerente ao ser humano, que o preserva e o protege face à sua condição no mundo.

Santos preleciona que:

A educação para a cidadania e os programas educacionais voltados para esse fim pressupõem a crença na tolerância, a marca do bom senso, da razão e da civilidade que faz com que os homens possam se relacionar entre si. Pressupõem também a crença na possibilidade de formar este homem, ensinando a tolerância e a civilidade dentro do espaço e do tempo da escola (SANTOS, 2001, p. 151).

No entendimento de Dallari (1998), as pessoas têm direitos iguais e são dotadas de vontade e inteligência. Não há distinção de cor, sexo, condição de vida. O autor ressalta que todas as pessoas são influenciadas pela educação, através do ambiente social, porém isso não restringe a sua liberdade peculiar, possibilitando que as mesmas contemporizem suas atitudes de acordo com cada realidade que vivenciam.

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) se refere às esferas pública e privada, desenvolvendo ações educativas no contexto da educação da educação para os direitos humanos. O citado plano tem como objetivos gerais:

a) Destacar o papel da educação em direitos humanos para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

- b) Enfatizar o papel dos direitos humanos na construção de uma sociedade justa, equitativa e democrática;
- c) Encorajar o desenvolvimento de ações de educação em direitos humanos pelo poder público e a sociedade civil por meio de ações conjuntas;
- d) Contribuir para a concretização dos compromissos nacionais e internacionais referentes à educação em direitos humanos;
- e) Propor a transversalidade da educação em políticas públicas;
- h) Orientar políticas educacionais direcionadas para uma cultura de direitos humanos;

[...]

(GORCZEWSKI, 2009, p. 234)

Desse modo, a educação apresenta-se como um instrumento de integração humana relevante, participando efetivamente do desenvolvimento da sociedade, que passa a conter uma maior preocupação com causas que instiguem a mitigação das desigualdades sociais e a busca por mais qualidade de vida. Nesse sentido, a educação para os Direitos Humanos deve estar correlacionada ao desenvolvimento da personalidade e liberdades humanas, ratificando a consolidação do Estado Democrático Direito.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que ao longo dos tempos, o homem acolheu uma série de determinações aclamadas por meio de convenções referentes aos direitos que configuram o reconhecimento de processos políticos/civis definidos para a efetivação do processo democrático. Nessa esfera, os direitos humanos fundamentais têm despertado debates importantes em torno de uma maior conscientização da sociedade na promoção de instrumentos que representem o enfrentamento ao desrespeito e anulação desses direitos.

A Constituição Federal de 1988 considerou o direito ao desenvolvimento um direito fundamental supremo da sociedade e que consolida o Estado Democrático de Direito. Assim, a compreensão dos Direitos Humanos é essencial na contextualização dos significados das relações de igualdade e do respeito às diferenças estabelecidas entre os povos, permitindo a justiça e equidade social.

Dessa forma, o desenvolvimento econômico-social deve reduzir as diferenças sociais em todas as suas esferas e a educação para os direitos humanos tem sido preponderante para dinamizar intervenções sociais relevantes para o alcance desse objetivo, passando a conquistar um patamar elevado na universalização das políticas públicas em todos os seus níveis. A erradicação da violência, o respeito ao meio ambiente, o fim das discriminações sociais, a geração de emprego, são fatores, entre muitos, que contribuem incisivamente na edificação de uma sociedade mais igualitária, com valores potencializados a partir da educação para os direitos humanos.

Nessa perspectiva, é primordial a vinculação entre desenvolvimento, sociedade e direitos humanos, de forma permanentemente integralizada, deliberando um elo com a dignidade da pessoa humana enquanto princípio norteador. No processo democrático, o exercício da cidadania legitima o desenvolvimento dos indivíduos e a institucionalização da educação para os direitos humanos pressupõe a civilidade e a redução das desigualdades sociais. Ao atuar como agente transformador, o sujeito passa a ser o elemento fundamental para a fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. **A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa**. Santa Catarina: UNOESC, 2012.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. São Paulo, Atlas: 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Social ao Estado Liberal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. **Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em 10 fev. 2022.

BRASIL. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos / Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos**. – Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007, p. 25-76. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?> Acesso em 05 mar. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

GORCZEWSKI, Clóvis. **Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar, praticar**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

LEITE, Antonio Dias; VELLOSO, João Paulo dos Reis. **O novo governo e os desafios do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.

LODI, Lúcia Helena. **Ética e cidadania: construindo valores na escola e na sociedade/ coordenadora-geral**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos: Ministério da Educação, SEIF, SEMTEC, SEED, 2003. 6 v. II. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me002918.pdf>. Acesso em 13 abr. 2022

MORAIS, José Luis Bolzan. Direitos Humanos, Estado e Globalização. *In*: David Sanches Rúbio, Joaquim Herrera Flores, Salo de Carvalho (Org). **Direitos Humanos e Globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p.131-132, Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf>. Acesso em 18 abr. 2022.

ONU. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. 1986. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec86.htm>. Acesso em 29 mar. 2022.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.dudh.org.br>. Acesso em 23 jan. 2022.

ONU. **Programa Mundial para a Educação em Direitos Humanos**. 2004. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/textos/edh/br/plano_acao_programa_mundial_edh_pt.pdf. Acesso em 20 abr. 2022.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser; NAKANO, Yoshiaki. **Uma estratégia de desenvolvimento com estabilidade**. Revista de Economia Política. São Paulo, Jan, 2002, p.2. Disponível em: <http://bresserpereira.org.br/view.asp?cod=778>. Acesso em 05 abr. 2022.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito constitucional internacional**. 10 ed., Saraiva: 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAYO, José Tuvilla. **Educação em Direitos Humanos - rumo a uma perspectiva global**. Porto Alegre: Artmed, 2004.

SANDER, Benno. **Políticas Públicas e Gestão Democrática da Educação**. Brasil: Liber Livro Editora, 2005.

SANTOS, Gislene A. **Universidade formação cidadania**. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 35. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

O SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E NA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Data de aceite: 04/07/2022

Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha

Adriana Lima Moraes

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade fazer uma análise do Sistema de Justiça Multiportas e sua contribuição para a concretização do Direito Fundamental de Acesso à Justiça e para a efetividade da prestação jurisdicional no ordenamento jurídico nacional. A primeira parte será dedicada ao aprofundamento dos supracitados direitos fundamentais. Na segunda parte será conceituado o sistema de justiça multiportas, será conhecida, de forma resumida, sua origem e as particularidades, além da maneira como se apresenta no sistema jurídico brasileiro, qual seja, por meio dos conhecidos meios alternativos de resolução de conflito. Destaca-se que o estudo recairá sobre a conciliação, a mediação, a arbitragem e o procedimento de desjudicialização dos processos, em razão de estes serem os mais comuns para os cidadãos. Serão avaliados, na terceira parte, os principais óbices à cultura do uso dos meios consensuais, os reflexos do sistema multiportas na concretização de outros direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Justiça Multiportas. Meios consensuais.

ABSTRACT: This article with the purpose of making an analysis of the Multiport Justice System and its contribution to the realization

of the Fundamental Law of Access to Justice and to the effectiveness of the jurisdictional provision in the national legal system. The first part will be dedicated to the two aforementioned fundamental rights in depth. In the second part, the system of multiport justice will be established, it will be known, in a summarized way, its origin and its particularities, in addition to how it is presented in the Brazilian legal system, as it is, by means of two known alternative means of conflict resolution. It is emphasized that the study will fall on conciliation, mediation, arbitration and the procedure of dejudicialization of the two processes, because of these we will be the most common for the citizens. It will be validated, in the third part, the main obstacles to the culture of use of two consensual means, the reflections of the multi-port system in the realization of other fundamental rights and guarantees.

KEYWORDS: Access to Justice. Multiport Justice. Meios consensuais.

1 | INTRODUÇÃO

Ante a situação de constante conflito de interesses em que está imersa a sociedade, sempre surge a necessidade de se avaliar os meios pelos quais os conflitos estão sendo tratados, sobretudo no sistema judiciário nacional, que enfrenta, há longo período, uma grande crise. Esta se dá e se mantém em razão do excesso de demandas judiciais e da infraestrutura insuficiente do Poder Judiciário.

Neste cenário, é natural surgirem discussões sobre outros possíveis meios de se

resolver demandas, que garantam, de forma adequada, a prestação da tutela jurisdicional, além de facilitar o acesso à justiça. O ordenamento jurídico nacional possui como formas alternativas de solução de conflitos instrumentos variados, sendo os principais a mediação, a conciliação, a arbitragem e o procedimento de desjudicialização dos processos, que constituem chamada justiça multiportas.

Assim, o sistema de Justiça Multiportas pode ser definido como o conjunto de caminhos que os indivíduos tem disponível para buscar a solução do conflito. A existência desse amplo panorama de formas de tratamento das controvérsias leva a acreditar na possibilidade de uma expansão do acesso à justiça aos cidadãos e da prestação efetiva da tutela jurisdicional.

Desta forma, o presente trabalho possui como objetivo analisar o sistema de justiça multiportas no ordenamento jurídico brasileiro com o fim de verificar os seus efeitos na concretização das garantias constitucionais de acesso à justiça e da efetiva prestação jurisdicional, bem como de outros direitos e garantias constitucionais.

A pesquisa fora construída por meio de levantamento bibliográfico, com a contribuição de um conjunto de autores que, em sua produção científica, constroem formulações relacionadas aos principais conceitos referentes ao tema. Ademais, será usado a legislação, além de posicionamentos jurisprudenciais que eventualmente existam pertinentes ao assunto. A metodologia utilizada é, principalmente, de caráter bibliográfico, com perspectivas descritiva, exploratória e teórica.

2 | O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto inúmeros direitos e garantias aos cidadãos, tanto individuais quanto coletivas, a maioria elencados no artigo 5º do texto constitucional. Para a presente pesquisa, será abordado o inciso XXXV do mencionado dispositivo, que disciplina, expressamente, a garantia do acesso à justiça ao dizer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Conforme a doutrina de Sá (2020), quando o texto constitucional estabelece que o Poder Judiciário não poderá se furtar de apreciar lesão ou ameaça de lesão, está conferindo “[...] ao Estado o dever de analisar a tutela de um direito que a parte alega possuir, [...] ainda que para dizer, à luz do ordenamento jurídico, que ela, parte, não tem razão”. (SÁ, 2020, p. 76)

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional complementa tal entendimento, firmando que “[...] é, pois, assegurado – como garantia fundamental – o direito de demandar perante os órgãos jurisdicionais do Estado, seja qual for a causa que se queira deduzir perante estes [...]” (CÂMARA, 2014, p. 55).

Nesse sentido, pode-se entender acesso à justiça, a princípio, como a possibilidade de pleitear em juízo um direito que está sendo ou está na iminência de ser violado. Isto é,

a prerrogativa de ingressar com uma ação judicial.

Não se pode, contudo, restringir o alcance do acesso à justiça ao simples ato de postular juridicamente, já que existem outros direitos e garantias relacionados e que devem ser observados como, por exemplo, a razoável duração do processo e o devido processo legal, garantias processuais asseguradas constitucionalmente.

Desse modo, para além da possibilidade de ingressar com uma ação judicial, extrai-se do entendimento acima que o acesso à justiça requer que a prestação jurídica obtida seja efetiva e justa, ou seja satisfatória, de modo a cumprir a finalidade do processo.

Por outro lado, não se pode falar de acesso à justiça sem mencionar a obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que analisaram a evolução, conceitos, as barreiras que dificultam a concretização do acesso à justiça e as possíveis soluções a serem adotadas.

A primeira barreira colocada pelos autores são as custas judiciais, onde os litigantes além de suportarem os custos necessários da ação, devem arcar com os honorários advocatícios, e, quando o país adota o princípio da sucumbência, os custos são maiores ainda pois tem que suportar os de ambas as partes (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

É acrescentado, ademais, que a duração desarrazoada do processo é um dos principais fatores que embaçam o acesso à justiça, pois o longo tempo em que dura um processo, faz com que as custas aumentem ainda mais, e isso pressiona o economicamente fraco a abandonar sua lide, ou aceitar acordo com valores bem inferiores ao pleiteado (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

Como segunda barreira, os autores colocam a possibilidade das partes, em que destacam dois aspectos: recursos financeiros e a possibilidade de reconhecer um direito e propor uma ação. Ambos se referem à presença de vantagens e desvantagens aos litigantes (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

Como terceira barreira, Cappelletti e Garth (1988) indicam os problemas especiais dos interesses difusos, segundo o autor:

Interesses difusos são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 26).

Assim, se o governo não intenta uma ação e favor do interesse do grupo, é possível que esse direito permaneça sendo violado, pois, mesmo que um interessado pleiteie individualmente, a lesão só cessará quando da entrada da ação coletiva, já que a ação individual pode não surtir o efeito de fazer o infrator cessar a sua conduta violadora.

Após apontar as barreiras, os autores destacaram três possíveis soluções ou ondas renovatórias: a primeira seria a assistência judiciária garantida aos necessitados; a segunda seria proporcionar representação jurídica aos interesses difusos; e a terceira seria

o “enfoque de acesso à justiça” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31).

Em contrapartida, o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva consiste em um direito fundamental e encontra-se previsto no mesmo dispositivo constitucional que o direito de acesso à justiça, qual seja, no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Como será demonstrado, o direito à tutela jurisdicional é mais amplo e engloba a garantia do acesso à justiça.

O direito fundamental de prestação jurisdicional também possui igual previsão no Código de Processo Civil (2015, art. 3º). O fato de tal direito vir expresso, configura a característica da universalização da jurisdição, que está relacionada tanto à extensão da prestação jurisdicional, quanto ao momento adequado para a propositura da ação. (MARINONI; et al., 2020)

A doutrina (SARLET, 2019, p. 1189) conceitua a ação como sendo “o direito à tutela adequada e efetiva mediante processo justo”, ou seja, é um meio de alcançar uma prestação jurisdicional eficaz para a proteção dos direitos, não bastando uma mera possibilidade de tutela, mas a garantia da existência de meios e procedimentos convenientes à realização do direito fundamental à tutela jurisdicional.

Desta forma, Sarlet (2019, p. 1189) defende que “o direito à tutela jurisdicional deve ser analisado no mínimo sob três perspectivas: (i) do acesso à justiça; (ii) da adequação da tutela; e (iii) da efetividade da tutela”. A primeira diz respeito ao momento em que pode ser proposta a demanda, à amplitude da prestação jurisdicional e aos custos processuais.

A adequação, por sua vez, consiste na necessidade de a tutela jurisdicional estar em conformidade com a proteção dos direitos, devendo o processo ser um meio capaz de promover a proteção do direito material. Por fim, a efetividade da tutela está relacionada ao resultado da demanda, se a resposta estatal corresponde ao esperado pela parte. (SARLET, 2019).

Tem-se, assim, que o direito fundamental à prestação jurisdicional é uma importante ferramenta de garantia de diversos outros direitos constitucionais, devendo ser sempre observado e respeitado. Disso surge a necessidade de adoção de meios céleres, eficazes e adequados à tutela dos direitos, sob pena de violação a várias garantias, como por exemplo, o acesso à justiça. (CARVALHO, 2006).

Assim, como forma de garantir o direito fundamental à tutela adequada e efetiva, cresce a importância de abordar sobre os meios alternativos de resolução de conflitos existentes no ordenamento jurídico nacional. São formas que, de certa maneira, contribuem para o fim da crise do sistema judiciário.

3 | O SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O conflito sempre esteve presente na sociedade, pois é algo inerente à vida em

coletividade em razão da existência natural de interesses opostos. Assim, buscou-se meios capazes de solucionar as controvérsias entre os cidadãos para que fosse possível a pacificação social, bem como resguardar os direitos dos envolvidos. Desta forma, muitos foram os meios utilizados durante a história para se chegar às diversas alternativas existentes na atualidade.

Inicialmente, diante da inexistência de leis impostas pelo Estado e da própria ineficácia deste em solucionar as controvérsias dos indivíduos, o homem utilizou a autotutela, como forma de proteger seus interesses. A Autotutela consistia em um meio em que o mais forte se sobressaía sobre o mais fraco, não era um meio eficaz de solução dos conflitos de interesses, já que a decisão justa não existia, em razão da presença de uma parte vulnerável que sempre teria seus interesses suprimidos em detrimento da demanda do que possuía mais força.

Outro meio utilizado nos sistemas primitivos era a autocomposição, ainda presente, residualmente, na atualidade, sendo que esta consiste na ideia de que uma das partes em conflito, ou ambas, buscando solucionar o litígio, abrem mão do próprio interesse, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. A autocomposição se daria por meio de renúncia, submissão ou transação.

A arbitragem como meio de resolução, se diferencia da autotutela e da autocomposição por ser uma forma heterocompositiva, ou seja, há a participação de um terceiro escolhidos pelos envolvidos e alheio ao litígio, que poderá inclusive impor a solução às partes. (BACELAR, 2012).

Contudo, com o desenvolvimento das regras de convivência e a consolidação de um Estado Soberano, sempre que surge um conflito, atualmente, a primeira possibilidade de resolução que vem à mente é a de ingressar com uma ação judicial. A jurisdição Estatal tornou-se, assim, a principal forma utilizada para a solução de demandas.

Sucedese que a elevada incidência de demandas judiciais levou a um cenário de crise do sistema judiciário brasileiro. Tal situação, agravada pela estrutura insuficiente do Judiciário, traz consequências gravíssimas para o Estado e para a coletividade, como por exemplo, a morosidade excessiva na resposta às demandas judiciais, o que causa insatisfação na sociedade, que cada vez mais enxerga o Poder Judiciário como lento e ineficaz.

Desta forma mostrou-se necessário a criação de alternativas que amenizassem o alto grau de litigiosidade no ordenamento jurídico nacional e servissem como forma de descongestionar o Poder Judiciário, preservando, assim, a prestação eficiente da tutela jurisdicional, bem como os direitos fundamentais dos jurisdicionados.

Nesse contexto de crise, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125/2010, que, segundo a própria ementa, “dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências” (CNJ, 2010).

O Código de Processo Civil, corroborando com esse entendimento e buscando implementar efetivamente o uso de meios mais adequado para a resolução de conflitos, instituiu o modelo conhecido como sistema de Justiça Multiporta, que, nas palavras de Marco Lorencini (2020, p. 72), “é o nome que se dá ao complexo de opções, envolvendo diferentes métodos, que cada pessoa tem à sua disposição para tentar solucionar um conflito”.

O conceito de Justiça Multiportas surgiu nos Estados Unidos e parte da ideia de que adequada é a justiça que possui várias portas e tenha possibilidade de atender, de formas diversas, as variadas demandas.

Assim, diante de um conflito, na visão do sistema multiportas de justiça, o jurisdicionado terá à disposição várias formas de solucioná-lo, devendo optar pela que julgar adequada à resolução da sua demanda. Mostra-se como uma grande alternativa à jurisdição estatal, pois, da mesma forma que esta, almeja a pacificação social e a extinção do conflito.

Percebe-se que o intuito desse sistema não é o de afastar a atuação do poder público por meio da jurisdição, mas sim fornecer às partes integrantes do litígio variadas opções e possibilidades de solucionar a sua demanda. Desse modo, seria uma escolha do jurisdicionado submeter o seu conflito à análise jurisdicional ou a um método alternativo em que a solução poderia ser encontrada pelos próprios litigantes.

A conciliação, mediação e arbitragem, são os meios mais abordados pela doutrina como sendo os principais utilizados paralelamente ao meio judicial. Na atual conjuntura jurídica, o processo de desjudicialização de vários procedimentos, também tem servido como grande alternativa para a solução de conflitos e a conseqüente ampliação e alcance do direito constitucional de acesso à justiça.

A conciliação consiste em um meio alternativo ao processo judicial em que as partes chegarão ao fim do conflito mediante consenso entre elas, ficando o procedimento sob a administração de um terceiro imparcial chamado de conciliador.

Ainda que chegar a um resultado para a demanda seja função das partes, a figura do conciliador ganha destaque deste método de composição, visto que este deverá atuar, “preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes”, além disso, “poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”, conforme disposição expressa do parágrafo segundo do artigo 165 do Código de Processo Civil. (BRASIL, 2015)

Esclarece-se que no Brasil há a possibilidade de conciliação judicial e extrajudicial. Caso a conciliação se dê no bojo do processo judicial, como uma de suas etapas, será realizada na denominada Audiência de Conciliação ou Mediação, cujo comparecimento das partes é obrigatório, sob pena de se configurar ato atentatório à dignidade da justiça (SOUSA et al. 2020). Frise-se que a conciliação poderá ser proposta pelo magistrado em qualquer instante processual.

Diferentemente da forma extrajudicial que, se dará em cartório e, em regra, não há obrigatoriedade no comparecimento pessoal das partes, podendo estas serem representadas. (SOUSA et al. 2020).

A conciliação tem papel de grande importância no que diz respeito a uma prestação jurisdicional efetiva, visto que será realizada conforme a vontade dos demandantes e por fim à controvérsia de forma célere e eficaz para ambas as partes, além de contribuir, sobremaneira, para amenizar a crise judiciária.

Por sua vez, a mediação configura mais um dos meios consensuais de resolução de conflito no qual as partes deverão, de forma conjunta, encontrar a solução para o conflito de interesse.

Além de ter regras dispostas no Código de Processo Civil, a mediação também encontra regulamento na Lei n. 13.140/2015 que, em seu artigo primeiro, parágrafo único, a define como sendo “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. (BRASIL, 2015)

Desta forma, o método da mediação contará com a participação de uma terceira pessoa, que recebe o nome de mediador, devendo este, por intermédio de uma atuação imparcial, levar ao fim a demanda de forma satisfatória para os litigantes.

A respeito da figura do mediador, dispõe o Código de Processo Civil, em seu artigo 165, parágrafo terceiro que, o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

De forma indiscutível, a mediação é mais uma das formas adequadas de se chegar à resolução de um conflito, pois o uso desse método partirá, unicamente, da vontade das partes envolvidas na demanda, o que, por conseguinte, tornará a solução da demanda satisfatória para todos os envolvidos.

A arbitragem no Brasil é regulada pela Lei nº 9.307/1996, que estabelece, em seu artigo primeiro, que ela será usada para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, e poderá ser utilizada tanto por particulares, quanto pela administração pública. Ademais, o referido dispositivo estabelece como requisito para a realização da arbitragem a celebração por pessoas que sejam capazes de contratar. (BRASIL, 1966)

Por arbitragem entende-se ser uma “técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e imparcial (porque não feita diretamente pelas partes) do litígio” (JÚNIOR. F, 2019, p. 208). Assim, diferencia-se da conciliação e mediação, pois, o árbitro poderá exarar a solução do conflito por meio da chamada sentença arbitral.

O instituto da arbitragem concede a liberdade de escolha do árbitro, e, em contrapartida obriga às partes a se submeterem à decisão deste. À declaração de vontade

supramencionada dá-se o nome de convenção de arbitragem. Esse termo está descrito no artigo 3º da Lei de Arbitragem (Lei 9307/96) como sendo gênero que engloba duas espécies, quais sejam, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória está descrita no artigo quarto da Lei de Arbitragem (Lei 9307/1996) como sendo um meio por meio do qual as partes comprometem-se a submeter os litígios que possam vir a surgir, decorrentes de determinado contrato, à arbitragem. A lei destaca ainda que tal instituto deve ser formalmente assentado por escrito, no bojo do contrato ou em documento relacionado a este.

O compromisso arbitral, por outro lado, é firmado quando não ocorre o ajuste prévio entre as partes sobre a forma de instituir a arbitragem, ou seja, já há a presença de um litígio. Outrossim, conforme disposição legal (art. 9º da Lei 9307/96), o instituto permite que a arbitragem poderá ser realizada por um ou mais árbitros, podendo ser judicial ou extrajudicial.

Ainda de acordo com a Lei da Arbitragem (art. 9º, §1º e §2º da Lei 9307/96), o compromisso arbitral judicial será celebrado nos autos perante o juízo ou tribunal onde tramita a demanda, através de termo. Enquanto isso, o compromisso arbitral extrajudicial será realizado através de instrumento particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

O ato que encerra o procedimento da arbitragem, é denominado de sentença arbitral, conforme disposto no artigo 29 da Lei de arbitragem (Lei 9307/1996). O árbitro deverá proferir sua decisão no prazo determinado pelas partes, contudo, caso as partes não tenham estipulado nenhum prazo, a sentença deverá ser proferida em seis meses, contados da instituição da arbitragem ou, se for o caso, da substituição do árbitro.

A Lei 9307/1996 elenca, no artigo 26, os requisitos obrigatórios da sentença arbitral, quais sejam: o relatório, com os nomes das partes e o resumo da lide; os fundamentos da decisão, contendo as questões de fato e de direito e se foi por equidade; o dispositivo, onde os árbitros decidirão as questões apresentadas e fixarão um prazo para o cumprimento da decisão; por fim, a sentença arbitral conterà a data e o lugar em que foi proferida.

Ainda conforme a lei, caso a decisão não tenha os requisitos acima, será considerada nula. Ademais, a legislação confere os mesmos efeitos de uma sentença produzida pelos órgãos do Poder Judiciário à sentença arbitral e a constitui título executivo. Além disso, a sentença proferida não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (arts. 31 e 32, Lei 9307/1996).

O Código de Processo Civil respalda o entendimento acima, ao determinar, no artigo 515, que a sentença arbitral é um título executivo judicial. Deve, portanto, o interessado ingressar com a ação de execução, caso não haja cumprimento voluntário. Apesar de irrecorrível, extrai-se do fragmento destacado acima que é possível acionar o árbitro acerca de eventuais erros materiais ou omissão pertinente.

Percebe-se, diante do apresentado, que arbitragem é um procedimento mais rápido

para a solução de conflitos, pois não há o excesso de formalismo e a demora da tramitação de um processo no tribunal. Ademais, as partes podem escolher um árbitro especialista na resolução de sua lide, o que difere do juiz que muitas vezes não tem a especialidade no conflito que está sendo proposto.

A desjudicialização é um procedimento que não possui um conceito unânime formado pela doutrina, contudo, interpreta-se da análise literal do termo, que significa demanda desenvolvida fora do âmbito jurisdicional. Nesse sentido:

[...] o fenômeno da desjudicialização significa a possibilidade das partes resolverem suas questões fora da esfera de atribuição do Poder Judiciário, através de novas formas de ampliar o acesso à justiça, mas resguardando-se sempre, o núcleo essencial da atividade jurisdicional, que são as questões contenciosas e mais complexas. (CUNHA, H., pg 25, 2012).

Percebe-se, que o objetivo desta técnica, além de garantir o direito fundamental de acesso à justiça, é contribuir com a celeridade de ações litigiosas, que, se fossem processadas pelo modo jurisdicional, teria a morosidade característica da grande maioria dos processos judiciais.

Segundo Medeiros (2006) os processos de desjudicialização podem assumir diversas vertentes, quais sejam, a simplificação do processo judicial e o acesso a meios informais de resolução dentro do próprio processo judicial; a “deslegalização”, como no caso das questões desportivas, da descriminalização; a transferência da competência para solução dos conflitos de uma instância judicial para uma instância administrativa; novas profissões jurídicas e novas competências para a gestão e resolução dos litígios, como os cartórios; e a resolução por meio de prevenção dos litígios.

No Brasil, há a aplicação de todos esses quesitos e o crescente desenvolvimento de aprimoramentos capazes de ampliar e divulgar cada vez mais essa técnica. Dessa forma, faz-se necessário conhecer alguns exemplos existentes no nosso ordenamento, a fim de visualizar como a desjudicialização influencia no direito fundamental de acesso à justiça.

Inicialmente, como primeiro exemplo, cabe citar a Lei 11.441/2007, que possibilitou a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, isto é, feito em cartório de forma muito mais célere e simples do que se ocorre pela via judicial. Tal lei alterou os dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 e foi incorporada pelo Código de Processo Civil de 2015.

Em relação ao inventário extrajudicial, o Código de Processo Civil de 2015 não alterou a redação do código antigo. Dessa forma, o inventário extrajudicial é realizado quando todos os interessados e legitimados forem capazes e estiverem de acordo. Poderá ser feito por escritura pública e todas as partes, obrigatoriamente, deverão estar assistidas por advogado ou defensor público (Brasil, 2015).

Por sua vez, o divórcio extrajudicial poderá ser registrado em cartório, por meio de escritura pública, quando não houver filhos menores ou incapazes. No documento constarão

as disposições relativas à partilha de bens, à pensão alimentícia, ao nome do cônjuge que teve seu sobrenome alterado. A escritura pública não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil de imóveis. Por fim, a lei exige que as partes estejam assistidas por advogado ou por defensor público. (Brasil, 2015)

Outro exemplo de caso de desjudicialização, é o trazido pela Lei 8560/1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Surgiu nos anos noventa como uma alternativa às inúmeras ações dessa natureza que movimentavam o Poder Judiciário. Dessa forma, passou a ser válida o reconhecimento da paternidade realizado sem ação de investigação de paternidade.

Outro exemplo a ser citado é a autorização concedida pelo art. 571 do Código de Processo Civil de 2015 para a demarcação e divisão de bem imóvel comum através de escritura pública, com a condição de que os interessados sejam maiores, capazes e estejam de acordo. A escritura pública deverá ser lavrada por Tabelião e registrado na matrícula do imóvel, podendo ser retificada ou alterada desde que na mesma serventia. (CABRAL e CRAMER, 2015).

A desjudicialização, portanto, é um importante meio de acesso à justiça e de descongestionamento do Poder Judiciário, devendo ser incentivada e ampliada pela Administração Pública, tanto por beneficiar os cidadãos, quanto o próprio Estado e a Justiça. Deve, portanto, ser utilizado como uma via principal de soluções de litígios e não apenas como uma opção secundária.

4 | OS REFLEXOS DO SISTEMA MULTIPORTAS NO SISTEMA JUDICIÁRIO NACIONAL

É notório que uma das maiores contribuições que o Poder Público pode conceder, com o fim de se aproximar de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, é a potencialização dos meios necessários de acesso à justiça, através da criação de políticas públicas, capacitação de profissionais, incentivos e a ampla divulgação dos benefícios de usar os meios consensuais.

Com esse entendimento, é que foi editada a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, sendo dever deste Poder incentivar tal forma de tratamento das controvérsias jurídicas, organizando em âmbito nacional serviços que possibilitem os mecanismos de solução consensual de conflitos.

A resolução surgiu, ainda, como uma necessidade de estimular, apoiar, difundir, uniformizar e aprimorar as práticas já adotadas pelos tribunais, para evitar disparidades de decisões e atuações, bem como para assegurar a boa execução das políticas públicas, respeitadas as especificidades de cada seguimento da justiça.

Na implementação da Política Nacional deverá ser observado a centralização das estruturas judiciárias, a adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e

mediadores, além do acompanhamento estatístico específico (art. 2º).

Para tanto, caberá ao CNJ estabelecer diretrizes para a implementação das políticas públicas pertinentes, providenciar a capacitação dos profissionais, incentivar o uso desses métodos por meio da consideração das atividades consensuais em critério de promoção por merecimento, buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e instituições de ensino para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos. (art. 6º)

Além disso, entre as principais incumbências do CNJ, está a comunicação entre os tribunais e a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensoria Pública, Ministério Público e Procuradorias, incentivando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), criados pelos próprios tribunais, e promovendo a atuação dessas entidades na prevenção dos litígios (art. 6º e 8º).

Quanto aos Tribunais, a Resolução em análise determina que estes deverão criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos; empreender a Política Judiciária Nacional de acordo com as diretrizes da Resolução; instalar os CEJUSC; promover a capacitação e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores (art. 7º).

Apesar de tais medidas estarem previstas nestes documentos legais, o modelo multiportas encontra diariamente alguns obstáculos para ser efetivamente implantado no Brasil. Não é suficiente, pois, que esteja previsto por escrito em leis e resoluções, é indispensável que seja colocado em prática.

Os obstáculos de implantação desse sistema transitam por diversas áreas a serem analisadas e superadas. Conforme o professor Lessa Neto (2015), os desafios a serem superados se apresentam de forma estrutural, educacional e cultural, e, apesar de ser possível identificá-los de forma separada, todos devem ser enfrentados conjuntamente.

Os desafios de ordem estrutural estão relacionados, primeiramente, com a infraestrutura física propriamente dita, ou seja, com os prédios dos tribunais e das demais instituições do Poder Judiciário. De acordo com a ideia do atual Código de Processo Civil, as audiências de conciliação ou mediação deverão ser realizadas em espaços próprios, isto é, nos centros judiciários específicos para a execução desses meios alternativos, que devem ser espaços informais, confortáveis, capazes de favorecer o clima de resolução consensual. (LESSA NETO, 2015)

Além do espaço físico, os desafios estruturais também envolvem a necessidade de um conjunto de servidores que exerçam as funções de recebimento, organização, triagem e acompanhamento da tramitação dos processos.

Outro desafio apontado pelo professor Lessa Neto (2015) é o obstáculo de ordem educacional ou de formação, relacionado tanto aos profissionais já atuantes, quanto aos estudantes que ainda ocupam os bancos das graduações de Direito. A premissa é que, de nada adianta ter toda uma infraestrutura física, se não há profissionais capacitados para

conduzir de forma adequada a negociação.

Para que obtenha desfechos satisfatórios, é necessário que as técnicas consensuais sejam feitas por servidores capacitados para o ato. É indispensável que os magistrados, advogados, mediadores, conciliadores e todos os profissionais envolvidos, sejam capazes de auxiliar, informar, bem como, incentivar as partes à autocomposição (JUNIOR, R., [201-]).

Quanto à formação dos futuros profissionais do Direito, é essencial que as graduações incluam em suas grades curriculares matérias relacionadas aos métodos alternativos de conflitos, para que os futuros profissionais já tenham em mente a importância dos métodos consensuais e de buscar a melhor alternativa para a solução da lide.

Em atenção a esse aspecto tão importante, o Conselho Nacional de Educação editou a Resolução nº 05 de 2018, posteriormente homologada pela Portaria 1.351 de 2018 do Ministério da Educação, que institui novas diretrizes curriculares nos cursos de graduação em Direito.

O mencionado documento determina que as universidades deverão garantir no perfil do graduando o domínio das formas consensuais de composição de conflitos (art. 3º), tendo um prazo de dois anos para adaptar a grade curricular (art. 14).

Por fim, o autor salienta o desafio de ordem cultural, sendo este o mais difícil de superar, pois se refere à crença enraizada na sociedade de que a decisão judicial é a única suficiente e capaz de concretizar a justiça, de fazer com que haja uma conclusão justa e segura da controvérsia. Além disso, concebem a ideia de que o uso dos meios consensuais está necessariamente concatenado à ideia de abrir mão de parte do seu direito. (NETO, 2015).

Com a utilização do modelo de justiça multiportas no país é possível a consolidação e efetivação de muitos outros direitos, como o da dignidade da pessoa humana, da demanda e da duração razoável do processo, bem como os princípios da economia processual e do devido processo legal.

O Código de Processo Civil (2015), como forma de mostrar harmonia com a Constituição Federal, traz em seu texto expresso tais direitos e garantias processuais, assim como formas de realizá-los. Como exemplo de mecanismo útil a este fim pode ser citado os meios alternativos de solução de conflito, já analisado anteriormente.

O primeiro princípio a ser estudado será o Princípio da Dignidade Humana, trazido pela Constituição Federal (1988) como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ou seja, a dignidade humana constitui a base, a razão e o objetivo do Estado Democrático de Direito. O Código de Processo Civil (2015) também faz menção expressa a este princípio, em seu art. 8º, ao determinar que o mesmo deverá ser resguardado e promovido. Firma-se, assim, a valorização do ser humano como o mais importante pilar do ordenamento jurídico brasileiro.

Deve prevalecer, assim, a ideia de que o princípio da dignidade da pessoa humana

necessita estar presente efetivamente em todo o sistema jurídico. Cabe, então, ao Estado viabilizar a sua proteção por meio de ferramentas e ações concretas, como por exemplo, implementação de formas que garantem o acesso à justiça, já que este, quando concretizado, permite o alcance da dignidade humana ao possibilitar instrumentos para a proteção dos demais direitos dos cidadãos. (CAVALCANTE, 2017)

Continuamente, outro princípio que deve ser levado em consideração por efeito de sua pertinência ao tema, é o princípio da demanda que consiste na possibilidade de apenas a parte ingressar com uma ação judicial. Quanto a este princípio, Humberto Theodoro (2019) destaca a sua importância pelo fato de que o mesmo está intimamente ligado à garantia de liberdade. Ademais, assevera:

Com a observância desse princípio, na ordem processual, busca-se dimensionar a garantia de acesso à justiça, sobrepondo-lhe a liberdade que tem o indivíduo de recorrer, ou não, à tutela jurisdicional, preferindo, segundo sua conveniência pessoal, outras formas de solução para as lesões ou ameaças sofridas em sua esfera jurídica (JÚNIOR, H. 2019, p. 131)

Desta forma, tem-se que, caso haja uma controversa a ser resolvida, o cidadão deverá demandar em juízo e o Estado não poderá se abster de pacificar o conflito. Contudo, deve-se elucidar que não é necessariamente uma ação judicial, pois esta pode optar pelos meios alternativos de resolução de conflito. Contudo, ainda que recorra à jurisdição estatal, poderá optar por abandoná-la caso entre em consenso com a outra parte.

O princípio da duração razoável do processo está expresso no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (1988) e no art. 4º do Código de Processo Civil (2015). Além disso, também encontra previsão no art. 8º, nº1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), da qual o Brasil é signatário. Todos os dispositivos esclarecem o direito da parte em obter a solução integral do seu processo em um tempo razoável, incluída a execução.

Deve ser esclarecido que o direito à duração razoável do processo não nasceu com a Constituição Federal, tendo sido incluído no rol do art. 5º com a Emenda Constitucional 45/2004, que o elencou, expressamente, como um direito fundamental. Como já debatido, a demora do sistema judiciário brasileiro configura uma espécie de sacrifício ao direito das partes.

Como já explanado, a jurisdição não se resume à apenas a resolução da lide pelo Estado por meio de uma ação judicial, pois está além, servindo ao propósito de entregar uma tutela jurisdicional satisfativa, adequada e em tempo razoável. Desta forma, como detentor do monopólio da jurisdição, o Estado deve cuidar para que o processo não fracasse e, ainda, preserve as garantias processuais dos jurisdicionados. (MOTTA, 2017)

Como um exemplo da atuação do Estado, por meio do Poder Legislativo, na procura constante de entregar celeridade às resoluções das demandas judiciais, pode ser citada a criação dos juizados especiais, conforme se destaca a seguir:

Sendo assim, com o intuito de tornar célere o processo garantindo-se a

razoável duração do processo, o legislador criou os juizados de pequenas causas, que atualmente são conhecidos como juizados especiais cíveis / criminais. O Código de Processo Civil de 2015, possui ainda muitas alterações que podem ser feitas a fim de concretizar o princípio da razoável duração do processo como uma melhor estruturação do Estado, liberação de verbas para investimentos de ordem estrutural do Poder Judiciário, assim como contratação de funcionários e aquisições de equipamentos. (MOTTA, 2017, p. 17).

Como consequências negativas da tardia prestação jurisdicional, pode-se ser citado a mácula e o desgaste sobre a imagem do Poder Judiciário, e, ainda, a diminuição dos acertos e da qualidade dos pronunciamentos judiciais em razão do grande acúmulo de processos, bem como, o aumento dos custos para as partes, o que pode levar a uma elevada desigualdade entre as mesmas, sobretudo se uma delas for hipossuficiente, além de provocar aceitação de acordos com valores ínfimos apenas para que o processo chegue ao fim. (GONÇALVES, 2011)

Assim, as formas alternativas à solução de conflitos existentes podem ser vistas como parte da solução buscada pelo poder público para a questão da lentidão do Poder Judiciário. Como analisado, um acordo realizado no âmbito de uma conciliação judicial, por exemplo, põe fim ao processo em tempo moderado e, ainda, permite às partes conflitantes chegarem a uma tutela satisfatória a ambos os lados.

Aliado ao princípio da duração razoável do processo está o da economia processual. Ao conceituá-lo, a doutrina costuma apresentá-lo sob dois aspectos, sendo o primeiro referente ao seu objetivo, que é a obtenção de “menos atividade judicial e mais resultados”, ou seja, a utilização de instrumentos que coíbam a multiplicidade de processos e, ainda, a inútil repetição de atos processuais. Como exemplo, aponta-se o uso de ações coletivas e, ainda, o mecanismo do litisconsórcio que, evitam demandas que buscam atingir o mesmo resultado. (AMORIM, 2018, p. 199).

Ao abordar o segundo aspecto do princípio da economia processual, Daniel Amorim (2018) destaca o seguinte:

No segundo aspecto levantado, há no sistema processual alguns institutos processuais que evitam a repetição de atos processuais, o que numa análise macroscópica do princípio são extremamente importantes, tais como a reunião de ações perante o juízo prevento em razão de conexão ou continência¹¹⁶, a suspensão por prejudicialidade externa, a prova emprestada, o julgamento por amostragem dos recursos especiais e extraordinários repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas. (AMORIM, 2018, p. 199)

Torna-se evidente que a economia processual deve ser buscada já que são inequívocos seus benefícios para as partes do processo e para a perturbação que assola o sistema judiciário.

Por último, cabe a análise do princípio do devido processo legal, que apesar de estar mais frequentemente relacionado ao processo judicial, é de necessária importância,

também, no uso dos meios alternativos de resolução de conflitos e, ainda, no âmbito extrajudicial que corre perante os cartórios.

Conforme De Sá (2020, p. 91) apresenta, “o princípio do devido processo legal tem por finalidade estabelecer que as causas sejam dirigidas de acordo com a ideia de um modelo constitucional de processo”. Corroborando com a ideia, Humberto Theodoro (2019) esclarece que a garantia do processo legal vai muito além do respeito às formalidades legais para a tramitação do processo, uma vez que abarca variados direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, como a garantia do juiz natural, do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório, bem como a da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

Assim, pode-se concluir que a observância de todos os princípios ora analisados é de expressiva importância tanto para o exercício da jurisdição estatal, quanto para as outras formas de resolução de demandas, já que são necessários para um processo justo e efetivo.

Resta claro o papel dos meios alternativos de solução de conflitos na garantia dos direitos e garantias fundamentais, já que por meios de alguns dos procedimentos, como por exemplo, a mediação e a conciliação, as partes terão a oportunidade de dialogar e acordar a conclusão do conflito da maneira que entender mais adequada.

A despeito da incontestável importância e de todos os benefícios, discriminadamente abordado, os meios consensuais não devem ser vistos unicamente como instrumentos criados para diminuir o número de processos nos tribunais ou como técnica para acelerar a resolução dos processos (JUNIOR, F., 2019). Isto é, estes mecanismos não foram criados com a intenção de desafogar o sistema judiciário.

Para além disso, os meios alternativos de solução de controvérsias foram criados buscando, fundamentalmente, o tratamento adequado das demandas, e isso inclui o estímulo à atuação das partes diretamente na elaboração de uma solução para o impasse (JUNIOR, F., 2019). Assim, os indivíduos se situam mais próximos da justiça, e, ao construírem uma decisão há maior possibilidade de que esta seja satisfatória e efetiva.

Notório é, entretanto, que o uso adequado do Sistema de Justiça Multiportas, com a elaboração e execução de políticas públicas que possibilitem a sua efetivação, com o estímulo e educação da sociedade, bem como a formação e capacitação dos servidores, é capaz de proporcionar a diminuição do ajuizamento de demandas judiciais, e, igualmente dos processos que já estão tramitando e que são passíveis de resolução por meio consensual.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, para que se obtenha essa prestação jurídica, é necessário que o Estado esteja devidamente apto a oferecer uma resposta satisfatória. Contudo, apenas

através do meio jurisdicional, o retorno do Estado já não é suficiente ou satisfatório para as demandas da sociedade. Mostrou-se, assim, relevante a análise do Sistema de Justiça de Multiportas, através dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Ficou demonstrado que o mencionado sistema e seus instrumentos, representados principalmente pela conciliação, mediação, arbitragem e desjudicialização de procedimentos, representa meios eficazes de chegar à pacificação do litígio, pois a própria parte julgará qual forma de resolução de conflitos será mais adequada para a sua demanda.

Ademais, verificou-se que o Sistema Multiportas não foi criado com o objetivo de desafogar o Judiciário e diminuir a morosidade das decisões, e sim para buscar um tratamento adequado aos conflitos. Apesar disso, tem um grande potencial para tal medida.

Dessa forma conclui-se que o tema em estudo é de extrema importância, na medida em que o Sistema de Justiça Multiportas contribui de forma exitosa para o princípio do acesso à justiça ao inserir novas alternativas de resolução das demandas, bem como representa uma conquista positiva para o direito de obtenção de uma prestação jurídica adequada e efetiva, já que por meio dos seus métodos as partes poderão participar da formulação da decisão. Ressalte-se, por fim, que o sucesso desse sistema depende de ações públicas voltadas para o enfrentamento dos obstáculos e desafios apresentados.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. 2ª ed. Vol. 53. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição Federal, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>;

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>;

BRASIL, **Resolução nº 05 de 2018 do Conselho Nacional de Educação**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Diário Oficial da União, 18/12/2018, Edição: 242, Seção 1, p. 122.

BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a Arbitragem**. Brasília: Senado, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>

BRASIL. Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. **Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa**. Brasília: Senado, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11441.htm>

BRASIL, Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. **Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.** Brasília: Senado, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm>

BRASIL, **Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>> Acesso em: 4 de maio de 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** São Paulo: Atlas, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Luciano Lucio. **Prestação Jurisdicional Efetiva: Um direito Fundamental.** Marília, 2006, 139 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Eurípedes de Marília, Marília, 2006.

CAVALCANTE, Vinícius Rodrigues. **Dignidade da Pessoa Humana e Acesso à Justiça:** meios alternativos para desjudicialização em matéria Penal. São Cristóvão, 2017, 105 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Sergipe. São Cristóvão, 2017. Disponível em: <https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/4380/1/MINICIUS_RODRIGUES_CAVALCANTE.pdf> Acesso em: 29 de abril de 2021.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm#:~:text=1.-,Toda%20pessoa%20tem%20o%20direito%20de%20que%20se%20respeite%20sua,dignidade%20inerente%20ao%20ser%20humano.> Acesso em: 14 de março de 2021.

CRAMER, Ronaldo; CABRAL, Antônio do Passo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CUNHA, Heloisa Helena Saraiva. **O princípio do acesso à justiça, a desjudicialização de conflitos e o papel das atividades notarial e de registro.** Formiga, 2012. 41 f. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Direito). Centro Universitário de Formiga – UNIFOR-MG, Formiga, 2012. Disponível em: <<https://repositorioinstitucional.uniformg.edu.br:21074/xmlui/handle/123456789/163>> Acesso em: 16 de abril de 2021.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Tribunais Multiportas:** Em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos. Jacarezinho, 2011, 225 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2011. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1912-vinicius-jose-correa-goncalves/file>> Acesso em: 29 de abril de 2021.

JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil.** Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento. 21ª ed. Vol. 1. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil.** Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 60ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

JUNIOR, Raymund Nonatto de Moraes. **Desafios da Mediação com o Meio de Resolução de Conflitos no Novo Sistema Processual Civil Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.lo.unisal.br/direito/semidi/publicacoes/livro6/Raymund%20Nonatto%20de%20Moraes%20Junior.pdf>> Acesso em: 17 de abril de 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, vol. 1, 2020.

MEDEIROS, Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco. **Inovações na Administração e Funcionamento da Justiça Federal** – um novo juiz para um novo poder. Brasília, Revista CEJ, n. 33, p. 62-71, abr./jun. 2006. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/dspace/simple-search?query=&filter_field_1=datelssued&filter_type_1>equals&filter_value_1=%5B2005+TO+2009%5D&etal=0&filtername=datelssued&filterquery=2006&filtertype>equals&sort_by=dc.date.accessioned_dt&order=desc&rpp=5> Acesso: 05 de maio de 2021.

MOTTA, Fernando Vinícius Valim. **Tratamento Adequado de Conflitos sob a ótica de um Sistema Multiportas de Justiça**. Presidente Prudente, 2017. 58 f. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Direito). Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2017. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/6689>>. Acesso em: 29 de abril de 2021.

NETO, João Luiz Lessa. **Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – ADR**. O Novo CPC Adotou O Modelo Multiportas!!! E Agora?! Revista dos Tribunais Online, vol. 244. 2015. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4557178/mod_resource/content/0/O%20novo%20CPC%20adotou%20o%20sistema%20multiportas%20-%20Jo%C3%A3o%20Lessa.pdf> Acesso em: 06 de maio de 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 10ª ed. Vol. Único. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

SÁ, Renato Montans. **Manual de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOUZA, THIAGO MAGALHÃES. **O exercício do direito fundamental de acesso à justiça sob a perspectiva da implantação do “sistema multiportas” nas serventias extrajudiciais**. Goiânia, 2020. 82 f. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/806>>. Acesso em: 10 de abril de 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

O ACESSO À JUSTIÇA DO HIPOSSUFICIENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA DIREITO FUNDAMENTAL

Data de aceite: 04/07/2022

Carla Eduarda Pereira Lacerda

FACT-Faculdade De Ensino Superior De
Colinas
Direito
Colinas do Tocantins-TO

Daiana de Paula Silva

FACT-Faculdade De Ensino Superior De
Colinas
Direito
Colinas do Tocantins-TO

Demizete Maria da Silva

FACT-Faculdade De Ensino Superior De
Colinas
Direito
Colinas do Tocantins-TO

Artigo Publicado a Universidade Brasil, como parte das exigências, para título de Aprovação no Curso de Direito.

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de analisar a efetivação do acesso à justiça como direito fundamental, os obstáculos encontrados pelos menos favorecidos, assistência jurídica aos hipossuficientes. E também uma análise mais ampla sobre as dificuldades econômicas, socioculturais, psicológicas e jurídicos frente a burocratização do Poder Judiciário, dando maior ênfase em quem se encontra na situação de hipervulnerabilidade econômica. A plena capacidade civil e o exercício de direitos sociais

individuais assegurados pela Carta Magna Brasileira, encontra empecilho na desigualdade socioeconômica, a qual, dia após dia se distancia da igualdade jurídico-formal, prevista constitucionalmente. Finaliza com a pesquisa da atuação da Defensoria Pública de Colinas do Tocantins-TO, a partir das demandas atendidas, a organização estrutural do órgão, a divisão do trabalho e a abordagem no setor de atendimento, reforçando a importância da instituição na consecução dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Defensoria Pública. Assistência Jurídica. Direito Fundamental.

ACCESS TO JUSTICE OF THE HYPOSUFFICIENT - LEGAL ASSISTANCE FUNDAMENTAL LAW

ABSTRACT: The present work aims to analyze the effectiveness of access to justice as a fundamental right, the obstacles encountered by the least favored, legal assistance to the underprivileged. And also a broader analysis of the economic, socio-cultural, psychological and legal difficulties in view of the bureaucratization of the Judiciary, giving greater emphasis to those who are in a situation of economic hypervulnerability. The full civil capacity and the exercise of individual social rights ensured by the Brazilian Magna Carta, finds an obstacle in socioeconomic inequality, which, day after day, distances itself from the legal-formal equality, constitutionally provided for. It concludes with the research of the performance of the Public Defender's Office of Colinas do Tocantins-TO, based on the demands met, the organ's structural

organization, the division of labor and the approach in the service sector, reinforcing the importance of the institution in the achievement of fundamental rights.

KEYWORDS: Access to justice. Public defense. Legal Assistance. Fundamental right.

1 | INTRODUÇÃO

Esse trabalho apresenta um estudo acerca do direito fundamental de acesso à justiça, garantido a todos os indivíduos e protegido sob a égide constitucional. O acesso à justiça é preocupação constante da sociedade menos favorecida que busca de forma contínua a proteção judiciária, ou seja, o direito de recorrer ao Poder Judiciário em busca de solução de um conflito de interesse, garantido na Carta Magna Brasileira. Objetiva, nesse sentido, demonstrar a essencialidade da Defensoria Pública na concretização desse direito através da reflexão do trabalho desenvolvido pela instituição, tida como de extrema relevância para a realização dos direitos dos desassistidos e vulneráveis.

No Brasil é notável que a condição social dos cidadãos é desproporcional, fazendo com que haja diferenças em vários segmentos: econômicos, políticos, sociais, pessoais e culturais. Dessa forma, o cidadão 'leigo' tem um tratamento diferenciado, pois não tem as mesmas condições de acesso à informação sobre os direitos, a quem recorrer e a falta de recursos para custear o processo. Além disso, o temor perante a justiça e descrença no judiciário. Essas são algumas barreiras que as vezes dificultam que as pessoas busquem reparação de direitos violados.

Somando os obstáculos enfrentados por essas pessoas e as violações de seus direitos, nota-se, que a Defensoria Pública é essencial na defesa da população hipossuficiente (atualmente, grande parte dos brasileiros). A relevância do tema encontra fundamento no Art. 5º LXXIV da Constituição da República Federativa do Brasil, e na Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994.

A plena capacidade civil e o exercício de direitos sociais individuais assegurados pela Carta Magna Brasileira, encontra empecilho na desigualdade socioeconômica, a qual, dia após dia se distancia da igualdade jurídico-formal, prevista constitucionalmente. A Defensoria Pública não se encontra estruturada para garantir os direitos expressos na Constituição Brasileira, as mesmas estão sobrecarregadas tornando o acesso, bem mais complicado para o cidadão exercer sua cidadania.

No entanto, a estrutura jurídica não dá suporte para que a população carente tenha acesso com facilidade a resolução de seus problemas, nem garante que todos os direitos que rezam na Lei Maior, sejam efetivamente postos em prática. A falta de servidores principalmente defensores sobrecarrega o trabalho diário reduzindo as consultas diárias e audiências não realizadas, sendo remarçadas.

Entender o papel da Defensoria Pública dentro de uma sociedade é de suma importância para construirmos e idealizarmos o modelo de sociedade que estamos

inseridos, e que queremos construir. No tocante ao tema do acesso à justiça, impossível não usar como referência bibliográfica os trabalhos de Cappalletti e Garth que buscaram ressaltar de forma compreensiva os problemas de acesso à ordem jurídica justa. Com a reforma realizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, houve um fortalecimento das Defensorias Públicas Estaduais, passando a ostentar mais relevância e autonomia no âmbito constitucional.

21 ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O acesso à justiça é um dos direitos humanos mais básicos, pois ele é fundamental para que se exerçam os outros direitos, mas nem sempre é respeitado com as classes mais baixas da população visto que, muitos não têm acesso pela sua condição financeira e social conforme o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que prevê a igualdade de todos perante a lei, todos estão sob a mesma lei, obedecendo às mesmas regras e sofrendo as mesmas penas, porém, é de conhecimento geral que os mais afetados pelas duras regras da justiça são as pessoas carentes. Um direito fundamental positivado na Constituição da República Federativa do Brasil como verdadeira cláusula Pétreia. Mas ainda: é um dos direitos intrínsecos à cidadania.

Além dos instrumentos de equalização do acesso à justiça, a Carta Magna traz em seu corpo outros instrumentos capazes de assegurar o efetivo exercício deste acesso, como por exemplo, a impossibilidade de exclusão da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito. Art. 5º inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil, e a proteção de ampla defesa e do contraditório nos processos em geral ,Art. 5ºinciso LV da Constituição da República Federativa do Brasil.

O conceito de “acesso à Justiça” foi objeto de estudo de Mauro Cappelletti e Bryant Garth que, na ocasião da elaboração do Projeto de acesso à justiça de Florença (1979) , definiram acesso à Justiça esclarecendo que “a expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”.

Para que os instrumentos constitucionais de acesso à justiça tenham eficácia prática, é imprescindível que a todos seja permitido não só o ingresso a demandas de todos os tipos, mas também a garantia do cumprimento das regras do devido processo legal, para que assim, tenhamos um contraditório de influência – com o binômio acesso à informações e possibilidade de manifestação - sempre visando uma solução justa.

Acesso à justiça é, também, acesso ao Direito, o que nos leva a concluir que é a necessidade de atuação de um órgão como a Defensoria Pública. No Brasil, entretanto, a discussão do enquadramento dos instrumentos não gera consequências práticas de muita relevância, visto que se o próprio texto constitucional fez previsão do acesso à justiça. Ou

seja, a constituição deixou petrificado em seu texto que os instrumentos de equalização estão ligados ao mínimo existencial, devendo ser efetivados na prática, independente de qual dimensão se encaixem.

Portanto, a conceituação de acesso à justiça está conectada ao seu caráter de direito fundamental, de necessidade de alcance de um mínimo existencial, dando suporte à existência digna do cidadão.

3 | A TEORIA DE CAPPELLETTI E GARTH SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

No estudo do tema, Mauro Cappelletti e Bryant Garth lograram identificar três momentos da evolução do acesso à justiça, optando por denominá-los “ondas”. A “primeira onda”: a assistência judiciária; a “segunda onda”: interesses meta individuais; e a “terceira onda”: métodos alternativos.

As ondas são resultado de uma pesquisa dos autores nas mudanças estruturais na forma procedimental do acesso à justiça, seja pela assistência jurídica ou pela gratuidade de justiça. As ondas são alterações conjecturais decorrentes de reformas ocorridas em vários países – principalmente nos países europeus.

A primeira onda, apontada como sendo a onda da assistência jurídica, se caracteriza predominantemente por ser o movimento que buscou a garantia de assistência jurídica para os pobres (obstáculo econômico).

A necessidade de um sistema efetivo de assistência jurídica encontrava fundamento na idéia de que, com a complexidade cada vez maior das relações sociais e do ordenamento jurídico que regulava a sociedade, era imperioso o auxílio de advogados que conseguissem levar a demanda de um indivíduo de forma efetiva ao judiciário. Entretanto, para os mais pobres, o acesso à justiça ficava extremamente prejudicado devido à ausência de musculatura financeira suficiente para arcar com os custos de um advogado.

Antes das reformas introduzidas nos países, a assistência jurídica dos hipossuficientes era feita pelo modelo caritativo, ou seja, advogados que voluntariamente atuavam em prol dos direitos desses indivíduos. Todavia, o sistema não era atrativo aos advogados, pela ausência de contraprestação.

Dessa forma, diante do sistema inadequado de assistência judiciária, tornou-se imperioso a introdução de reformas nesse tema. Países como Inglaterra, França, Holanda, criaram sistemas de assistência jurídica onde a remuneração dos advogados públicos era feita pelo Estado de forma direta. Esses países iniciaram a adoção pelo sistema conhecido como *Judicare*.

Outros países optaram pela adoção do modelo “Escritórios de vinhaça”, onde os advogados eram remunerados pelo Estado com o objetivo de atender e orientar a população mais humilde sobre os seus direitos.

Apesar dos dois modelos acima descritos, os países, diante da existência de

vantagem e desvantagem em ambos os sistemas, começaram a adotar um sistema misto de assistência, utilizando-se do *judicare* e do modelo de escritório de vizinhança. Segundo Cappelletti e Garth, a consequência desse modelo misto é que:

“A possibilidade de escolha em ambos os programas abriu uma nova dimensão. Este modelo combinado permite que os indivíduos escolham entre os serviços personalizados de um advogado particular e a capacitação especial dos advogados de equipe, mais sintonizados com os problemas dos pobres”. (1988, pag.12)

A segunda onda se manifesta na representação de direitos difusos e coletivos (obstáculo organizacional), deslocando a preocupação para as questões de acesso à justiça envolvendo direitos de grupos e categorias. A segunda onda representou a nova ótica do processo civil em não mais se preocupar exclusivamente com o indivíduo, mas com questões de interesse grupal.

O processo civil e a jurisdição deixam de ter esse caráter puramente pacificador de conflitos entre duas partes adversas, mas passam a também dar atenção a questões de Direito Público, como denominado pelo Professor Chayes.

De acordo com Mauro Cappelletti e Garth, a segunda onda representa o abandono de uma visão puramente individualista do processo judicial, a ótica individualista do devido processo judicial *“estão se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos “direitos públicos”* relativos a interesses difusos.

Cappelletti e Garth denominam a terceira onda como *“novo enfoque do acesso à justiça”*. Nessa onda, há uma análise de custo, tempo, procedimento judicial, partes, e etc. É uma onda muito ampla, envolvendo temas inclusive de processo civil.

A terceira onda é caracterizada também por um processo de criação de métodos alternativos na resolução de conflitos, decorrente da percepção de que o acesso efetivo à justiça não afasta a possibilidade de métodos não judiciais para a solução de demandas.

O Defensor Público Tiago Fensterseifer afirma que:

“A terceira onda, na medida em que está comprometida com a efetividade do acesso à justiça, de modo a tirá-lo do papel, conduz à necessidade de criação e estruturação de instituições estatais com tal objetivo constitucional – como ocorre com a criação de Juizados Especializados e Itinerantes, bem como a criação e aparelhamento da Defensoria Pública para a tutela dos direitos das pessoas necessitadas -, de instrumentos de prevenção de litígios, de práticas voltadas à educação em direitos da população, além de técnicas processuais ajustadas à natureza dos direitos materiais (individuais e coletivos), como ocorre com a ampliação da legitimidade para a propositura de ações coletivas e a inversão do ônus probatórios em tais ações (...). Neste quadrante, está também consubstanciada a novel garantia constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF88), na medida em que um Poder Judiciário mais célere dá suporte a uma maior efetividade dos direitos, respondendo mais rapidamente a situações de lesão ou ameaça de lesão de direitos. Tal fase de acesso à justiça busca demonstrar, portanto,

que a justiça não se realiza somente por meio da jurisdição, sendo necessária a aplicação de medidas que vão além de uma reforma judicial/processual”.

No Brasil, no tocante a assistência jurídica gratuita (Primeira onda), pode-se afirmar que um dos instrumentos utilizados com o fim de se alcançar a efetividade do acesso é a instituição da Defensoria Pública, com previsão no artigo 134 da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, Cleber Francisco Alves afirma:

“Assim, embora o Brasil possua formalmente – já desde longa data, e ainda mais ampliado recentemente – um dos mais aprimorados sistemas de garantia de igualdade às pessoas pobres no acesso à Justiça, abrangendo tanto a representação em juízo, com isenção de todas as despesas e custas processuais respectivas, quanto a orientação e o aconselhamento jurídico de caráter preventivo em favor das pessoas incapazes de arcar com as despesas de contratação de um advogado privado, sistema esse que tem sua fundamentação em dispositivos da Constituição e das Leis, não se pode deixar de reconhecer que a realidade é bastante diferente. Dentre os Estados da Federação, poucos são aqueles em que se pode efetivamente afirmar que as Defensorias Públicas estão implementadas segundo o modelo estabelecido na Constituição. E, mesmo nesses Estados em que as Defensorias Públicas estão funcionando, diversas são as dificuldades de ordem funcional e operacional para que cumpram efetivamente com sua missão constitucional. Seja em virtude do número insuficiente de Defensores Públicos, seja em razão da falta de condições materiais, notadamente espaço físico e equipamentos mínimos necessários para uma boa prestação do serviço”. (2013, pág 34)

A Defensoria Pública, investida com autorização constitucional, possui condições de romper com o ciclo de desigualdades cumulativas e de privações existentes na sociedade brasileira, uma vez que impulsiona a possibilidade de acesso aos direitos.

No tocante ao surgimento da segunda onda no Brasil, afirma-se, sem muitas controvérsias, que os avanços trazidos pela adoção de leis como a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor lograram êxito em tutelar os direitos de caráter metaindividuais.

Em relação à “terceira onda” de acesso à justiça, cita-se como fruto do sistema de justiça brasileiro, os Juizados de Pequenas Causas e, posteriormente, os Juizados Especiais e os programas de resolução alternativa de conflitos.

Podemos dizer que dentro de todos os mecanismos constituídos pela análise das três ondas renovatórias, a Defensoria é um elemento medular na efetivação do acesso à justiça no Brasil, tendo a incumbência de conferir este acesso para todos os hipossuficientes, que na realidade, formam a maioria da população brasileira.

3.1 Obstáculos do acesso à justiça pelos menos favorecidos

Um dos empecilhos para esse acesso é o custo elevado em casos de processos judiciais e muitas vezes sem nenhuma garantia o que cria uma desigualdade, pois esse direito fundamental passa a ser apenas dos ricos, conforme defendido por Cappelletti

(1989, p.21) “eles possuem mais recursos para arcar com o processo e com o tempo para que este seja resolvido.” Mesmo o acesso à justiça sendo garantida pela Constituição Federal Brasileira sobre os termos do artigo 5º, XXXV, uma parte da população encontra dificuldade para resolver seus litígios.

O judiciário brasileiro desfavorece a classe operária, mas não sozinho, e sim em conjunto com um todo o que é elitista em sua composição desde a polícia até a cadeia. Uma das vantagens dos ricos em relação aos pobres incluem o sistema de pagamento de fiança, sendo este a possibilidade de pagar um advogado renomado que tem mais chances de vencer um caso.

A sociedade brasileira é fruto de uma história que sempre deu mais direitos aos nobres (monarcas ou burgueses) e deixou o restante da população à mercê da própria sorte, isso prejudicou a formação de uma sociedade igualitária no país, algo que não foi alcançado até hoje. A pobreza no Brasil é culpa da extrema concentração de renda, sendo o poder centralizado, faz com que o direito seja facilmente dominado pelas classes dominantes. Os altos custos do processo judicial são um dos primeiros empecilhos encontrados por aqueles que buscam o poder judiciário, principalmente os menos favorecidos economicamente.

Para Cappelletti e Garth. (1998, p.15).

“A resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dependiosa na maior parte das sociedades modernas. Se é certo que o estado paga o salário dos juizes e do pessoal auxiliar e proporcionar os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários a solução de uma lide incluindo os honorários advocatícios e algumas custas *judiciais*.”
(CAPELETTI E GARTH. 1998, P.15).

O tempo é outro fator importante nesses processos litigiosos, pois aqueles que possuem maior poder aquisitivo desfrutam da possibilidade de contratar os melhores advogados para resolver seus problemas, sendo resolvidos de maneira rápida e eficiente, o que não ocorre com os pobres, os mesmos vão em busca das defensorias públicas, que são os órgãos constituídos para garantir o cumprimento do dever constitucional aos hipossuficientes. E ainda, há certa dificuldade ao acesso à justiça, muitas pessoas não possuem conhecimento sobre a área jurídica e sentem receio até mesmo em adentrar uma delegacia para fazer uma denúncia, e mais ainda em um escritório de advocacia para dar início ao processo litigioso.

Para amenizar a situação deve se promover uma mudança ética em uma população, que vê, as mazelas causadas pela sociedade com naturalidade e chega a temer o direito por sua decorrência em beneficiar a elite construtor histórico de um pensamento ligado aos tempos antigos, que já deveria ter sido resolvido, mas continua a manter no poder uma pequena parcela da população que não pretende perder seus privilégios. A desigualdade e a injustiça social são notadas gerando a insegurança na busca da população pelos seus direitos principalmente quando se diz respeito a pessoas com baixa renda, onde os

juízos injustos são perceptíveis, a falta de informação é um fator agravante para essa procura.

O direito ao acesso à justiça, concebe a ação como algo muito além de um mero direito abstrato, formal, a ação deve ser um instrumento voltado para a efetividade da tutela pleiteada, uma ordem jurídica justa.

Cléve (2011, p. 271) afirma que:

“Não basta haver judiciário; é necessário haver judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial justa; é necessário que o povo tenha acesso a decisão judicial justa. o acesso a decisão judicial constitui importante questão política. Não há verdadeiro estado democrático de direito quando o cidadão não consegue, por inúmeras razões provocar a tutela jurisdicional.”

O acesso ao direito portanto, passa pela conscientização dos direitos de cada cidadão, criando nele o espírito de luta por esses direitos, o mesmo deve ser encarado como requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos. Ao possibilitar o real acesso à justiça garante-se que outros direitos sejam efetivados. No mesmo sentido, Alves (2005, p. 57) afirma que o direito de acesso à justiça, incluída especialmente a assistência judiciária gratuita para os necessitados, se traduz num direito indispensável para o exercício pleno da Liberdade humana e do respeito à igualdade jurídica de todos os cidadãos.

Quando o Estado assumiu o monopólio da prestação jurisdicional e criou, para desempenhar essa função, todo um aparato burocrático dotado de extrema complexidade, se obrigou a assegurar a cada pessoa a possibilidade real e efetiva de não ser prejudicada na defesa de seus direitos e interesses legítimos em razão da insuficiência de recursos econômicos para custear as despesas decorrentes do acionamento da máquina estatal.

Segundo Alves (2005, p. 58), sustentar o contrário implicaria em:

“Discriminação entre as pessoas, na medida em que os mais ricos poderiam violar impunemente os direitos fundamentais dos mais pobres, na certeza de que estes estariam impossibilitados de exercer a autotutela dos seus interesses assim como estariam impedidos de obter a prestação jurisdicional estatal adequada para reparar tais violações de direitos por incapacidade de arcar com as despesas necessárias para um enfrentamento justo e equânime diante do tribunal, com a garantia de “igualdade de armas”.

Partindo-se dos obstáculos apresentados pelos estudiosos, é possível compreender com clareza solar os limites que são colocados para a efetividade do acesso à justiça.

No tocante aos obstáculos de natureza financeira, é fato notório que para se litigar há um custo, um valor em moeda (honorários advocatícios, custas processuais etc.), que passam a ser um óbice aos hipossuficientes no momento que necessitam recorrer ao Poder Judiciário.

Nesse ponto, Cappelletti cita as custas como um obstáculo financeiro e grande limitador para a efetividade do direito. Não só os custos com o processo encarecem e oneram as partes hipossuficientes, mas também o tempo dispendido em um litígio judicial,

o custo com advogados, despesas para obtenção de provas (pagamento de peritos, por exemplo), honorários sucumbenciais, falta no trabalho para comparecimento em eventual audiência, e etc.

Esse conjunto faz com que as partes mais vulneráveis desistam do processo ou realizem acordos com valores a menor do que realmente tinham direito.

Os obstáculos organizacionais estão ligados à dificuldade para a maior parte da população – hipossuficiente - em reconhecer a existência de um direito exclusivo de natureza coletiva. Esse obstáculo realça as dificuldades desses grupos em se estruturarem a fim de demandarem em juízo juntos, os afastando de direitos tuteláveis por essa via.

Em relação a essa classificação de obstáculo, Cappelletti diz que a tutela de direitos de cunho difuso não se torna atrativa pela dificuldade de ressarcimento de eventuais prejuízos na sua totalidade, pela complexidade das causas, e pela dificuldade em se reunir todos os legitimados para a demanda.

Com isso, o que os autores quiseram demonstrar é que é imprescindível a superação desses obstáculos para que ocorra o acesso à justiça da maioria da população, gerando a efetividade desse direito. Não basta o ingresso do hipossuficiente em litígios judiciais, é preciso eliminar os obstáculos em seu caminho para gerar uma justiça isonômica.

4 | DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA

De acordo com o artigo 1º inciso III da Constituição de 1988 a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade humana, tanto no sentido de indivíduo exigir do poder judiciário (direito de ação) e ser ouvido, quanto no sentido de conhecer as leis e seus direitos. O direito à dignidade é segundo Hannah Arendt o direito a ter direitos (1989), pode-se compreender que todos possuem o direito de se ter acesso a justiça de forma igualitária, sem que essa seja violada e de forma que não haja discriminação por condição econômica.

A ideia de dignidade nem sempre esteve ligada ao direito, inicialmente estava conectada a religião e filosofia, aos poucos foi evoluindo e percebeu-se a necessidade de valorizar a todos de uma forma igual em certos aspectos, foi então que vinculou-se a dignidade, ao direito, e hoje muitas constituições, inclusive a brasileira assegura a dignidade humana. Sendo ela adotada de três conteúdos mínimos, a autonomia, o valor intrínseco e o valor comunitário (Barroso, 2010). A Constituição brasileira defende e assegura a dignidade humana, tal fator se dá por ser a mesma eclética.

Segundo Silva, (2006, pág. 132), ao se referir ao artigo 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988; ao comentar o princípio da proteção judiciária ressalta que este constitui a principal garantia dos direitos subjetivos. Ressalta ainda, que o direito de acesso à justiça, consubstanciado no dispositivo em comentário, não pode e nem deve significar apenas o direito formal de invocar a jurisdição, mas o direito a uma decisão justa. Não

fora assim aquela apreciação seria vazia de conteúdo valorativo. No mesmo artigo da Constituição, no inciso LXXIV, a firma “o estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Silva (2006, p. 173) explica que esta cláusula contém uma imposição constitucional, o Estado tem a obrigação de realizar a prestação determinada na norma em que a Constituição Federal atribui as Defensorias Públicas a tarefa de orientação jurídica e defesa aos necessitados, de forma integral e gratuita. Portanto, não quer apenas que se preste atenção judiciária que muitas vezes se torna ineficaz. Exige que o portador de insuficiência de recursos seja assistido em todas as questões jurídicas que requeiram orientação técnica por meio de advogados.

Outro autor que aborda o direito fundamental do acesso à justiça é Rocha (2009, p. 56), “o direito fundamental de assistência judiciária, constata-se que está visceralmente ligado ao direito de igualdade de acesso à justiça, sem o que não se pode falar em democracia”.

O mesmo, ainda trata dos obstáculos para a implantação do tipo de modelo previsto na Constituição na sua plenitude, como um dos obstáculos, ele observa que o Estado investe mais nas instituições que defendem seus interesses, do que naquela que tenta defender a maior parcela da sociedade.

4.1 Assistência jurídica aos pobres economicamente

A instituição judicial tem que ser vista como um instrumento que está de portas abertas para todos independente de classe e demais pré-requisitos concebidas por uma sociedade tradicional que está ultrapassada e precisa evoluir junto com o desenvolvimento do agrupamento social.

Para amenizar esse problema foi criado o Ministério Público e a Defensoria Pública, porém eles ainda precisam ser expandidos e divulgados para as pessoas que têm acesso reduzido à informação. Desse modo, é necessário ficar claro que sua finalidade é servir a todos e não apenas aqueles que estão no topo da pirâmide hierárquica social. Paulo Galliez defende que: a Defensoria Pública é, sem dúvida o grande baluarte do Estado de Direito, pois sua função precípua é a de neutralizar o abuso e a arbitrariedade emergentes de luta de classes. Portanto, torna-se imprescindível combater tamanha intolerância, verdadeiro simulacro de poder político, não compatível com o regime democrático contemporâneo considerado que, do ponto de vista histórico, é comum esse mesmo poder procurar desestabilizar a ordem pública e fazer surgir os regimes de força. No sentido de manter o equilíbrio, pelo menos em relação ao aspecto jurídico, entre os “donos do poder” e os oprimidos é que a Defensoria Pública se impõe como instituição essencial do Estado de Direito a fim de enfrentar o desenvolvimento desigual entre as classes sociais, valendo a advertência de Octavio Ianni de que o desenvolvimento desigual e combinado não é uma teoria do acaso, mas um modo particular de funcionamento das leis do capitalismo na

sociedade atrasadas e independentes. (Galliez, 2001, p. 9-10).

A distância geográfica é outro problema que representa um abismo palpável entre o judiciário e o corpo social. É possível identificar localidades que são totalmente excluídos em relação a esse acesso, muitas destas não tem um órgão competente para tratar de tais questões. Seus indivíduos se mostram ignorantes para identificar situações em que seus direitos são lesionados. A distância dos cidadãos em relação à administração da justiça e tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, tem mais dificuldade em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico.

O deslocamento para áreas onde se encontra a assistência necessária e responsável por resoluções que às vezes mostram-se impossíveis para inúmeros fatores que são; a condição precária de transporte, poucos recursos financeiros para arcar com os custos de tal locomoção e estadia, disponibilidade de tempo para estar presente e ciente de todo o processo jurídico, dentre outros. O juiz se encontra isolado em uma posição de “divindade” dificultando o acesso das comunidades que precisam do seu atendimento recorrentemente. O advogado é um elo entre a parte litigante e o judiciário, mas que apresenta problemas em desempenhá-lo, pois assiduamente carece de recursos e em diversas circunstâncias não tem sua atividade fiscalizada pelo estado.

Ambos têm o dever de serem alcançáveis por todos, de maneira que sua linguagem seja de fácil compreensão, para que os indivíduos fiquem cientes do processo legal e das diversas formas que eles podem agir para alcançar os seus direitos. Contudo, é primordial a criação de artimanhas capazes de extinguir esses impedimentos que vem sendo responsável por diversos transtornos em localidades que não tem a devida assistência. Fazendo-se indispensável a criação de Defensorias e Juizados especiais nesses locais. Boaventura dos Santos reforça a ideia exemplificando que nos Estados Unidos foram criados os escritórios de vizinhança “localizados nos bairros pobres das cidades e seguindo uma estratégia advocatícia orientada para os problemas jurídicos dos pobres enquanto problemas de classe”. (Santos, 2003, p. 172).

Desse modo, para amenizar a inefetividade da jurisdição disponibilizando o acesso à justiça, a solução está em superar a diferença sócio-econômica, bem como implementar mecanismos e recursos materiais e humanos, de forma significativa nas Defensorias Públicas garantindo assim, aqueles que não possam pagar advogado, e uma assessoria jurídica qualificada e acessível. Sendo indispensável a contratação de servidores, a modificação na estrutura administrativa, a realização de cursos de formação para a melhoria dos serviços prestados. O aumento do número de defensores públicos e juizes, também contribuem para a realização da justiça social de forma igualitária.

Observa-se, que os serviços nas Defensorias Públicas não condizem com a necessidade do povo, porque tem poucos profissionais e às vezes sem condições de trabalho. A justiça é para todos, mas o direito de defesa com uso da legislação vigente é para poucos.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se, a necessidade que a justiça e o poder judiciário sejam de certa forma moldados, para que, assim possam aproximar-se dos cidadãos excluídos e que tem dificuldade em acessar o sistema judicial. A agilização nos julgamentos também são necessários, já que a maioria dos processos que deveriam ser julgados em meses, demoram anos e muitas vezes nem chegam a julgamento ou falham no mesmo.

Outro motivo que demonstra as dificuldades do acesso a justiça pelas classes pobres são os grandes números de cifras negras referentes a impunidade, a parcela dos crimes que não são solucionados ou que não chegam ao conhecimento do judiciário. Grande parte das vítimas com baixa condição financeira decide por não denunciar os crimes que sofrem muitas vezes por achar que não serão solucionados ou até mesmo por serem tratados mal ao procurar as delegacias, ou Defensorias Públicas. Dessa forma muitos ficam desiludidos e com medo do sistema judiciário desistindo assim de defender seus direitos.

No entanto, as pessoas devem procurar informações para que procurem seus direitos com consciência e participem do que acontece na sociedade, contestando casos injustos para não acontecer novamente.

Sem conhecimento a respeito do direito não tem como reivindicar do judiciário, ao ter um direito violado, pois o indivíduo não sabe que possui tal direito, sendo violada a dignidade, já que esta não depende de concessões, classe social e grau de instrução.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. Justiça para todos! Assistência Judiciária Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARRUDA, Ígor Araújo de. Ampliação constitucional à Defensoria Pública e aos assistidos. EC n. 80/2014. Teresina. Jus Navigandi. Ano 19, n. 4038, 22 jul. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FENSTERSEIFER, Tiago. A legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública ambiental e a condição de pessoa necessitada em termos (sócio) ambientais: uma questão de acesso à justiça (sócio) ambiental. Temas aprofundados da Defensoria Pública. Volume I. Ed. Juspodivm, 2013.

JUSBRASIL. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/>>.

Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências.

MIGALHAS. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/>>.

MORAES, Sílvio Roberto Mello. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1995.

ROCHA, Amélia Soares da. Os direitos dos assistidos e a imprescindibilidade da democratização (interna e externa) da instituição.

ROGER, Franklin; ESTEVES, Diogo. Princípios institucionais da defensoria pública: De acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União) – Rio de Janeiro: Forense.

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E SEUS REFLEXOS

Data de aceite: 04/07/2022

Tatiane Guedes Cavallo Baptista

Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Marília – PPGD/UNIMAR, advogada, especialista em Processo Civil.

RESUMO: O presente resumo traz a análise da Teoria Geral do contrato, e como os princípios da boa-fé objetiva, os quais trouxeram diversos reflexos para a sociedade, como a relevância do artigo 421 do Código Civil, e a função social do Contrato. Portanto pretende-se ao longo da pesquisa o equilíbrio na relação contratual, trazendo humanização no direito, mas sem deixar de lado a função econômica do contrato. Entre as bases teóricas, ressalta-se o trabalho de Luciano Benetti Tim e suas contribuições à análise social do direito contratual no código civil brasileiro, o qual demonstrará que a função social não pode ser considerada como justiça distributiva. Considerando o seu caráter teórico, será realizada pesquisa predominantemente bibliográfica e uma abordagem metodológica dedutiva.

PALAVRAS-CHAVE: Função Social 1. Contrato 2. Economia 3.

SOCIAL FUNCTION OF THE CONTRACT AND ITS REFLECTIONS

ABSTRACT: The present summary brings the analysis of the General Theory of the contract,

and how the principles of objective good faith, which brought several reflexes to society, such as the relevance of article 421 of the Civil Code, and the social function of the Contract. Therefore, it is intended throughout the research the balance in the contractual relationship, bringing humanization in the law, but without leaving aside the economic function of the contract. Among the theoretical bases, we highlight the work of Luciano Benetti Tim and his contributions to the social analysis of contract law in the Brazilian civil code, which will demonstrate that the social function cannot be considered as distributive justice. Considering its theoretical character, predominantly bibliographic research and a deductive methodological approach will be carried out.

KEYWORDS: Social Function 1. Contract 2. Economy 3.

1 | INTRODUÇÃO

Parafraseando a Doutora Jussara, querida professora, que dizia, que a maioria das relações humanas são contratuais, pois a todo momento desde o simples café que tomamos em nosso dia a dia, ou usar a internet, dentre outros, são todos adquiridos através de um contrato, seja ele de compra e venda ou de prestação de serviços, portanto, vivemos em relação contratual.

Destacamos ainda, que nas últimas décadas a teoria geral do contrato trouxe significativas modificações, para garantir justiça

social aos contratos, com a efetividade e aplicação da função social do contrato.

Trabalharemos inicialmente, a inserção do princípio da função social na ordem jurídica constitucional brasileira e suas consequências, a metodologia utilizada foi a da pesquisa bibliográfica, estudando no primeiro item a evolução histórica do direito contratual. No segundo item, aborda-se o conceito de contrato e seus princípios fundamentais, tais como princípio da autonomia da vontade e princípio da solidariedade social, apresentando seus significados e fundamentações e reflexos para sociedade.

Por último abordaremos a função social do contrato e seus reflexos econômicos fazendo uma reflexão acerca dos paradigmas e sua importância para a efetividade e equilíbrio nas relações contratuais.

2 I EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS

O contrato no decorrer dos tempos passou por diversas transformações quanto ao desenvolvimento social, econômico e tecnológico, deixando de ser um modelo Liberal para se tornar uma modelo SOCIAL, como veremos em seu percurso histórico.

Para Luciano Benetti Timm (2013, p. 225), os contratos “formaram-se no Brasil como decorrência do fenômeno do transplante legal do sistema jurídico europeu continental do *civil law* iniciado no país desde a era colonial (no século XV).”

Como poderemos notar, essa evolução decorreu de diversas correntes teóricas, destacando-se o direito romano clássico, a ciência jurídica medieval e jusnaturalismo moderno. E podemos citar que o direito contratual brasileiro trazido no Código de 1916, sofria grande influência do direito romano clássico, português medieval (Ordenações Manuelinas e Filipinas), da ciência jurídica alemã do século XIX (Escola Pandectista de Windscheid e de seus seguidores) e da codificação francesa por obra dos doutrinadores do século XIX. Portanto, a autonomia de vontade imperava entre as partes, ficando conhecido como o modelo liberal de regulação do contrato. (TIMM, 2013)

Nesse contexto, independente da forma do pacto, caberia ao direito assegurar a força obrigatória dos contratos como mecanismo jurídico de tutela dos valores envolvidos na relação contratual, uma vez aferidas a vontade livre e a fé jurada. (SILVEIRA E JOSLIM, 2010, p. 37)

Assim, já é possível observar que o direito contratual clássico, responsável por entender o contrato como instrumento de absoluta e intangível manifestação da vontade das partes e, por isso, revestido de certo grau de imutabilidade e ausência de interferência estatal, vem sofrendo constantes mutações interpretativas. (FERREIRA E OLIVEIRA, 2021, p. 248).

Tais mutações decorreram do Direito Europeu e particularmente do direito italiano e português, dos séculos XX e XXI, que em conjunto com outras ciências humanas, como a social, política e econômica, nos trouxe uma nova perspectiva.

E de acordo com Silveira e Joslim (2010) “o diálogo de tais estudos com a evolução histórica dos direitos humanos, trouxe nova perspectiva à dignidade da pessoa humana pelo processo da dinamogenesis, conferindo ao contrato nova roupagem e valores.”

Com relação a esse novo paradigma regulatório, afirma Luciano Benetti Timm: (TIMM, 2013, p. 225)

Nesse novo paradigma regulatório, tipicamente de “publicização” do direito privado, mediante normas redistributivas, a suposição do modelo liberal de que a proteção da liberdade e da igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio e a justiça nas relações privadas, fosse qual fosse a sua condição econômica e social, foi colocada em xeque. Daí a necessidade de proteção da parte mais fraca da relação com o objetivo de estabelecer um equilíbrio material ou concreto. Esse ficou conhecido como o modelo social ou solidarista de regulação do contrato, fruto de influências socialistas e solidaristas.

Nesse contexto, retomando-se o paradigma de liberdade versus solidariedade, é possível afirmar que a ideia liberal de igualdade formal entre todos e de livre mercado, sem a intervenção do Estado, para garantir o interesse comum da coletividade, viu-se ultrapassada pelo crescimento exponencial do poder econômico privado. (SILVEIRA E JOSLIM, 2010, p. 38)

É nesse sentido que Ricardo Hasson Sayeg defende o capitalismo humanista, ao afirmar que “o espírito capitalista e o espírito de fraternidade são convergentes na medida em que não existe capitalismo sem que se reconheçam os direitos humanos”. (SAYEG, 2009, p.10)

Portanto, o modelo liberal foi substituído pelo modelo social ao qual à função do contrato, está diretamente ligado ao aumento da intervenção pública na esfera da vontade dos contratantes, mediante normas imperativas ou de ordem pública inafastáveis pelo desejo das partes, assim, como conclui Sayeg “o que é certo é que os direitos humanos com todas as suas dimensões configuram um feixe indissociável, não cabendo se reconhecer uns e excluir outros”. (SAYEG, 2009, p.10)

3 | CONTRATO

De acordo com Teoria Geral dos Contratos, a base de todo contrato era a vontade das partes, como meio de regulação e com o mínimo de intervenção Estatal, no entanto, as cláusulas do contrato faziam lei entre as partes, bem como ensina Judith Martins Costa, (COSTA, 1992, p. 24-27).

Os contratos eram vistos como meio de autorregulamentação entre os particulares, a autonomia da vontade era considerada como absoluta, pois o contrato era obrigatório com poder de fazer lei entre as partes, impossibilitando a intervenção do Estado na relação, sob pena de ser considerado violado o dogma da vontade.

Nas palavras Jussara e Glauci, “a concepção tradicional do contrato, em que a

vontade era a única fonte criadora de direitos e obrigações, e a visão do Estado ausente, apenas garantidor das regras do jogo estipuladas pela vontade dos contratantes, perdeu e vem perdendo espaço, pois o contrato se transformou”. (FERREIRA e HOFFMANN, 2012, p. 2)

E como se transformou, deixando de ser reservado apenas a soberana vontade das partes, para ter uma função social, trazendo um equilíbrio a relação contratual, como veremos adiante.

Nas palavras de Enzo Roppo (p. 310) “o contrato se transforma para se adequar ao tipo de mercado e de organização econômica em cada época prevalecente, o que possibilita que ele continue a desempenhar a sua função fundamental nas economias capitalistas de mercado – de instrumento da liberdade de iniciativa econômica.”

Em análise ao Código Civil, podemos constatar que o legislador não faz qualquer menção ao conceito de Contrato, deixando à doutrina esse papel fundamental, o que faz bem, diante da relevância e importância do contrato no direito das obrigações.

“Na perspectiva tradicional, o contrato é definido como um acordo de vontades que é capaz de gerar direitos e obrigações para as partes envolvidas no negócio; vale dizer, é um espaço de autorregulação dos sujeitos privados. Mais contemporaneamente tem sido definido como a roupagem jurídica de um fato social que viabiliza uma operação de troca econômica, ou seja, é o instrumento de que se vale a sociedade para a circulação de bens e serviços no mercado [...]” (TIMM, 2013, p. 224)

Assim, “o contrato é fenômeno onipresente na vida de cada cidadão e nos dizeres de Paulo Luiz Neto Lobo, parafraseando-o: o contrato, não é uma categoria abstrata e universalizante, mostrando-se inalterável e peremptório, ainda mais diante das circunstâncias e vicissitudes históricas.” (GUERSONI, MACHADO, DE OLIVEIRA, 2021, p. 198).

Para Maria Helena Diniz (2004; p.14), contrato “é um acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesse entre as partes, com escopo de adquirir, modificar extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”

Portanto, “contrato é uma das maiores expressões do poder de autodeterminação do ser humano livre, consciente e capaz, como exteriorização do princípio da dignidade da pessoa humana, demonstrando a solidariedade, a igualdade, a honestidade e a confiança entre as partes”. (GUERSONI, MACHADO, DE OLIVEIRA, 2021, p. 197).

3.1 Princípios

Como veremos adiante, o direito contratual está embasado em dois grandes princípios, o da Autonomia da Vontade e o da Solidariedade Social.

3.1.1 Princípio da autonomia da vontade

De acordo com Luciano Benetti Timm (2013, p. 229), o princípio da autonomia da vontade é um “grande princípio do direito contratual brasileiro, que já foi mais importante do que nos dias atuais, significa que as partes são livres para celebrar os contratos que quiserem, com quem quiserem e da forma como quiserem.”

CARLOS DA SILVA (2015; p.163) assevera que, “a autonomia privada tem a sua mais cabal expressão no domínio dos contratos donde derivam obrigações, assumindo-se aí como princípio da liberdade contratual”

Atualmente o foco está no indivíduo, pois como vimos na evolução histórica existe uma preocupação maior com o princípio da dignidade da pessoa humana, como diz Humberto Teodoro Júnior, o princípio da autonomia privada se torna limitado, se orientando não apenas pelo interesse individual, mas também pela solidariedade social. (TEODORO JÚNIOR, 2004)

Neste mesmo sentido, para Sílvio Rodrigues, (2002, p. 15) “o princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações órbitas do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse social.”

Para Antônio Junqueira de Azevedo, seguido por Humberto Theodoro Júnior, estamos em época de mudança, onde os três princípios clássicos que gravitam em volta da autonomia da vontade irão se somar a três outros princípios decorrentes da ordem pública, a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato. (GUERSONI, MACHADO, DE OLIVEIRA, 2021, p. 200)

Tal princípio não é absoluto, ou seja, a vontade das partes está limitada e vinculada a função social, gerando uma autonomia solidária.

Por fim, ao lado dos clássicos princípios contratuais, há outros decorrentes das premissas que assentam o Estado Social, e principalmente, como dito anteriormente, da dignidade da pessoa humana e do solidarismo na relação entre as partes. (GUERSONI, MACHADO, DE OLIVEIRA, 2021).

Portanto, viu-se que na teoria clássica, o princípio da autonomia da vontade era absoluto, mas hoje com a preocupação com o indivíduo, ou seja, com a dignidade da pessoa humana, o princípio acima é atenuado, dando espaço a uma nova concepção social, lembrando que a vontade das partes permanece, mas não de forma plena e ilimitada.

3.1.2 Princípio da Solidariedade Social do Contrato

O princípio social surge como vimos inicialmente no século XX, modificando o absolutismo da autonomia da vontade, deixando o conceito clássico do contrato para traz, assim “de acordo com a Constituição Federal que tem uma preocupação com o a “justiça social, ao contrato é agregada uma função social: não somente a vontade deve ser

analisada e validada, mas também os efeitos que o contrato terá na sociedade deverão ser verificados.” (MARQUES, 2021, p. 14)

Não só as relações sociais evoluíram, mas também as necessidades das pessoas também modificaram, de tal modo que não caberia ainda utilizar a teoria contratual com base em seus princípios clássicos, como vimos.

Nesse sentido, o contrato terá que se preocupar com o interesse coletivo e não apenas com o interesse particular. Princípio localizado no 421º artigo do novo Código Civil, de 2002: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. (MARQUES, 2021)

Como analisamos acima e parafraseando Cláudia Lima Marques, (1999)

“a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico para a qual não só o momento da manifestação de vontade importa, mas onde também, e principalmente, a repercussão dos efeitos do contrato na sociedade será levada em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.”

Para Timm (2013, p. 229), este paradigma de regulação do contrato deve ser contrabalançado com outro que evidencia a sua relevância social, o da solidariedade social, que aproxima o contrato do modelo de Estado Social, previsto na Constituição Federal, e de sua preocupação com a “justiça social” [...]

No entanto, tal intermediação realizada pelo legislador, vai permitir a intervenção do Estado na autonomia privada por conta de alegados interesses sociais merecedores de proteção. Ainda dentro dessa linha de raciocínio, todos esses mecanismos de dirigismo estatal dos contratos poderiam ser subsumidos ao grande princípio da solidariedade social, previsto no art. 3º da Constituição Federal e mesmo no art. 421 do NCC, que disciplina a liberdade contratual. (TIMM, 2013)

Nesse aspecto, Paulo Lôbo comenta: (2010. p. 64)

A função social do contrato, explicitada no art. 421 do Código Civil Brasileiro, criou profunda contenção ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, porque os terceiros integram necessariamente o âmbito social do contrato, que não apenas têm o dever de respeitá-lo, mas também de não serem por ele prejudicados. Nesse caso, emergem os deveres de proteção dos terceiros, oponíveis às partes contratantes.

Os princípios contratuais novos, apontados pelos doutrinadores, são interessantes porque mantêm os princípios consagrados no individualismo, ensejando segurança jurídica, de certo modo, confiante, determinante e vinculada na vontade das partes, mas relativiza-os para se adaptarem às necessidades sociais a fim de alcançar a dignidade da pessoa humana e uma maior solidariedade entre as partes. (AZEVEDO, 2002, p. 11-17).

Enfim, diante do reconhecimento da moderna função social atribuída ao contrato, e do quase consenso doutrinário como diz Luciano Timm, podemos concluir que função social é uma conscientização de que todos têm um dever positivo de adotar ações para

conservar a humanidade, ou seja, é como um sistema aberto, é, para além de uma cláusula geral, um princípio com assento constitucional que serve para orientar a interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico. (FERREIRA e MENEZES, 2019)

4 I FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E SEUS REFLEXOS ECONÔMICOS

O reconhecimento da função social foi determinante para a sua proteção jurídica efetiva. O Direito passou a intervir na relação contratual, devido ao seu impacto na esfera econômica-social, e conseqüentemente, os contratos que não seguem por meio dessa filosofia, não merecem proteção jurídica alguma. (GOMES, 2002. p. 20).

A função social apresenta-se como “dever imposto a um sujeito perante a coletividade, no sentido de que, extrapolando-se o aspecto individualista do nascedouro e gozo de um direito ou bem, a este cenário se acresçam contornos fraternais, a apontar transindividualidade (FERREIRA e MENEZES, 2019, p. 44)

Para Paulo Nalin, (2014, p. 115) com a função social dos contratos, “mitiga-se o papel da vontade negocial para ganhar em dimensão o valor da pessoa humana, na figura do contratante e dos seus interesses patrimonial e existencial”.

Tal função social é baseada na ideia de que “a solidariedade afirma um novo paradigma em que a sociedade civil interage para a evolução dignificante da humanidade, cabendo ao direito funcionalizar as ações individuais para o benefício social difuso das presentes e futuras gerações”. (NALIN, 2019, p. 115)

Ademais, não se pode deixar a importância econômica do contrato sem análise, já que, para Luciano Timm, é essencial que se alcance um entendimento mais perspicaz acerca das externalidades do contrato, gerando menos prejuízo à coletividade e mais eficiência social.

Nesse sentido, a afirmação de Theodoro (2004, p.101) “**Contrato sem função econômica simplesmente não é contrato**”, nos traz uma reflexão, pois apesar do contrato ter papel fundamental na economia, este deve ser enraizado no princípio da solidariedade social, ou seja, “a sociedade ou a “igualdade” não são representadas apenas pela parte mais fraca de uma específica relação contratual ou por um demandante no litígio, mas sim pelo grupo ou cadeia de pessoas integrante de um específico mercado.” (TIM, 2008).

Luciano Tim traz em sua obra, como um marco dessa transformação de relação contratual, o artigo 421 do Código Civil, que diz “**A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato**” (grifei), trazendo dois paradigmas em relação ao artigo, vejamos:

Na verdade, o conflito paradigmático verdadeiro somente será bem compreendido ao se comparar as diferentes visões de sociedade e a função nela dos contratos (a função social dos contratos) inerentes a cada um dos paradigmas. **O primeiro paradigma, que chamarei de modelo solidarista** (ou paternalista, como preferem os americanos) do Direito Contratual,

está embasado em uma visão coletivista sociológica da sociedade e, por conseguinte, dos contratos. **O segundo, eu chamarei de modelo de Direito e Economia do Direito Contratual** – que se vale da noção individualista, própria dos economistas, do que vem a ser um contrato e de sua função na sociedade. (TIM, 2008, p. 4). **(grifo nosso)**

Os paradigmas trazidos, são diversos e conflitantes, como bem diz TIM, a sociedade e o direito são moldados com o tempo, e assim, paradigmas são modificados quando existe outra forma dominante de pensar.

Nas palavras de Luciano, o primeiro “paradigma contém um equívoco teórico, como se verá, já que parte de uma concepção desvirtuada do que seja o contrato, como fato, na sociedade atual, pois se apoia no propósito de equilibrar os poderes econômico e fático entre as partes, sob a ótica da justiça distributiva inerente ao Estado Social.” (TIM, 2008, p. 4)

E seguindo essa linha de raciocínio, contemplaríamos uma função social do contrato que garantiria a predominância dos interesses coletivos sobre os interesses individuais. Mas como bem explicitado, “a sociedade apresenta enormes desigualdades, os acordos privados as refletiriam. Então, a distribuição de riqueza, através dos contratos, seria **injusta** se a barganha não fosse regulada de fora do âmbito das partes. Com o propósito de restabelecer a condição de igualdade na sociedade, o Estado deveria proteger a parte mais fraca na relação privada, fazendo-o por meio da regulação dos pactos.” (TIM, 2008, p.21e 22)

Nesse contexto, Luciano, traz algumas discrepâncias entre o contrato (fato) e o Direito Contratual (regras e princípios).

“Os contratos são instrumentos para a circulação de bens e serviços na sociedade. Esta é a sua função social. O Direito Contratual, para a resolução dos problemas gerados pela imperfeição dos mercados, tem por função: a) oferecer um marco regulatório previsível e passível de proteção judicial; b) minimizar problemas de comunicação entre as partes; c) salvaguardar os ativos de cada agente; d) criar proteção contra o comportamento oportunista; e) gerar mecanismos de ressarcimento e de alocação de risco; f) facilitar a interação com o Direito Antitruste, a regulação do mercado acionário, com a proteção ambiental e ao consumidor em casos específicos; (TIM, 2008, p. 57) **grifo nosso**

No entanto, Silveira e Joslim (2010, p. 39) entendem que:

“... o paradigma de liberdade versus solidariedade, é possível afirmar que a ideia liberal de igualdade formal entre todos e de livre mercado, sem a intervenção do Estado, para garantir o interesse comum da coletividade, viu-se ultrapassada pelo crescimento exponencial do poder econômico privado. Dentro da perspectiva massificada das relações contratuais e do acúmulo de poder econômico das empresas, a liberdade contratual passou a representar um perigo ao indivíduo que se socorreu da lei e do Estado, o aprisionamento do ser humano na medida em que, sem a proteção do vulnerável, a necessidade de manter relações econômicas, adquirindo bens e serviços, acarreta a exploração do homem pelo homem e a consequente

exclusão do mais fraco pelo mais forte.

Portanto, o “Direito Contratual confere segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, protegendo as expectativas dos agentes econômicos – o que corresponde a um importante papel institucional e social”. (TIM, 2008, p. 55)

5 | CONCLUSÃO

Diante da mudança do tempo, e dos diversos paradigmas que surgem no direito com a evolução da sociedade, podemos fazer uma breve análise de que a maioria doutrinadores entendem que a Função social do Contrato seria a de redistribuição de riquezas, amparando os menos favorecidos, e apesar do artigo 421 do Código Civil ser aberto a diversas teorias, o que se conclui é que, a função social do contrato ainda, é econômica e social.

E não mais obstante, da análise realizada acima, e de acordo com a base teórica de Luciano Tim e outros autores, podemos concluir que a Função do Contrato Social, apesar de ser um instrumento da economia, e de permanecer as partes com autonomia de vontades, ou seja, liberdade de contratação, tal liberdade e autonomia, devem gerar equilíbrio, inspirados na lealdade e confiança das partes. Não mais basta que apenas movimente a riqueza, além de útil o contrato deve ser justo.

E nesse sentido, conclui-se que, o contrato é refletido diretamente na sociedade e que apesar de ser um pilar do direito privado, deve sempre estar alicerçado em sua função social, boa-fé objetiva e na dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, A. V. Teoria Geral dos contratos típicos e atípicos. São Paulo: Atlas, 2002.

BARROS, Washington Luís Moreira. A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: O CASO DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA PARA FINS DE MORADIA. 2021.

DA SILVA, Carlos A.B. Burity. Teoria Geral do Direito Civil, 2ª Edição revista e actualizada. Luanda, Angola. 2015.

DE ALMEIDA BAPTISTA, Mônica. A suspensão do direito de arrependimento pelo regime jurídico emergencial da pandemia COVID-19: uma análise da vulnerabilidade do consumidor diante das novas relações digitais e da função social da empresa. Brazilian Journal of Development, v. 6, n. 8, 2020.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 3: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 20ª edição, Saraiva. São Paulo, Brasil. 2004.

FERREIRA, Jussara Borges et al. Função social e solidária da empresa e dos contratos no âmbito da crescente utilização dos smart contracts. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 29, n. 03, 2021.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; HOFFMANN, Glauci Aline. Relações Negociais: autonomia privada e a eficácia dos direitos fundamentais. 2012.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; MENEZES, André Francisco Catanhede de. Empresa, empresário e estabelecimento: trinca vinculante à função social da atividade empresarial. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 22, 2019.

GOMES, Orlando. Contratos. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Vol.III: Contratos e atos unilaterais. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos?. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 96, 2001.

GUERSONI, Angelo Junqueira; MACHADO, Altair Mota; DE OLIVEIRA, Wanderson Gomes. Princípios contratuais. **Ratio Juris. Revista Eletrônica da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 4, n. 1, 2021.

JOSLIN, Érica Barbosa; DA SILVEIRA, Vladimir Oliveira. Os Contratos na Perspectiva Humanista do Direito: O Nascimento de uma Nova Teoria Geral dos Contratos. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 10, n. 1, 2010.

JÚLIO, Helder. **A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO ANGOLANO À LUZ DO ARTIGO 405.º DO CÓDIGO CIVIL**. JuLaw –Revista Jurídica Digital, 2022.

KONDER, Carlos Nelson. Para além da” principalização” da função social do Contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBD Civil**, v. 13, n. 03, 2017.

LÔBO, Paulo. Direito civil. Parte geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, C. L. Contratos no código de defesa do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, André Ferreira. A PRESERVAÇÃO DAS VIRTUDES MORAIS NAS AÇÕES EMPRESARIAIS VOLTADAS PARA A SOLIDARIEDADE SOCIAL. **Revista Científica da Ordem dos Advogados do Brasil-Acre**, v. 1, n. 1, 2021

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. Revista De Direito Civil. 59/19, Jan-mar/1992.

NALIN, Paulo. A força obrigatória dos contratos no Brasil: uma visão contemporânea e aplicada à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em vista dos princípios sociais dos contratos. Revista do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil, v. 1, 2014

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 28. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANDRI, Jussara Schmitt. Função social do contrato. Conceito. Natureza jurídica e fundamentos. **Revista do Direito Público**, v. 6, n. 2, 2011.

SAYEG, Ricardo Hasson. Doutrina humanista de direito econômico. Tese (Livre docência) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, SP: PUC, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano, v. 97, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. *Revista da AMDE*, v. 2, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. **Contratos no direito brasileiro** - Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 39, n. 2, p. 224-236, jul./dez. 2013

RESPONSABILIDADE CIVIL: OS LIMITES DO ENTRETENIMENTO

Data de aceite: 04/07/2022

Fernanda Frutuoso

Acadêmica do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – Campus Kobrasol ; Estagiária do PJSC – Fórum da Comarca de São José

Hillary Vitoria Brasil Gomes

Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade La Salle Manaus; Estagiária do Cejusc Família – Fórum Cível Des. Euza Maria Naice de Vasconcelos; Estagiária do Escritório Almeida, Barretto e Bonates Advogados

Maria Fernanda Andrade Queiroz

Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade La Salle Manaus; Estagiária do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região – Fórum Trabalhista da Comarca de Manaus; Estagiária da Secretaria de Estado de Saúde do Amazonas SES-AM

Robson Parente Ribeiro

Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas – PPGD/UEA; Advogado, sócio fundador do Robson Parente Advocacia

RESUMO: O presente artigo trata sobre a questão da Responsabilidade Civil acerca de situações em que se notou o surgimento do entretenimento de forma exacerbada ou até mesmo abusiva, mostrando que as vítimas de tais circunstâncias podem buscar pela reparação e responsabilização civil dos danos que lhe

foram causados, quando possível. Para tanto, mostrou-se necessário abordar os conceitos ligados a Responsabilidade Civil para completo entendimento e como ocorre o determinado processo. Serão apresentados casos concretos como o da modelo Babi Rossi e a atriz Luana Piovani contra o Programa Pânico na Tv, e a situação ocorrida entre os participantes do reality show “Big Brother Brasil”, João Luiz Pedrosa e Rodolfo, onde se fez presente situações atípicas e desfavoráveis do uso da prerrogativa do entretenimento para acarretar conteúdo midiático e televisivo.

PALAVRAS-CHAVE: Entretenimento, Reparação Civil, Programas de Palco, Reality show.

CIVIL LIABILITY: THE LIMITS OF ENTERTAINMENT

ABSTRACT: This Paper deals with the issue of Civil Liability regarding situations in which the entertainment has been show in an exacerbated or even abusive manner, showing that the victims of such circumstances can seek the damages that have been caused to them, when possible. For that, it was necessary to approach the concepts related to Civil Liability for a complete understanding on how the given process occurs. This paper gonna present some important cases, such as that of the model Babi Rossi and the actress Luana Piovani against Pânico na Tv Program, and the situation that occurred between the participants of the reality show “Big Brother Brazil”, João Luiz Pedrosa and Rodolfo, wich are atypical situations were present and adverse effects of the use of the prerogative of entertainment to bring media and television

content.

KEYWORDS: Entertainment, Civil Reparation, Tv show, Reality show.

1 | INTRODUÇÃO

A utilização da imagem e os meios midiáticos na atualidade são formas de atrair a atenção do público quando o assunto é Entretenimento. Observamos que ao sair uma manchete ou até mesmo uma pequena notícia sobre determinada personalidade configura-se o suficiente para gerar grandes proporções e efeitos na vida daquele que está ali envolvido. É primordial pensar, portanto, em uma forma de entretenimento não agressivo à personalidade física e jurídica da pessoa. Ademais, é preciso pensar o conceito de Limites do Entretenimento, no que tange os direitos da personalidade, para que sejam corretamente balizados.

Buscando respostas para tais indagações, podemos ponderar que há responsabilização quando parâmetros são ultrapassados. Apresenta-se nesse contexto a Responsabilidade Civil, prevista no art. 186 do Código Civil Brasileiro, senão vejamos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Como dito acima, tratando como ato ilícito a negligência ou imprudência contra direito de outrem causando a este algum tipo de dano, mesmo que seja de forma exclusivamente moral. Atrelando-se a este dispositivo temos contido no mesmo Código o art. 927 trazendo a obrigatoriedade da reparação do dano. *In verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Para melhor esclarecer, evidenciamos os casos da modelo Babi Rossi e da atriz Luana Piovani contra o Programa Pânico. Após análise de entrevistas e depoimentos dados por Babi Rossi, e ao acesso por meio de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, no Processo nº 0003079-27.2018.8.26.001, movido por Luana Piovani.

Observam-se os danos emocionais e psicológicos causados na modelo Babi, por mais que não tenha entrado com ação contra o programa apresentou sequelas emocionais. Outrossim, Luana Piovani buscou o seu direito em razão da justiça e assim compreende-se a prática e utilização da responsabilização civil.

Neste diapasão, diante de muitos debates e da grande repercussão da situação ocorrida entre os participantes João Luiz Pedrosa e o cantor sertanejo Rodolffo durante

a edição do reality show “Big Brother Brasil” no ano de 2021, onde houve a reprodução de falas preconceituosas, por Rodolfo, sobre o estilo de cabelo que João usa, dando a entender que seu cabelo é igual ao de “homens das cavernas”. Causando fortes debates fora do reality, o público em questão procura saber o que essas falas e atitudes geram ou não no mundo real, entretanto torna-se indispensável a explicação da Responsabilidade Civil e suas modalidades além de mostrar que os danos causados vão além dos fatos materiais.

Na conjuntura do tema, é dado que a informação e o estudo de casos se fazem indispensável para a análise e aplicação da lei, por fim, será imprescindível a abordagem doutrinária realizada por Carlos Roberto Gonçalves e Cristiano Chaves de Farias para maior entendimento dos amparos legais que o Código Civil de 2002 traz. Se faz presente a abordagem do processo nº 0003079-27.2018.8.26.001 do TJSP e do processo nº 0158387-96.2009.8.19.0001 do TJRJ apresentados em face da execução da Responsabilidade Civil para sua efetivação justa.

2 | DESENVOLVIMENTO

2.1 Responsabilidade Civil: Noções e espécies

2.1.1 Conceito

Para compreensão completa da figura da Responsabilidade Civil, necessita-se trazer seus principais dispositivos, sua previsão legal, sendo estes os arts. 186 e 187 do Código Civil Brasileiro de 2002.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Após sua apresentação formal, pode-se dizer que este dispositivo traz a punição àquele que de forma moral ou não venha ferir o direito de outrem, não abrindo espaços no Direito Civil para a total banalização de ações e omissões a serem propagadas pelo ser humano. Estabelece-se então um limite, porém de forma abstrata, cabendo assim diversas formas de violações de direitos garantidos a qualquer pessoa e consequências para aquele que pratica o ato e para quem for omissor também.

Observa-se então o que diz Gonçalves (2021, pág. 8), sobre a as acepções da responsabilidade:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral

e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Portanto, interpreta-se que ao falarmos de Responsabilidade Civil estamos trazendo ações praticadas cotidianamente, sendo estas responsáveis pelo desrespeito de direito de outra pessoa. Podemos enxergar isso de forma clara e sucinta ao nos depararmos com fotos não permitidas espalhadas na internet, contratos celebrados não sendo efetivados, programas de TV ou filmes abordando temas que ofendam um certo grupo social, entre outras várias formas de infringir o direito de alguém.

Torna-se necessária a responsabilização das pessoas que ultrapassam os limites legais para que haja um equilíbrio social, onde seja visto na sociedade que toda ação ilícita, ou até mesmo omissão, será punida. Devendo em vista disso, todo indivíduo conhecer e praticar seus direitos, buscando sua execução de forma justa e reparadora.

2.1.2 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

Ao compreendermos o que seria a Responsabilidade Civil em sua forma geral, há duas espécies de abordagens; sendo estas as responsabilidades contraídas de forma contratual ou extracontratual.

Menciona-se como Responsabilidade Civil Extracontratual aquela que decorre de uma relação não obrigacional entre pessoas, ou seja, quando há detrimento de direito de outrem em situações típicas que não se configura vínculo formal, podendo ocorrer de diversas formas. Sendo prevista no art. 927 do Código Civil, e evidenciando a obrigação da reparação do dano.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

A Responsabilidade Civil Contratual já apresenta nome sugestivo, portanto conclui-se que esta modalidade é decorrente de uma relação contratual, há obrigações e deveres específicos averbados e concordados pelas partes, existindo o vínculo obrigacional e jurídico entre os celebrantes de determinado contrato. Causando como consequência do inadimplemento das obrigações contraídas a reparação por perdas e danos, cabendo juros e correção monetária, como dispõe o art. 389 do Código Civil.

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Posto isto, tem-se que as espécies de responsabilidades civis se diferenciam pela origem onde são contraídas, sendo uma derivada de relação jurídica contratual obrigacional e outra comportando todos aqueles comportamentos distintos de relações obrigacionais e cabendo à vítima sua comprovação. Porém o que ambas possuem em comum é o

comprometimento de compensação do direito lesado.

2.2 Dano

2.2.1 Conceito

Quando nos referimos ao dano no direito civil, podemos afirmar que este é a principal ponte entre a responsabilidade civil e o dever de reparação. Devido ao fato de que a legislação brasileira não apresenta uma definição com relação ao conceito de dano, podemos parafrasear Cristiano Chaves de Farias (2021, pág. 267), que nos explica de maneira sucinta tal definição: “O dano é o fato jurídico desencadeador da responsabilidade civil”.

Logo, podemos chegar à conclusão que a partir do que caracterizamos como dano é que conseguimos refletir sobre o que deve ou não ser compensado. Dito isso, por andar entrelaçado com a responsabilidade civil, questões que envolvem o direito de danos alteram à medida que a sociedade muda e ganha complexidade com base no que atualmente pode-se entender como ilícito.

2.2.2 Dano Moral

Em suma, conforme a sociedade se modifica em relação aos seus princípios e costumes, há também um aumento na infinidade multiforme de se reconhecer e caracterizar um dano. O dano moral, por sua vez, é definido a partir do sofrimento fundado do ato ilícito que ferem os direitos personalíssimos constituídos na Carta Magna. Vejamos a definição de Cavaliere:

“Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não material. Segundo Savatier, dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo, dano moral é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor da alma.” (CAVALIERI, 2012, pág. 88)

O Princípio da dignidade da pessoa humana não é um mero valor que se atribui aos indivíduos por mera conveniência moral, é, portanto, um preceito normativo que garante a todo ser humano uma existência digna, baseada no respeito pela integridade psicofísica humana, bem como é adversa a qualquer tipo de ação que degrade a mera existência de outrem, com base nos direitos assegurados pela Constituição.

Por fim, dada à relação do dano causado com a responsabilidade civil, advinda da quebra do princípio da dignidade da pessoa humana, faz-se necessário atribuir ao ofensor a culpabilidade mediante suas ações ilícitas que causaram danos ao ofendido, em função do caráter punitivo conferido ao ato pela legislação civil.

2.3 Programas Humorísticos

É extraordinário que, ainda quando há a ascensão da internet que se insere na vida e no cotidiano dos brasileiros dia após dia, as redes televisivas não tenham saído do pódio da população atualmente, principalmente com relação à forma em que se obtém informação. Notavelmente, a televisão ainda exerce influência na vida de grande parte da população, sendo o principal meio de comunicação e informação, impactando na vida milhares de brasileiros que, ligam seus monitores de tv do acordar até ao seu descanso, sendo a última coisa com que se deparam.

Em função disso, mecanismos jurídicos foram elaborados com a premissa de regular as atividades de emissoras e programas televisivos. Como prova disso, temos a Lei 5.250/67 denominada como a Lei de imprensa e, em paralelo a isso, a própria Constituição Federal tutela a existência de tais meios de informação e comunicação.

Vejamus o que diz o artigo 12 da Lei de imprensa e o artigo 221, inciso IV, da Constituição Federal:

Artigo 12. Aqueles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação ficarão sujeitos às penas desta lei e responderão pelos prejuízos que causarem.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: (...)

IV - Respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

2.3.1 Casos Pânico na Band

Apesar do que foi citado, podemos afirmar que não são todos os programas de televisão que buscam seguir os dispositivos legais com relação à responsabilidade civil. Dito isso, podemos facilmente identificar, devido à grande popularidade e audiência do programa que iremos mencionar, casos onde conseguimos constatar graves violações aos direitos da personalidade.

Nos anos entre 2003 e 2017, o programa Pânico na Band (Pânico) da emissora Rede Bandeirantes (inicialmente chamado de Pânico na TV, pela emissora Rede TV) se destacou e se tornou um dos mais bem sucedidos da história da televisão brasileira. O programa humorístico focava boa parte de seu tempo de tela em zombar e fazer piada sobre celebridades e políticos, o que não é nenhum ato ilícito, visto que a própria Carta Constitucional em seu grandioso artigo 5º, inciso IX, assegura o direito à liberdade de expressão que fundamenta esse tipo de postura dos programas de humor.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Conquanto, a forma inconsequente que os produtores e apresentadores conduziram o programa, ao mesmo passo em que o fez se tornar um dos mais aclamados programas de humor, também trouxe para si o encargo de ter que lidar com uma série de litígios na esfera cível, envolvendo situações em que o programa desrespeitava a dignidade de participantes e pessoas a quem se excediam no momento dos escárnios.

Um dos casos mais famosos envolvendo o Pânico aconteceu em 2012, quando uma das assistentes de palco do programa, a ex-panicat Bárbara Cristina Rossi (Babi Rossi), teve a cabeça raspada ao vivo sem aviso prévio de tal ato de fato aconteceria. O programa teve nessa noite uma das maiores audiências da história do programa devido ao fato de que Babi estava evidentemente abalada e chorou copiosamente enquanto raspavam o resto de sua cabeça.

A partir deste momento, houve uma extrema retaliação pela parte do público que questionou até onde iria o programa em prol de conquistar uma grande audiência. Dito isso, muito se questionaram sobre qual medida Babi tomaria mediante o abalo inegavelmente sofrido no famigerado dia. Acontece que a assistente de palco por muito tempo negou que teria sofrido com o corrido, entretanto, anos após o acontecimento, Babi revelou em entrevista ao Programa Super pop que sofreu de grave depressão em detrimento da perda de seu cabelo de forma súbita e insensível.

Em suma, este é um perfeito exemplo de como o dano moral acontece na prática envolvendo programas humorísticos, apesar de que nenhuma ação cabível foi tomada por Babi, afirma-se a mesma que poderia perfeitamente mover uma ação contra a emissora do programa.

Por conseguinte, outra situação envolvendo o programa Pânico que gerou uma ação no judiciário foi o caso da atriz Luana Piovani, que ganhou a ação movida contra o programa após o judiciário reconhecer que o uso da imagem de Luana foi utilizada de maneira indevida. O fato que motivou o litígio foi, primeiramente, a invasão da privacidade de Luana, que na época estava em uma praia do Rio de Janeiro com seu ex-marido Pedro Scooby quando foi abordada pelo humorista Rodrigo Scarpa (Vesgo), que lhe entregou um buquê. No momento em que foi abordada, Luana claramente manifestou a sua vontade de não aparecer no programa e pedindo para que se retirassem do local negando não permitindo o uso da sua imagem.

Tendo em vista que tal pedido não foi atendido, o programa dedicou cerca de 14 minutos do seu tempo de tela para desdenhar da atriz, que entrou com a ação na justiça que lhe foi favorável tanto em primeira, quanto em segunda instância, presente tais fatos no processo nº 0003079-27.2018.8.26.001 do TJSP.

Mais um novo caso envolvendo o Pânico, desta vez quando o programa atuava pela emissora Rede Tv, foi movido o processo 0158387-96.2009.8.19.0001 no TJRJ pela A.P.P.O.C. (abreviações dadas ao verdadeiro nome da vítima) em função da utilização de sua imagem de maneira indevida, promovendo à ofendida graves humilhações em rede nacional. Além disso, um dos principais motivos pelo qual a sentença foi favorável para a parte requerente se deu pela exposição da autora de não era figura pública incorrendo na violação do seu direito à intimidade e privacidade assegurada pela Constituição em seu artigo 5º, inciso X.

Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

2.3.2 Caso Rodolfo Big Brother Brasil 2021

Cabe, ainda, lembrar o caso ocorrido no reality “Big Brother Brasil” de 2021 onde abriu caminho para discussões referentes ao dano causado ao participante João Luiz Pedrosa após comentários de cunho racista vindos do cantor sertanejo Rodolfo. Após o cantor comparar o cabelo “Black Power” de João Luiz à peruca de homem da pré-história, João Luiz demonstrou-se abalado emocionalmente com o comentário que posteriormente foi reafirmada semelhança pelo cantor. Quanto ao ocorrido, foi instaurada uma investigação pela Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância da Polícia Civil do Rio de Janeiro para apurar o crime de preconceito racial, entretanto o caso só será encaminhado ao Ministério Público caso João Luiz concorde com a ação.

“A responsabilidade civil decorrente do racismo é subjetiva. Com a delimitação entre injúria racial e racismo, permanece em dúvida as consequências civis, especialmente no que se refere à natureza do dano.” (Cerqueira, L. D. O. 2021)

É indiscutível a carga histórica referente ao tema, uma vez que, é notório o grande impacto na sociedade em razão do racismo estrutural, elencando até os dias atuais situações de discriminação e desigualdade social. O comportamento discriminatório não afeta apenas a honra, mas também todo o conjunto de pessoas no qual sentem-se representados pelo símbolo ligado à raça. Além disso, o mesmo pode ser expresso bem como de forma ativa como de forma omissiva e implícita.

O Estado através da Constituição Federal Brasileira juntamente com as Leis específicas e suas previsões legais estabelece medidas para o combate à discriminação racial, principalmente contra negros, no Brasil. Nota-se que o preconceito racial viola o ordenamento constitucional diante do estabelecido pela CF/88 em seu Art.1º, inciso III, que nos traz a Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da República e do Estado Democrático de Direito.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos

Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

No âmbito Cível, o preconceito racial possibilita indenização por danos morais independentemente do contexto em que as ofensas foram proferidas. É imprescritível a necessidade de reparação civil pela prática de racismo assim como na discriminação racial, portanto, ao analisarmos a espécie do dano como dano moral é passível conforme regra prevista no Código Civil em seu art. 927 e seguintes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 944. A indenização se mede pela extensão do dano.

O mesmo código estabelece no Art. 953 o que se relaciona ao dano à honra do indivíduo.

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Ressalta-se os Artigos 186 e 187 do Código Civil já citados anteriormente onde uma vez que, ao verificar que todos os requisitos caracterizadores do ato ilícito foram preenchidos, não há dúvidas que a conduta do agente constitui o ato ilícito passível de reparação obrigatória ao dano instituído no Art. 927 do Código Civil.

Desse modo, o texto da lei alega a cabível indenização pelo litígio entre os participantes, ressalta-se também a presunção do dano moral no qual torna-se apenas necessário a prova do ato que originou o dano, diante disso colocamos como prova as gravações feitas pela emissora cujo foi transmitido ao vivo em rede nacional durante a edição diária do reality “Big Brother Brasil”.

Em suma, diante da repercussão do episódio entre os participantes foi questionado o posicionamento do programa quanto ao ocorrido, que resultou na criação de um “comité” para debates sobre como agir em frente dessas situações pois, sabe-se do impacto que a falta de posicionamento pode gerar com patrocinadores do reality. Portanto, ao final da edição do programa o apresentador Tiago Leifert fez uma ampla explicação sobre o que faz comentário do participante Rodolfo ser errôneo e equivocado e os impactos que poderia causar à aqueles que se sentem representados pelo símbolo ligado à raça.

O posicionamento da emissora diante de situações discriminatórias é de grande importância, devido sua influência diante aos telespectadores por se tratar, neste caso, do reality mais assistido do país no qual atinge todas as classes e regiões, e sua omissão perante qualquer tipo de intolerância e preconceito apenas abrem portas para o

telespectador interpretar que a emissora compactua e concorda com esse tipo de conduta.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O humor é uma ferramenta que a sociedade utiliza muitas vezes para sanar crises e tribulações de um povo que culturalmente encontra conforto na jocosidade no cotidiano. Muitas vezes, a comicidade, quando feita de forma desproporcional ou maliciosa causa diversos danos à psique e aos direitos que embasam a dignidade humana, conforme demonstram os casos citados neste artigo.

À vista disso, deve-se sempre examinar a linha tênue entre, o humor legítimo e a falta de sensibilidade ao tratar da vida e situações entre seres humanos como um mero artifício sensacionalista, utilizado muitas vezes para envolver o público e aumentar a audiência de uma determinada emissora. Outrossim, fato é que, como público que consome o produto fornecido pelas emissoras, ou quaisquer outros meios onde se tem o acesso aos programas e show humorísticos, devemos nos ater, não ao politicamente correto, mas ao que é fornecido de maneira justa e apropriada.

A dignidade da pessoa humana é um princípio e um direito garantido a todos pela Carta Magna, a lei de maior autoridade em território nacional. Por isso, o estudo do dano moral em decorrência disso deve ser reconhecido como imprescindivelmente importante, visto que é implausível qualquer ato ou ofensa direcionado ao direito que lhes foi concedido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

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

BRASIL. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Institui a Lei de Imprensa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm>. Acesso em: 07 jun. 2021

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**: Volume 4. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; PEIXOTO BRAGA NETTO, Felipe. **Curso de Direito Civil – Volume 3 – Responsabilidade Civil**. Salvador: Juspodivm, 2021.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano; PEIXOTO BRAHA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil – Volume Único – 4**. Salvador: JusPodivm, 2019.

FARIAS, Alexandre. Responsabilidade Civil nos crimes de racismo e injúria racial, **Jusbrasil**, Salvador, 2020. Disponível em: <<https://xandfarias.jusbrasil.com.br/artigos/862249459/responsabilidade-civil-nos-crimes-de-racismo-e-injuria-racial>>. Acesso em: 20 mai. 2021

CONSULTO JURÍDICO, Revista. Injúria racial gera indenização independente do contexto das ofensas, **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-18/indenizacao-injuria-racial-independe-contexto-ofensas>>. Acesso em: 20 mai. 2021

LOUZADA, D. A.; DE ALMEIDA, V. S. **Imprescritibilidade da pretensão de Reparação Civil pela prática de Racismo e de Discriminação Racial**. 2019. Dissertação (Defensoria Pública) - Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, Espírito Santo, 2019.

CERQUEIRA, L.O. **Responsabilidade Civil nos crimes raciais**: Uma atualização necessária do conceito jurídico de Racismo. 2021. Dissertação (Bacharelado em Direito) – Revista de Direito UNIFACS, Salvador, 2021.

“Eu fiquei depressiva”, diz Babi Rossi ao lembrar ter o cabelo raspado ao vivo em programa. **R7, Entretenimento**. 19 jan. 2016. São Paulo. Disponível em: <<https://entretenimento.r7.com/famosos-e-tv/eu-fiquei-depressiva-diz-babirossi-ao-lembrar-ter-o-cabelo-raspado-ao-vivo-em-programa-06102019>>. Acesso em: 20. abr. 2021

Justiça do Rio de Janeiro condena Pânico na TV! por imagem não autorizada. **Migalhas**. 22 set. 2010. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/117766/justica-do-rio-de-janeiro-condena-panico-na-tv--por-imagem-nao-autorizada>>. Acesso em: 20. Abr. 2021

CAPÍTULO 21

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Data de aceite: 04/07/2022

Data de submissão: 07/06/2022

Jaine Rêgo da Silva

Faculdade de Colinas do Tocantins
Colinas do Tocantins – TO
<http://lattes.cnpq.br/1669120387540464>

Luana Marques de Oliveira

Faculdade de Colinas do Tocantins
Colinas do Tocantins – TO
<http://lattes.cnpq.br/5333934180172151>

Kelys Barbosa da Silveira

Faculdade de Colinas do Tocantins
Colinas do Tocantins – TO

RESUMO: A violência obstétrica é um tipo de violência contra as mulheres, que se da por maus-tratos durante a gestação ou no momento do parto. A intervenção dos médicos no meio de parto normal ou natural vem sendo muito grande. Esse tipo de violência obstétrica pode acabar vindo ocasionar para as mães ou seus filhos vários problemas graves de saúde. O erro médico é um grave problema para as vítimas dessa violência, o que acaba dificultando os meios para realizarem a denúncia. O dano nesses casos deve ser provado que é presumtivo e que não há necessidade de comprovação de culpa. Devem realizar políticas públicas de prevenção para conscientizar a sociedade, para que possam buscar seus direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Violência, Obstétrica, Erro

médico.

THE CIVIL RESPONSIBILITY OF THE DOCTOR IN OBSTETRIC VIOLENCE

ABSTRACT: Obstetric violence is a type of violence against women, which is caused by mistreatment during pregnancy or at the time of childbirth. The intervention of doctors in the midst of normal or natural childbirth has been very large. This type of obstetric violence can end up causing several serious health problems for mothers or their children. Medical malpractice is a serious problem for victims of this violence, which makes it difficult for them to file a complaint. The damage in such cases must be proved to be presumptive and that there is no need to prove fault. They must carry out public prevention policies to raise awareness of society, so that they can seek their rights.

KEYWORDS: Violence, Obstetric, Medical error.

1 | INTRODUÇÃO

O presente estudo apresenta discussões sobre a responsabilidade civil relacionada a violência obstétrica cometida por médicos e outros profissionais da saúde. O papel médico é o de observar o desenvolvimento do parto, garantindo que o processo esteja transcorrendo da maneira adequada, no entanto o muito tempo a sociedade brasileira sofre com a falta de qualidade nos atendimentos, existindo assim uma grande quantidade de mulheres que durante a vida reprodutiva, sofrem variadas formas de

violência obstétrica, passando por procedimentos inadequados e desnecessários.

Com tantos relatos de vítimas da violência obstétrica, já está impermeado o medo entre as mulheres de que sofrera violência durante o parto, sofrimento esse que pode ocasionar grandes consequências, que muitas vezes serão irreversíveis. Tornando assim um momento que deveria ser de boas lembranças em algo negativo, e a falta de aplicação das leis resulta no aumento da violência obstétrica.

Sendo assim importante nesse momento combater violência obstétrica, conscientizando as vítimas de que é possível responsabilizar e punir os profissionais que cometem tais atrocidades, cabendo assim a responsabilidade civil por violência obstétrica durante o trabalho de parto diante da conduta realizada pela equipe médica e/ou pelo médico responsável.

Este trabalho tem como objetivo geral analisar a conduta dos profissionais da saúde que resultam em violência obstétrica e seus efeitos nocivos a saúde física e psicológica para parturiente e o bebê, e como objetivo específico facilitar a compreensão, exemplificando o que é violência obstétrica, analisando também os tipos de violência obstétrica. Observar o atual cenário da violência obstétrica no Estado do Tocantins e verificar o papel e desempenho do médico obstetra, no âmbito jurídico, observando a responsabilidade civil dos médicos pelos danos ocorridos no parto e pós-parto.

O presente artigo foi organizado em quatro capítulos, sendo logo após a introdução abordado a definição e os aspectos históricos da Violência Obstétrica, assim como, os tipos de violência obstétrica, apontando alguns exemplos dos atos mais conhecidos e rotineiros, onde estaremos exemplificando cada uma delas. O capítulo três versará sobre a legislação sobre violência obstétrica no Brasil e no Estado do Tocantins sobre este tipo de violência. E por fim, no último capítulo terá como enfoque principal a responsabilidade civil desses prestadores de serviços responsáveis pela violência obstétrica.

Por fim, serão apresentadas as considerações finais relevantes ao tema e as referências utilizadas na concretização deste estudo.

O trabalho deve ser digitado no Word for Windows e não deve ser paginado.

2 | ASPECTOS HISTÓRICOS E DEFINIÇÃO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Após uma breve análise histórica da época do parto no Brasil, é possível verificar que existia uma preocupação com sua execução, pois por muito tempo o parto era apenas realizado por mulheres, homens sendo praticamente excluídos neste momento, além do fato de que, normalmente costumava ocorrer o momento em que a mulher dava à luz, que acontecia em sua casa. (SOARES, BASANI, 2018). A razão pela qual os partos eram predominantemente realizados por mulheres não se devia apenas a tradição de conforto, mas também ao preconceito criado pela própria tradição.

Até por volta da década de 1980, as mulheres eram geralmente vistas como

reprodutoras e mães, de modo que outras características humanas eram deixadas em segundo plano. Diante da negligência, a maioria delas não teve tratamento durante a gestações, apenas buscando atendimento durante a gestação de alto risco.

Com o tempo, vemos que as mulheres recebem mais atenção do governo, principalmente durante a gravidez, porém, essa atenção começa a assumir distorções. O termo Violência Obstétrica foi criado pelo presidente da Sociedade de Obstetrícia e Ginecologia da Venezuela, Dr. Rogélio Perez D' Gregório, e ficou conhecido mundialmente em 2010, através do Jornal Internacional de Ginecologia e Obstetrícia.

No Brasil, o termo foi reconhecido no ano de 2019 pelo Ministério da Saúde, após recomendação do Ministério Público. O termo tem sido usado recentemente para substituir a expressão “violência no Parto”, sendo dada a ampla relação com os profissionais da saúde, porém também as entidades privadas, públicas e qualquer organização da sociedade civil.

Portanto, para que a violência obstétrica ocorra, basta que o profissional, pratique atos de agressão ou omissão, que vão contra a dignidade da integridade das pacientes que estão grávidas, em trabalho de parto ou em puerpério.

Segundo a Organização Mundial de Saúde, a apropriação do corpo da mulher foi qualificada como violência obstétrica, considerando irregular o abuso da medicação, perda da autonomia e poder de decisão. Também é caracterizada por violência física e discriminação e cuidados não consentidos.

O obstetra participa do parto mais como observador do que como pessoa que age para que ocorra o parto, quem atua neste caso, é a mãe, a mulher gestante que vai deprender um grande esforço através das contrações e do próprio esforço físico dela para que ela possa empurrar o feto para nascer.

Assim, nas palavras de Londres, quando ele se refere ao parto humanizado, está falando de parto natural: “em suma, o que chamamos agora de “parto humanizado”, se refere ao que seria um parto normal, processo fisiológico, no qual qualquer interferência ocorreria apenas nos raros casos em que fosse necessário. (LONDRES, 2019, p. 1).

Hoje em dia o que está acontecendo é a intervenção médica nesse processo natural de parto devido ao grande conhecimento dos médicos. Uma intervenção médica é qualquer procedimento executado em hospital que não é natural do corpo humano, mas que de alguma forma está nos prejudicando e o médico, em colaboração com a ciência, está procurando uma maneira de intervir que ocorra algo grave.

Procedimentos médicos desnecessários, são métodos realizados em pacientes que não precisariam passar por determinada situação, como por exemplo cirurgia desnecessária, que aumenta o tempo de sofrimento e dor do paciente, sendo que tal técnica quando realizado em mulheres gestantes se caracteriza como violência obstétrica.

No Brasil ainda não há lei federal que trate sobre Violência Obstétrica, porém a conduta dos médicos é regulamentada pelo Código de Ética Médica, determinada pelo Conselho Federal de Medicina que relata que todos os pacientes devem ser atendidos com

respeito e cuidado para qualquer situação, assim, é importante ver o que diz o art. VI do Código de Ética Médica.

Art. VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade. (CFM, 2009).

No que tange ao parto, a indicação do conselho federal de medicina é de que as gestantes têm o direito de optar pelo o procedimento, porém é ético o médico exercer o direito de autonomia profissional em casos de riscos para a mulher e o bebê, é o que diz o art. XXI também do Código de Ética Médica.

Art. XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas. (CFM, 2009).

Em vista disso, podemos dizer que o papel do médico é de observar o andamento do parto, para se certificar de que o processo está ocorrendo corretamente. O médico deve agir durante o parto e usar o conhecimento médico quando esta via natural do parto é de alguma forma desviada, ou seja, quando ocorre uma patologia durante a gravidez ou até mesmo no processo de parto, é onde este intervirá para garantir o retorno desse processo natural.

3 | TIPOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Subsistem quatro tipos de violência obstétrica: violência verbal e física, violência psicológica e a negligência.

A negligência caracteriza-se pela dificuldade de acesso aos cuidados para as gestantes. A violência verbal assume a forma de comentários ofensivos e constrangedores, como por exemplo, tentativas de zombar do parto ou das posições do parto. A violência física, por sua vez, caracteriza-se por intervenções desnecessárias ou violentas sem o consentimento da paciente. A violência psicológica é caracterizada por comportamentos que levam a sentimentos de inferioridade, abandono, medo e instabilidade.

Em 2012, a “Rede Parto do Príncipe” criou um arquivo sobre violência obstétrica, denunciando vítimas de procedimentos realizados por profissionais.

4 | A LEGISLAÇÃO SOBRE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

4.1 No Brasil

Infelizmente não existe no Brasil legislação federal específica que tipifica a violência

obstétrica, e com a falta dessa legislação os órgãos que regulam os comportamentos médicos, como também os que amparam as vítimas criaram resoluções, que buscam regulamentar as questões referente ao assunto. Sendo os órgãos:

- A Organização Mundial de Saúde (OMS);
- A Diretriz Nacional de Assistência ao Parto Normal;
- A Diretoria Colegiada da agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA);

Dado que não possui legislação específica, para a violência obstétrica, o judiciário se ampara nas legislações já vigentes. Desta forma, mesmo que de forma indireta, a Violência Obstétrica é regulada pela Constituição Federal:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana

Art. 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III – tratamento assemelhado à tortura, desumano, e degradante;

X – violação da intimidade e da vida privada;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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.”

Mesmo que não exista lei federal específica, os atos da violência obstétrica, em sua maioria caracterizam-se típicos e antijurídicos, e estão elencados em alguns artigos das leis a seguir:

A Lei nº 8.078 de 1990 – Código de Defesa do Consumidor regulamenta em seu art. 14, questões pertinentes à reparação de danos causados em relação à prestação de serviços. *In verbis*:

“Art. 14: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

- 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

A Lei nº 11.108 de 2005 – Lei do Acompanhante que prevê em seu art. 19-J, *in verbis*:

“Art. 19 – J: Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde – SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós parto imediato.

- 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente.
- 2º As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo.”

A Lei nº 12.401/2011 – Assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, que dispõe em seu art. 19-Q, *in verbis*:

“Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

- 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I – as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso.”

A Lei nº 10.406 de 2002 – Código Civil, que dispõe em seu art. 186 sobre a Responsabilidade Civil, *in verbis*:

“Art.186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

O Decreto – Lei nº 2.848 de 1940 – Código Penal Brasileiro, *in verbis*:

“Homicídio simples – Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos;

Lesão corporal – Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de

outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano;

Lesão corporal de natureza grave – § 1º Se resulta: I – Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II – perigo de vida; III – debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV – aceleração de parto: Pena – reclusão, de um a cinco anos. § 2º Se resulta: I – Incapacidade permanente para o trabalho; II – enfermidade incurável; III perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV – deformidade permanente; V – aborto: Pena – reclusão, de dois a oito anos;

Lesão corporal seguida de morte – § 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo: Pena – reclusão, de quatro a doze anos; Maus-tratos – Art. 136 – Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena – detenção, de dois meses a um ano, ou multa. § 1º – Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de um a quatro anos. § 2º – Se resulta a morte: Pena – reclusão, de quatro a doze anos. § 3º – Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos;

Injúria – Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Constrangimento Ilegal – Art. 146 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Ameaça – Art. 147 – Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único – Somente se procede mediante representação.”

4.2 No Estado do Tocantins

O Estado do Tocantins, em sua busca por regular o ato, também definiu o termo Violência Obstétrica, conforme prevê o art. 2º da Lei nº 3.385 de 2018:

“Art. 2º. Considera-se violência obstétrica todo ato praticado pelo médico, pela equipe do hospital, maternidade e unidade de saúde, por um familiar ou acompanhante que ofenda de forma verbal ou física as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período de estado puerperal.”

A Lei nº 3.385 de julho de 2018 dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins.

“Art. 1º A presente Lei tem por objeto a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente no Estado do Tocantins, visando à proteção contra a violência obstétrica e à divulgação da Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal.”

É de grande importância ensinar a gestante a identificar as práticas abusivas e criminosas que podem ser cometidas pelos profissionais de saúde na prática de suas funções, afinal ao ter consciência da existência que possíveis abusos podem ocorrer deixa-a em estado de alerta estando pronta para evitar qualquer dano que resulte de uma prática abusiva contra sua integridade física e psicológica.

De acordo com o disposto na Lei que vigora no estado do Tocantins, é possível conceituar e identificar o que é a violência obstétrica, o que ajuda as pacientes quando precisam denunciar as práticas criminosas cometidas pelos profissionais da saúde, desta forma obter amparo jurídico quando houver a necessidade legal.

5 | A RESPONSABILIDADE CIVIL DESSES PRESTADORES DE SERVIÇOS RESPONSÁVEIS PELA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

A violência obstétrica, como já mencionada, é a infeliz realidade ocorrida com as gestantes. Em sendo este fato um grave dano a gestante, mas ainda nos dias de hoje existe dúvida de boa parte da população: de que maneira responsabilizar os envolvidos neste dano?

Da mesma forma que os médicos são responsáveis pelos atos comissivos ou omissivos praticados que ocasionem dano aos pacientes, a equipe médica que o acompanha também poderá ser responsabilizada pela sua atuação.

Cordini (2018) ressalta a possibilidade de a vítima de violência doméstica demandar a responsabilização direta do agente que lhe provocou o dano. Sua tese é corroborada por jurisprudências pátrias:

Em se tratando especificamente de profissional de obstetrícia atuante na rede pública de saúde ou atuantes em hospitais privados conveniados ao Sistema Público de Saúde, importante destacar que a regra prevista no § 6º, do artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), não constitui óbice à vítima de violência obstétrica propor a demanda diretamente contra o profissional causador do dano, conforme tem entendido a jurisprudência pátria, desde que demonstrada a conduta culposa do agente no exercício da sua atividade, considerando a responsabilização subjetiva sabidamente aplicada aos profissionais liberais, facultando-lhe, assim, ajuizar a ação contra o profissional, contra o ente público ou contra ambos.

Em relação aos profissionais médicos especializados em obstetrícia, Cordini (2018) destaca que existe um tratamento jurídico especial dado a estes profissionais, pelo ato de que a sua responsabilização é derivada da demonstração de culpa do agente causador do dano:

Este tratamento jurídico diferenciado, baseado na necessidade de demonstração de culpa do profissional de saúde para sua consequente responsabilização, apresenta-se absolutamente razoável, considerando que a adoção da responsabilidade objetiva nas relações médico-paciente, tornaria inviável o exercício da obstetrícia, primeiro, por se tratar de obrigação

de meio, na qual o êxito do nascimento depende não apenas do profissional, mas também de fatores alheios à sua vontade e, segundo, ante a insensata possibilidade de ser o médico responsabilizado pela adoção de condutas emergenciais, que objetivam salvar a mãe e/ou o nascituro.

Sendo assim, Cordoni (2018) mostra a relevância de se distinguir o que é violência obstétrica – aqui entendidas pela autora como procedimentos que visam exclusivamente a celeridade do procedimento - e o que não é – ou seja, aqueles procedimentos que são padronizados no meio médico, com base em evidências científicas:

Por estas razões, para melhor elucidação da responsabilidade civil dos profissionais de saúde, importa distinguir as recomendações médicas baseadas em evidências científicas e de caráter emergencial, e as condutas caracterizadoras de violência obstétrica, empregadas visando precipuamente, à celeridade do procedimento e à comodidade do profissional, ou, ainda, interesses econômicos, bem como as decorrentes de técnicas e procedimentos inadequados.

Em relação a responsabilidade civil do Estado no caso de violência obstétrica, Cordoni (2018) aponta que a Administração Pública deveria servir de exemplo a iniciativa privada, vez que o Estado tem o dever de oferecer proteção a maternidade.

Apesar de a violência obstétrica não ser privativa da rede pública de saúde, essa deveria servir de paradigma ao sistema privado, eis que se encontra regida sob a égide da Administração Pública, cujo compromisso principal é oferecer proteção efetiva à maternidade, nos termos do artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), mediante a adoção de políticas públicas que propiciem um parto humanizado às mulheres.

No entanto, isso não ocorre e muitas vezes o Estado é falha ao não fornecer a possibilidade do parto e da assistência ao parto humanizados, o que leva a vítima da violência obstétrica sofrer vários procedimentos invasivos muitas vezes desnecessários:

Todavia, na maioria das vezes, o que se percebe é que o Estado, em flagrante ofensa aos princípios constitucionais já elencados, revela-se omissivo no que tange à humanização da assistência ao parto. Ele permite, ainda que de forma indireta, por intermédio de seus agentes, que o direito de escolha da mulher durante o processo gestacional seja cerceado, além de se manter inerte diante dos procedimentos invasivos realizados à revelia da gestante/parturiente. Deste modo, evidencia-se, a sua responsabilidade pelos atos e, por via de consequência, pelas faltas cometidas pelos profissionais atuantes no sistema público de saúde. (CORDONI, 2018)

Destaca-se ainda que a responsabilidade civil do Estado poderá surgir quando o problema da violência obstétrica ocorre, por exemplo, nas Unidades de pronto atendimento ou nos postos de saúde, uma vez que estas unidades são administradas pelo Poder Público:

Na mesma esteira da responsabilidade civil dos hospitais públicos, tem-se os postos de saúde e Unidades de Pronto Atendimento (UPA), cujos estabelecimentos, de igual modo, são geridos pela Administração Pública. Nesse sentido, mister a aplicação do artigo 37, § 6º da Constituição Federal e a consequente responsabilização do ente público, independentemente da

demonstração de culpa, pelos danos causados por seus agentes às vítimas de violência obstétrica, ressalvados os casos excludentes denexo causal, que, aqui, torna-se a aplicar. (CORDONI, 2018)

Existindo também a possibilidade da responsabilização do Estado em serviços ofertados pelo SUS em parceria com unidades de saúde da iniciativa privada, desde que haja um convênio entre estas empresas privadas e a Administração Pública:

No tocante ao Sistema Único de Saúde (SUS), introduzido pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seus artigos 197 e seguintes, esse sistema permite ao Estado valer-se dos serviços ofertados pela iniciativa privada para execução dos serviços de saúde, mediante celebração de convênio entre instituições particulares e a Administração Pública. (CORDONI, 2018)

Sendo assim, decorrente de erro médico ou caracterizada como violência de gênero, a vítima de violência obstétrica tem o dever de ser indenizada, proveniente da responsabilidade civil dos prestadores do serviço público de saúde, seja eles vinculados ao Estado ou à iniciativa privada, assim sendo, são deveres inerentes a profissão, a relação médico e paciente se pautar no respeito à dignidade humana.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode se concluir que a violência obstétrica é um tipo de violência contra a mulher, praticada pelos profissionais da saúde, que se caracteriza pelo desrespeito, abusos e maus-tratos durante a gestação ou no momento do parto, seja de forma psicológica, física, verbal, ou até mesmo por negligência.

A um certo tempo atrás, as mulheres eram vistas apenas como reprodutoras e mães, sendo esse seu papel como mulher, sem receber nenhum tipo de assistência adequada. No entanto, com o passar do tempo isso veio mudando, e a começar a ter rumos diferentes.

O parto humanizado veio sendo algumas das escolhas das mulheres, no que se refere ao meio mais natural, porém o que vem acontecendo muito e a intervenção dos médicos, o que pode até ser caracterizado como violência obstétrica.

Como elencando neste artigo, são vários os exemplos e tipos de violência que existem e os danos que isso pode ocasionar para essas mulheres, seja pela dor que causam a essas vítimas, pelas consequências que pode vir a ter a saúde da mulher ou até mesmo para seu bebê e ainda mesmo pela saúde mental da gestante.

Por não possuir legislação específica sobre violência obstétrica, o judiciário conta com a legislação existente. Mesmo indiretamente, a violência obstétrica é regulamentada por algumas leis. A maioria é típica e ilegal. Eles fazem leis relacionadas à reparação de danos relacionados à prestação de serviços. O Conselho Federal de Medicina e o Conselho Federal de Enfermagem também têm resoluções sobre o que é e o que é proibido para os profissionais.

Na responsabilidade civil, percebe-se as características do erro médico, o que pode

criar dificuldades para as vítimas em fornecer provas em seu favor, pois além de fornecer prova pericial da culpa de um agente público, de outro médico, isso tende a proteger a categoria.

Nesse sentido, é muito importante que o ordenamento jurídico, e os magistrados em particular, passem a analisar esses casos como violência de gênero, a fim de reconhecer que o dano nesses casos é presuntivo e que não há necessidade de comprovação de culpa, defendendo assim a segurança jurídica mínima e promovendo a reparação da reputação e da dignidade da vítima. Além disso, ainda há muito que precisa ser investido em políticas públicas de prevenção para conscientizar a sociedade em geral, os profissionais de saúde que lidam diretamente com essas situações, e principalmente as vítimas que já vivenciaram esse tipo de violência, para que possam buscar direitos, além de potenciais vítimas para que reconheçam esses atos e percebam sua ilegalidade.

REFERÊNCIAS

Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 08 maio 2022.

Decreto **Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 08 maio 2022.

Lei 11.108 de 2005. Lei do Acompanhante. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm. Acesso em: 08 maio 2022.

LEI 12.401 DE 2008. Assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm. Acesso em: 08 maio 2022.

Lei 8.078 de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 08 maio 2022.

CFM. **Código De Ética De Medicina – Resolução CFM nº 1931 de 2009**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 08 maio 2022.

JUSBRASIL. Página 2 do Diário Oficial do Estado do Tocantins (DOETO) de 27 de Julho de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/201029285/doeto-27-07-2018-pg-2>. Acesso em: 08 maio 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução da Diretoria Colegiada nº 36 de 3 de junho de 2008**. Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2008/040608_1_rdc36.pdf. Acesso em: 08 maio 2022.

CORDONI, S M. **A responsabilidade civil nos casos de violência obstétrica praticada na rede pública de saúde**. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/6161>. Acesso em: 8 maio 2022.

DA SILVA, Artenira; SAUAIA, Silva; DE MESQUITA SERRA, Maiane Cibele. **Uma dor além do parto: violência obstétrica em foco**. Revista de direitos humanos e efetividade, v. 2, n. 1, 2016. Acesso em: 08 maio 2022.

FROTA, ANDREIA DE SOUZA. **Responsabilidade civil por violência obstétrica cometida por médicos do SUS: de que maneira efetivamente responsabilizar os responsáveis?**. [S. l.], 14 out. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55905/responsabilidade-civil-por-violencia-obstetrica-cometida-por-mdicos-do-sus-de-que-maneira-efetivamente-responsabilizar-os-responsveis>. Acesso em: 8 maio 2022.

RESPONSABILIDADE CIVIL: DO ADVOGADO NO DIA A DIA DA ADVOCACIA

Data de aceite: 04/07/2022

Julianny Souza Abadia

Faculdade de Colinas do Tocantins Fiesc/
Uniesp
Curso: Bacharelado em Direito
Colinas do Tocantins-To

Milena Alves Pimenta Machado

Faculdade de Colinas do Tocantins Fiesc/
Uniesp
Curso: Bacharelado em Direito
Colinas do Tocantins-To

Projeto de pesquisa apresentado como Trabalho Científico para a publicação de artigo no Curso Superior de Bacharelado em Direito a Faculdade de Colinas do Tocantins UNIESP/FIESC. Orientadora: Prof. Esp. Milena Alves Pimenta Machado

RESUMO: O presente artigo, tem com primor de seus objetivos, demonstrar a responsabilidade civil do advogado, referente aos danos e prejuízos que este vier causar aos seus clientes no seu dia a dia. A atividade da Advocacia encontra-se positivada através da Lei 8904/94 - Estatuto da Advocacia e da OAB, onde expressa direitos e deveres de um advogado demonstrando que será responsável pelos seus atos no exercício de sua profissão, logo terá punições caso infrinja o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil agindo com dolo ou culpa no dia a dia da advocacia. A respectiva pesquisa baseou-se em coleta de dados, pesquisa bibliográfica de normas, decretos, doutrinas e

códigos que apresentassem perspectivas diretas no entendimento, da responsabilidade civil do advogado no seu dia a dia da advocacia. Além disso, esse trabalho tem como principal objetivo analisar os números de inscritos no Exame de Ordem da OAB no decorrer dos anos, bem como os diversos aspectos do advogado profissional.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil do Advogado.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate the civil liability of the lawyer, referring to the damages and losses that he may cause to his clients in their daily lives. Law 8904/94 - Statute of Lawyers and OAB, which expresses rights and duties of a lawyer demonstrating that he will be responsible for his acts in the exercise of his profession, will soon have punishments if he violates the Code of Ethics and Discipline of the Brazilian Bar Association acting with intent or guilt in the day-to-day practice of law. The respective research was based on data collection, bibliographic research of norms, decrees, doctrines and codes that presented direct perspectives in the understanding, of the lawyer's civil responsibility in his daily practice of law. In addition, this work has as main objective to analyze the numbers of enrolled in the Bar Exam of the OAB over the years, as well as the various aspects of the professional lawyer.

KEYWORDS: Lawyer's civil liability.

Ainda que eu fale as línguas dos homens e dos anjos, se não tiver amor, serei como o bronze que soa ou como o címbalo que retine. Ainda que eu tenha o dom de profetizar e conheça todos os mistérios e toda a ciência; ainda que eu tenha tamanha fé, a ponto de transportar montes, se não tiver amor, nada serei. E ainda que eu distribua todos os meus bens entre os pobres e ainda que entregue o meu próprio corpo para ser queimado, se não tiver amor, nada disso me aproveitará. 1 Cor. 1-3

1 | INTRODUÇÃO

Ao decorrer das laudas, será exposto o profissional da advocacia, abordando a ética profissional do advogado, onde ocorrerá comentários sobre o relacionamento entre advogado e seu cliente, e finalmente mostrando a legislação vigente na profissão do advogado.

Logo adiante, será demonstrado os dispositivos que disciplinam a ética e o profissionalismo do advogado, bem como os mecanismos em que ele deverá ser guiado no tratamento de seus clientes.

Nesse cenário, logo em sequência, este projeto demonstrará o fluxo de aprovados no Exame da OAB para se tornar um advogado, também relatará sobre a responsabilidade civil do advogado profissional, apontando os devidos cuidados que ele tem que levar na sua profissão.

Se encerra o presente trabalho com a conclusão e considerações finais, onde serão apresentadas as reflexões sobre a responsabilidade do advogado.

2 | PROBLEMA E JUSTIFICATIVA

O advogado é um profissional indispensável à persecução da justiça, conforme diz a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 133, caput, o que assegura o gozo de liberdade e independência, amparada pela inviolabilidade dos seus atos e manifestações, desde que observados os limites previstos em lei.

O Código de Ética e Disciplina, em seu artigo 2º, também cinto que o advogado é profissional indispensável à administração da justiça, defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade, da justiça e da paz social.

Nesse liame, traz o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o regulamento da atividade profissional do advogado, em que pese imponha a estas duas formalidades básicas, quais sejam, diploma reconhecido no Ministério da Educação e a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, que também prevê em seus artigos 2º e 31 a garantia do livre exercício da profissão, nos seguintes termos:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei. (...)

Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

§ 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

§ 2º Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.

Conclui-se, portanto, que advogado é o indivíduo graduado no curso Bacharelado em Direito, devidamente inscrito na Ordem de Advogados do Brasil e que exerce a advocacia como profissional liberal ou empregado, cabendo a este a percepção de que o exercício da sua profissão extrapola a propositura de demandas processuais, o seu desenvolvimento e conclusão, significando, também, a proteção dos indivíduos de qualquer tipo de opressão, visando guardar os princípios mais basilares do Direito.

Todavia, apesar da existência de um código de ética que disciplina os atos do advogado, ainda tem profissionais que não possui responsabilidade civil em seu dia a dia, o que prejudica o máximo de atenção, diligência, técnica e conhecimento possíveis, sobre o sucesso ou insucesso da demanda.

3 | REVISÃO LITERÁRIA

Este tópico busca demonstrar o entendimento e o pensamento da literatura e da legislação brasileira sobre o assunto estudado, sintetizando os resultados de pesquisas realizadas por renomados estudiosos. Nele serão apresentados conceitos, leis e fundamentos imprescindíveis a compreensão da finalidade deste trabalho, tal como o contexto histórico e conceituação da Responsabilidade Civil e o quão é relevante no dia a dia do Advogado.

A Responsabilidade Civil tem como principal finalidade a reparação de danos injustos causado a outrem por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam, apresentando constante evolução ao longo dos anos, haja vista a necessidade de acompanhar o desenvolvimento da sociedade e a contínua complexidade das relações firmadas pelo homem moderno.

João Paulo Nery dos Passos Martins (2004, p. 265) alerta que:

“o advogado não é mero negociante”. Sua atividade pode ser considerada “sui generis” ao passo em que este profissional desenvolve uma função privada, mas que tem interesses eminentemente públicos, isto porque, ao mesmo tempo que o advogado se encontra ligado ao seu cliente em decorrência

de vínculo contratual, este também permanece ligado a “uma infinidade de preceitos legais e éticos” que regulam a sua conduta, “pois no desempenho da advocacia está compromissado, em primeiro lugar, com a justiça”.

Neste sentido, adverte o doutrinador Rui Stoco (2011, p. 564)

“que embora o artigo 133, da Constituição Federal, preveja que o advogado é indispensável à administração da Justiça, não se pode esquecer que este somente será indispensável enquanto agir de forma idônea, prudente e diligente, pautando suas condutas de acordo com os princípios basilares do direito e do mandato que o constituiu”

César Luiz Pasold (PASOLD, 2001, p.27) afirma que em pesquisas nas Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, há um número significativo e nada desprezível de representações de pessoas contra os seus patronos, seja sob a acusação de desídia ou de relapso profissional, seja por conduta economicamente incorreta na relação entre o profissional e seu cliente, seja por outras irregularidades.

Portanto, pode-se verificar que a cada afastamento ou menosprezo de quaisquer dos atributos essenciais na atuação do profissional do Direito, corresponde a um desgaste, não recuperável facilmente, para toda a categoria profissional dos advogados, além de sujeitar o profissional a responder por eventuais danos causados.

3.1 Conceito de Responsabilidade Civil

Diante da origem da palavra “Responsabilidade”, bem como das vertentes atuais a respeito da responsabilidade civil, Maria Helena Diniz entende que:

A Responsabilidade Civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (DINIZ, 2009, p. 45)

Nesse sentido, verifica-se a presença de pressupostos fundamentais para a apuração da responsabilidade civil, sendo como o nexos de causalidade presente entre o dano e o ato praticado, a ação ou omissão e a culpa ou dolo do agente responsável pelo dano.

3.2 Legislação obrigadas ao advogado

O advogado em sua vida profissional deve ser disciplinado pelo Estatuto da Advocacia e da OAB regidos pela Lei 8.906/94, o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB baixados através de Resoluções do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no Código de Ética e Disciplina da OAB, além das disposições relacionadas à advocacia contidas na Constituição Federal do Brasil, no Código de Processo Civil e no Código Civil, bem como no Código de Defesa do Consumidor.

Visto a legislação acima, deve-se destacar que o advogado deve ser pessoa de boa índole, cidadão comprometido com o bem-estar da população Brasileira.

3.3 Responsabilidade civil no âmbito da advocacia

É relevante salientar que a responsabilidade profissional é um dos temas da responsabilidade civil em trás de forma presente a esfera contratual. Quem exerce certa profissão deve seguir parâmetros exigidos para o ofício e o desvio destes parâmetros, ao ocasionar danos, interessa ao dever de indenizar, pois presume-se que qualquer pessoa que exerça uma profissão deve realizar o trabalho com excelência necessária para fazê-lo ao contento.

Há dois tipos de obrigações que dividem os profissionais liberais e manuais, a obrigação de meio (STOCO, 2001, p.114), aquela quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que, pura e simplesmente, o emprego de determinado meio sem olhar para o resultado, aplicada aos advogados, médicos, publicitários; como também há a obrigação de resultado (DINIZ, 2003, p.245), aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional, como por exemplo a contratação de um empreiteiro ou um cirurgião plástico.

A responsabilidade profissional do advogado trata-se de uma obrigação de meio e não de resultado, estando nas exceções da regra geral do Código de Defesa do Consumidor que ao acolher a Teoria do Resultado e a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços, previu uma exceção elencada no artigo 143 , parágrafo quarto, reafirmando a responsabilidade pessoal do profissional liberal, mediante a verificação de culpa, invocando a teoria subjetiva para poder fixar a responsabilidade do profissional.

Nessa perspectiva, no artigo 34 do Estatuto da OAB relata importantes preceitos que geram a responsabilidade do advogado, por exemplo:

- VI - advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior;
- VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional;
- VIII - estabelecer entendimento com a parte adversa sem autorização do cliente ou ciência do advogado contrário;
- IX - prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio;
- X - acarretar, conscientemente, por ato próprio, a anulação ou a nulidade do processo em que funcione;
- XI - abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias da comunicação da renúncia;
- XII - recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública;[...]
- XVII - prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la;[...]
- XXIV - incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional;[...]

Nesse entendimento, recorda a professora Maria Helena Diniz (DINIZ, 2003, p.251)

que:

Pela procuração judicial, o advogado não se obriga necessariamente a ganhar a causa, por estar assumindo uma obrigação de meio e não de resultado. Logo, sua tarefa será a de dar conselhos profissionais e de representar seu constituinte em juízo, defendendo seus interesses pela melhor maneira possível. O advogado que tiver uma causa sob seu patrocínio deverá esforçar-se para que ela tenha bom termo, de modo que não poderá ser responsabilizado se vier a perder a demanda, a não ser que o insucesso seja oriundo de culpa sua.

Diante dessa conjuntura, se as condutas forem observadas e a obrigação executada pelo advogado, não se lhe poderá imputar nenhuma responsabilidade em eventual insucesso na causa, exceto se este for oriundo de culpa sua.

Logo, a responsabilidade do advogado é subjetiva e encontra justificativa na prova de sua culpa ou dolo, por ação ou omissão, lesivo a outrem, conforme prevê a regra geral da responsabilidade subjetiva prevista no ordenamento brasileiro nos artigos 927 caput e 186, ambos do Código Civil.

Por fim, para que se intencione qualquer tipo de ressarcimento originário da conduta do advogado, como demonstrado, é condição essencial a demonstração de sua conduta culposa, exatamente por se tratar de uma obrigação de meio e por haver expressa previsão legal, tanto no artigo 14 § 4º do Código de Defesa do Consumidor, como no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

3.4 Responsabilidade pré-contratual do advogado

O advogado deve usar a procuração como instrumento para representar em juízo os direitos de seus clientes, estão resguardado pelo artigo 103 e 104 do Código de Processo Civil, onde diz:

Art. 103. A parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

Parágrafo único. É lícito à parte postular em causa própria quando tiver habilitação legal.

Art. 104. O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente.

§ 1º Nas hipóteses previstas no caput, o advogado deverá, independentemente de caução, exibir a procuração no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período por despacho do juiz

Além disso, em que diz respeito aos direitos e deveres dos procuradores e das partes dispõe o artigo 77 do Código de Processo Civil:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

VII - informar e manter atualizados seus dados cadastrais perante os órgãos do Poder Judiciário e, no caso do § 6º do art. 246 deste Código, da Administração Tributária, para recebimento de citações e intimações.

Nessa conjuntura o contrato é um processo que vai desde a fase pré-contratual, esta decomposta em fase das negociações e da oferta, passando à fase contratual distribuída em três fases menores: conclusão, eficácia e execução do contrato e indo até a fase pós-contratual, na qual ainda restam obrigações aos contratantes (VIEIRA, 2003, p.53).

Nesse sentido, o contrato é caracterizado pelo encontro do advogado com o cliente que vem ao seu encontro a procura de uma orientação jurídica ou solução de um problema de lhe aflige.

Diante desse contexto, ainda, não se sabe ao certo se haverá demanda ou se irão celebrar um contrato para que o advogado defenda os interesses do cliente, pois desde as tratativas iniciais já surgem obrigações ao advogado. Como pondera Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, 2002, p.73) em sua obra Responsabilidade Civil:

Pode-se determinar a figura jurídica da responsabilidade pré-contratual quando uma pessoa entabula negociações com outra, induzindo-a a preparar-se para contratar e depois, injustificadamente, deixa de celebrar a avença.

Portanto, nessa ocasião o profissional deverá agir com lealdade, dar as informações necessárias, colaborar, evitar criar expectativas que sabe destinadas ao fracasso, não revelar informação e dados obtidos em decorrência desse encontro, guardando o sigilo necessário, preocupar-se com a outra parte e seus direitos, interromper a negociação quando se tenha certeza da inutilidade de seu prosseguimento (VIEIRA, 2003, p.54).

3.5 Responsabilidade contratual do advogado

Após o contato iniciado com o cliente, caracterizado pela fase pré-contratual, o advogado deverá realizar a prestação do serviço para o qual foi contratado.

O contrato firmado entre advogado e cliente é típico contrato de prestação de serviços (VIEIRA, 2003, p.55) que traz em seu bojo o contrato de mandato, cuja procuração é seu instrumento.

Ao cliente cabe entregar toda a documentação útil ao deslinde da demanda, prestar esclarecimentos necessários, apontar e identificar testemunhas do fato, relatar com precisão a mecânica do episódio, etc.;

Nesse cenário, enquanto caberá ao advogado reunir o material apresentado pelo cliente e elaborar a peça processual adequada e apresentá-la no prazo estabelecido em lei perante o órgão a que se destina e manter o cliente informado do andamento da demanda para que, assim, se realize a cooperação entre advogado e cliente.

Diante disso, a relação entre ambas as partes será harmoniosa, trazendo ainda mais segurança no trâmite do processo.

Assim, é relevante destacar que é de suma importância no decorrer de todo o processo, o advogado deverá agir com cautela, estando sempre disposto a melhorar e aprimorar suas técnicas, a fim de ser adequado para realizar o melhor trabalho possível, devendo estar atento ao primor da responsabilidade civil que recai sobre o seu profissionalismo.

3.6 Do número de advogados em exercício da profissão

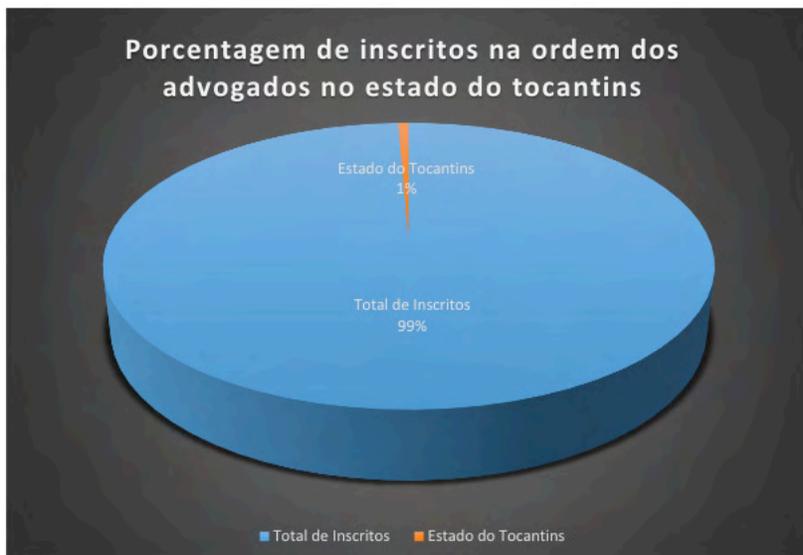
Dados estatísticos:



Nessa perspectiva, no gráfico acima pode-se observar os 05 (cinco) Estados com maiores números de advogados inscritos no Exame da Ordem, conforme o site oficial da <https://www.oab.org.br>.

Baseado também nos dados fornecidos pelo site Oficial do Exame da Ordem dos

Advogados podemos comparar a porcentagem de inscritos do Estado do Tocantins com o total equivalente a todos os inscritos no Exame da Ordem – OAB.



Logo, pode se observar que o Estado do Tocantins é cerca de 1% (um por cento) da totalidade de advogados inscrito nos quadros dos advogados, número equivalente a 8.990 (oito mil novecentos e noventa) advogados em todos estado tocaninense.

3.7 Da ética do advogado

Quando a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo a imprescindibilidade do advogado na administração da justiça, consagra o princípio da essencialidade da advocacia, a fim de garantir a inviolabilidade do profissional, para que o mesmo trabalhe de forma livre e independente.

É de notório conhecimento que a liberdade e independência geram responsabilidades, as quais atrelam a figura do advogado à uma postura escorreita e parametrizada pela ética, pois, não há como apartar-se de irrefutável necessidade (BARBOSA, 2017, p.170).

Mas não é somente isso, o advogado no exercício da profissão deverá se escorar nos princípios e condutas éticas e deontológicas, não limitando apenas aquelas descritas no Estatuto da Advocacia e no Código de Ética e Disciplina da OAB, pois ele deve pautar suas condutas ajustadas à relevância social de sua nobilíssima atividade profissional (LUCCA, 2009, p.271), tento consciência de que o Direito é um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos.

Conforme a inteligência do artigo 33 da Lei 8.906/94, o advogado deve desenvolver

seu ofício de modo que seja merecedor de respeito social e principalmente entre os demais sujeitos que atuam no ramo do direito, dispõe o referido artigo:

O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina. Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

Dentre os dizeres da excelência do código podemos extrair a conciliação, que também é de muita importância, pois está de acordo com a função do advogado de harmonizar o convívio social, pois é justamente isso que a conciliação busca. Com o aumento da litigiosidade desproporcional o advogado deve procurar meios para compor de maneira amigável a lide, dando fim ao conflito de direitos ao caso em que labora, dando fim ao transtorno que atingem as partes, constituiu assim dever primordial da atividade advocatícia, é um dever do advogado *“estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”*, como leciona o inciso IV, do parágrafo único do artigo 2º do Código de ética.

Em outra face, o art. 2º, parágrafo único, inc. VIII, alínea “c” e “d” dispõe que:

2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce. Parágrafo único. São deveres do advogado:

VIII – abster-se de:

- c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;
- d) emprestar concurso aos que atendem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana.

A respeito do que diz “emprestar concurso” tem o significado de auxílio, e de colaboração, não contrariando as condutas que devem ser parte da vida do profissional. Deve o advogado abster-se de patrocinar causa que tenha índole carregada de ilicitude.

4 | MATERIAL E MÉTODOS

O trabalho foi baseado em coleta de dados, pesquisa bibliográfica – realizada por meio da análise de normas, decretos, doutrinas e códigos – que apresentou perspectivas diretas no entendimento, na aplicação da responsabilidade civil na advocacia.

4.1 Classificação da pesquisa

De acordo com Antônio Carlos Gil (2019) este trabalho é uma pesquisa científica aplicada, bibliográfica, pois levanta informações e entendimento a respeito de um assunto

a partir de diferentes materiais bibliográficos e, descritiva, por registrar e investigar características do assunto a partir da coleta e análise de dados.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil atualmente é vista como um dos temas de maior debate, o que enseja diversas reflexões. É neste liame que se apresenta a responsabilidade civil na advocacia.

Nesse sentido, se torna indiscutível, o aumento da cobrança, dos advogados uma postura ética que condizem com o teor da Lei 8.906 (Estatuto da advocacia e da OAB), no Código de Ética e Disciplina da OAB, além das diversas normativas legais que determinam que tais profissionais que deixam de seguir o caminho, os quais podem ser responsabilizados civilmente pelos danos causados aos clientes.

Após uma atenta análise dos elementos que caracterizam a responsabilidade civil do advogado, conclui-se que a responsabilidade civil do advogado está intrinsecamente relacionada à liberdade com que desempenha seu ofício.

Diante dessa conjuntura, frisa-se que, mais do que nunca, o advogado tem que ter plena ciência dos riscos contidos no exercício da profissão para poder melhor evitá-los, direcionando os profissionais advogados às condutas éticas, primando pela dignidade, lealdade e honestidade fundamentais para o bom desempenho de suas funções, assegurando, assim, a credibilidade de toda a categoria profissional.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela oportunidade de concluir mais uma etapa de minha vida.

A minha amada mãe, Célia Dias de Sousa, por estar ao meu lado em todos os momentos, apoiando-me, compreendendo-me, incentivando-me e lutando por mim cada dia mais.

Ao meu padrasto João Carneiro Dias da Silva, por acreditar em mim e por seu apoio.

Ao meu querido esposo Tallyson Matheus Do Nascimento Oliveira, por seu apoio, por sua ajuda, por sua dedicação e parceria durante esses anos de faculdade.

Ao meu amado enteado Arthur Felype Do Nascimento Tavares, por me oferecer motivação e afeto.

A minha querida irmã, Danielly Souza Abadia, que sempre esteve comigo em todos os momentos.

A minha querida irmã, Beatriz Souza Silva, que me apoiou na conclusão desta etapa.

À minha professora e orientadora, Milena Alves Pimenta Machado, pela assistência ensinamentos e apoio durante meu período de faculdade.

E àqueles que de alguma forma contribuíram para a realização desse trabalho e na minha vida acadêmica.

Muito obrigado!

REFERÊNCIAS

Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977a, v. 76.

Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade Civil. 6. Ed. Rio de Janeiro Forense 1979, v. 1.

DINIZ, MARIA HELENA. Curso de Direito Civil Brasileiro. Ed. 16. São Paulo. Editora Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena; Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil, p. 281

<https://www.oab.gov.br>

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Código Civil Brasileiro, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm.

DÓNI JÚNIOR, Geraldo. Responsabilidade Civil do Advogado e a ética no exercício da profissão. Curitiba: Juruá, 2004. P. 55.

Código de Processual Civil Brasileiro, disponível no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

STOCO, Rui, Tratado de Responsabilidade Civil, p. 512

Código de Defesa do Consumidor, disponível no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm

Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Lei 8.906/94, disponível no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm

LOBO, Paulo Luiz Netto. Comentário ao Estatuto da Advocacia. Ed. 2, Brasília. Livraria e editora jurídica Ltda 1996.

Jusbrasil, responsabilidade jurídica e entendimentos, disponível no site www.jusbrasil.com.br.

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS AVOENGOS: PRISÃO E PENHORA

Data de aceite: 04/07/2022

Caroline Cristina Vissotho Oliveira

Advogada graduada pela Universidade de
Ribeirão Preto (UNAERP)

Clara Carolina Roma Santoro

Advogada graduada pela Universidade de
Ribeirão Preto (UNAERP)

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade discorrer acerca do direito aos alimentos, evidenciando que não cabe somente aos pais sustentarem seus filhos menores ou incapazes, mas demonstrar que em sua ausência, esse dever se estende mutuamente entre os ascendentes, incidindo nos parentes de grau mais próximo. Neste viés, existe a possibilidade dos avós prestarem alimentos aos netos, como também a situação contrária. Estudando-se a responsabilidade avoenga na obrigação alimentar, analisa-se a a constitucionalidade da prisão civil nos casos de descumprimento da obrigação alimentícia, visto que existe previsão legal da prisão civil do devedor de alimentos, bem como o estudo da possibilidade da expropriação de bens, apresentando alguns posicionamentos da matéria no meio jurídico, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, utilizamos o método dedutivo, e partimos da pesquisa bibliográfica, com consulta aos doutrinadores de Direito Civil e especialmente Direito de Família.

PALAVRAS-CHAVE: Execução. Alimentos Avoengos. Prisão dos Avós. Penhora.

ABSTRACT: The present work aims to discuss the right to food, showing that it is not only the parents' responsibility to support their underage or incapacitated children, but to demonstrate that in their absence, this duty extends mutually among the ascendants, focusing on the closest relatives. In this bias, there is the possibility of grandparents providing food to their grandchildren, as well as the opposite situation. Studying the avenging responsibility in the maintenance obligation, we analyze the constitutionality of the civil prison in cases of non-compliance with the maintenance obligation, since there is a legal provision for the civil imprisonment of the maintenance debtor, as well as the study of the possibility of expropriation of assets, presenting some positions of the matter in the legal environment, based in the principle of human dignity. Therefore, we use the deductive method, and we start from the bibliographic research, with consultation to the indoctrinators of Civil Law and especially Family Law.

KEYWORDS: Execution. Food provided by grandparents. Grandparents prison. Garnishment.

INTRODUÇÃO

Visando propiciar o cumprimento do princípio da dignidade humana, que tem previsão legal na Constituição Federal, existe a obrigação alimentar. No momento em que os genitores não conseguem sustentar as necessidades alimentares dos filhos, surge a necessidade da prestação alimentícia de algum parente próximo, com ênfase nos avós, devido ao laço consanguíneo, em linha reta de segundo

grau.

É disposto no Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.694, que os alimentos podem ser requisitados uns aos outros pelos cônjuges ou companheiros e parentes, no padrão de sua condição social (do alimentando) para que este mantenha seu padrão de vida. Referente a execução de alimentos, nos deparamos com dois ritos, sendo eles a penhora e a prisão.

Além disso, devido as alterações realizadas no Código Civil de 2002, existe o conceito de alimentos civis e naturais, podendo ser usado para suprir outras necessidades além das alimentares, como o da educação, havendo a possibilidade do seu uso para pagar os estudos do que recebe a pensão alimentícia.

Se tratando de obrigação alimentar, esta possui acepção plural, abarcando sentido extenso que engloba a comida propriamente dita, bem como elementos cruciais que propiciem uma vida digna, vestuário, habitação, e todos os direitos sociais que a Constituição Federal, em seu artigo 6º preleciona.

Parte-se do princípio que o alimentando possui recursos insuficientes para manutenção de suas atividades vitais, cabendo a outro oferecer ferramentas para que a finalidade almejada seja alcançada. Costumeiramente, os alimentos são devidos pelos próprios pais, já que na maioria dos casos, os alimentandos não têm bens suficientes e não podem prover pelo próprio trabalho seu sustento, como prevê o Código Civil em seu artigo 1695.

Assim, não pode o alimentando ficar desamparado quando os genitores não arcam com suas necessidades, surgindo a possibilidade de propositura de ação requerendo alimentos avoengos. No entanto, a obrigação dos avós não ocorrerá de forma simultânea com os genitores, vez que só tem início quando os genitores estiverem impossibilitados, respeitando o princípio de solidariedade familiar.

DO CABIMENTOS DOS ALIMENTOS AVOENGOS

Os alimentos avoengos são considerados complementares e subsidiários, podendo ser requisitados quando os pais não promoverem o cumprimento da obrigação alimentar, surgindo obrigação complementar secundariamente aos parentes mais próximos, conforme estabelecido em lei, com previsão no Código Civil, em seu artigo 1696. Neste sentido, a Súmula nº 596, do STJ: “A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais”.

Desta forma, sua aplicação será utilizada somente em caso de impossibilidade dos genitores, com o esgotamento dos meios processuais de cumprimento de obrigação alimentar dos pais. E depois ter a possibilidade de êxito no pedido de alimento aos avós.

Com isso, a obrigação não recairá automaticamente sob os ascendentes ou

descendentes, mas tão somente quando for demonstrada a impossibilidade dos genitores a prestarem alimentos que possibilita ao alimentando pleitear alimentos avoengos.

Por exemplo, em caso de falecimento do pai. A obrigação não recai diretamente ao avós, devendo ser analisado as condições da mãe, o espólio do pai falecido, caso for o herdeiro, não recaindo a obrigação diretamente aos avós.

Na Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68), em seu artigo 2º também existe previsão que “[...] Provando, apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe”.

Assim, a obrigação dar-se-á em ordem certa e determinada para que seja localizado o ascendente responsável que proverá os alimentos. Surgirá conforme ordem de vocação sucessória, concorrendo para auxiliar os netos, membros da comunidade familiar. Ocorrendo o descumprimento principal, a obrigação é transferida para os avós maternos e paternos e na sua falta, assumem o encargo as bisavós (se vivos).

Somente na falta dos avós (que são ascendentes do alimentando) o encargo passará aos descendentes, colaterais, parentes como irmãos ou tios, etc. Essa previsão existe no Código Civil em seu artigo 1697. Orlando Gomes (2002) discorre que “Na falta dos pais, a obrigação passa aos ascendentes de grau mais próximo, e na falta destes aos que lhes seguem na ordem do parentesco em linha reta. Primeiro, portanto, os avós, em seguida os bisavós, depois os trisavós e assim sucessivamente”.

DA AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS AVOENGOS

Proposta a ação requerendo alimentos avoengos, o alimentando se encontra no polo ativo da ação e um dos avós no polo passivo ou todos em caso de litisconsórcio.

Em contestação, são muitas as escusas alegadas, como por exemplo a insuficiência financeira. Não obstante, o entendimento que prevalece é que em vista ao caráter de responsabilidade, não é válida tal alegação.

Depois de ter o título executivo judicial ou extrajudicial da ação de alimentos avoengos, possibilita o ingresso da ação de execução. A supramencionada, não tem seus procedimentos e ritos especiais, passando assim pelos mesmos meios que a ação de execução de pensão alimentícia, podendo, portanto ser pleiteado tanto no rito da prisão, como no rito da penhora.

Vemos no artigo 528, caput que em caso de inadimplemento a requerimento do exequente, o juiz intimará o executado pessoalmente para efetuar o pagamento em 3 (três) dias, ou justificar a impossibilidade de efetua-lo. Em caso da justificativa não for aceita o juiz, decretar-lhe-á a prisão conforme o rito pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses, (Art. 528, §3º do CPC) ou a penhora.

Não recebendo a verba alimentar, está prejudicada a existência do alimentando.

Lamentavelmente, há a possibilidade de a obrigação não ser cumprida. Com poucas exceções e casos extremos, a regra é que a falta de pagamento injustificado autoriza o juiz a decretar a penhora dos bens do devedor e a prisão civil, de acordo com o pleito utilizado pelo Autor na execução de sua sentença.

Insta salientar que no caso da prisão, esta é uma ferramenta de coerção que visa o cumprimento da obrigação imposta, nesse caso, débito alimentar, respaldada na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXVII que nos ensina que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.”

À vista disso, não há confusão com o instituto de prisão na esfera criminal. É a única prisão civil – vigente atualmente – referindo apenas a dívida alimentar. Decretada prisão e recolhido o devedor, será estipulado prazo para recolher em liberdade. Independente do pagamento do valor devido, não poderá ser preso novamente pelo mesmo período em débito, somente sendo válido se descumprido pagamento de novas parcelas.

Preconiza-se que antes de decretada prisão civil, todos os outros meios de exigibilidade do débito devem ter sido usados e tão somente diante ao insucesso destes será cabível a prisão civil. Em caso de desemprego, poderá ser procedida expropriação de bens no limite do débito, bem como o pedido do uso das medidas atípicas como a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), apreensão do passaporte, impedindo viagens, aplicação de astreintes, suspensão de cartão de crédito, bloqueio de conta corrente, entre diversas outras.

Não há previsão legal do regime prisional que o devedor deverá permanecer, contudo, entendimentos jurisprudenciais tendem ao regime aberto, para que seja possibilitado ao devedor trabalhar e cumprir eventuais parcelas da obrigação imputada. A legislação imputa a prisão civil ao devedor de alimentos vigorosamente.

Por outro lado assim, existe a possibilidade do rito da penhora previsto nos artigos 528, parágrafo 8º c.c. artigo 523. Que não atinge o princípio da dignidade humana, respeitando a integridade do idoso, podendo ser mais benéfica para ambas as partes. Vejamos conforme o Superior Tribunal de Justiça:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL POR ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA. CARÁTER COMPLEMENTAR E SUBSIDIÁRIO DA PRESTAÇÃO. EXISTÊNCIA DE MEIOS EXECUTIVOS E TÉCNICAS COERCITIVAS MAIS ADEQUADAS. INDICAÇÃO DE BEM IMÓVEL À PENHORA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA MENOR ONEROSIDADE E DA MÁXIMA UTILIDADE DA EXECUÇÃO. DESNECESSIDADE DA MEDIDA COATIVA EXTREMA NA HIPÓTESE. 1- O propósito do habeas corpus é definir se deve ser mantida a ordem de prisão civil dos avós, em virtude de dívida de natureza alimentar por eles contraída e que diz respeito às obrigações de custeio de mensalidades escolares e cursos extracurriculares dos netos. 2- A prestação de alimentos pelos avós possui natureza complementar e subsidiária, devendo ser fixada, em regra, apenas quando os genitores estiverem impossibilitados de prestá-

los de forma suficiente. Precedentes. 3- O fato de os avós assumirem espontaneamente o custeio da educação dos menores não significa que a execução na hipótese de inadimplemento deverá, obrigatoriamente, seguir o mesmo rito e as mesmas técnicas coercitivas que seriam observadas para a cobrança de dívida alimentar devida pelos pais, que são os responsáveis originários pelos alimentos necessários aos menores. 4- Havendo meios executivos mais adequados e igualmente eficazes para a satisfação da dívida alimentar dos avós, é admissível a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação, que, a um só tempo, respeita os princípios da menor onerosidade e da máxima utilidade da execução, sobretudo diante dos riscos causados pelo encarceramento de pessoas idosas que, além disso, previamente indicaram bem imóvel à penhora para a satisfação da dívida. 5- Ordem concedida, confirmando-se a liminar anteriormente deferida. (STJ, HC 416.886/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017);

No caso em tela, foi observada a possibilidade do rito de prisão ser convertido para rito penhora, sendo respeitado o princípio da menor onerosidade as partes, bem como sendo o meio mais vantajoso para a garantia da execução, conforme artigo 620 do Código de Processo Civil.

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO IDOSO

Muitas vezes quando falamos em alimentos avoengos, nos trás em mente avós idosos, com mais de 60 anos, o que não deixar de ocorrer, no entanto, sabemos que há a realidade de avós ainda novos em idade, do qual não se pode trazer como fundamentos o Estatuto do Idoso e assim uma barreira para aplicação da prisão.

Porém quando falamos em idoso vemos no artigo Art. 10, §3º do Estatuto do Idoso a obrigação do Estado e da sociedade em zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Sendo a prisão ao idoso completamente inadequada, expondo-o a riscos e condições de saúde desproporcionais ao fato.

Apesar da previsão legal da prisão civil devido inadimplemento do devedor, como já supracitado, existe o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem previsão legal na Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, e no artigo 226º, §7, e artigo 230 da Lei nº 10.741/2003, que protege a pessoa idosa, inclusive frente ao poder judiciário.

Assim, vemos na 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2017, em virtude da condição em que se foi obtida a obrigação alimentícia, sendo ela voluntária, de obrigação de natureza complementar, foi confirmado a liminar anteriormente concedida pela ministra Nancy Andrigli, que deu o habeas corpus para um casal de idosos em virtude da execução de alimentos, entendendo que a natureza complementar não teria como solução mais adequada aplicar os mesmos procedimentos que são devidos para o cumprimento das obrigações provindas de alimentos imcumbidas aos genitores.

Em outro prisma, o Código Civil assente o dever de prestar alimentos aos idosos, não abarcando a proteção ao idoso como em seu Estatuto. Assim, se respeitado o caráter complementar e subsidiário, é válida a fixação alimentar. Quanto ao inadimplemento, é faculdade do alimentador a pedir meios menos gravosos para obtenção do crédito.

Aceitando a colisão entre os princípios constitucionais, existe o dever de aplicação proporcional. Harada (p. 56, 2012) discorre sobre o tema valorosamente:

“A pena de prisão não discrimina qualquer classe de devedor alimentar, tampouco em razão da idade do devedor, não existindo no Estatuto do Idoso, ou em qualquer dispositivo de lei, norma favorecendo o devedor de alimentos idoso, impõe-se dessa forma, a aplicação dos princípios constitucionais bem como dos presentes no Estatuto do Idoso. As medidas coercitivas não devem, no entanto, se descuidar da regra processual da proporcionalidade do meio, conforme balizado pelo artigo do Código de Processo Civil, devendo o juiz se valer da forma de execução menos gravosa ao executado, notadamente quando os alimentos perderam a sua finalidade de subsistência e a prisão se torna uma odiosa e dispensável via de execução. Além disso, é nítido que a jurisprudência brasileira tem aplicado o princípio da proporcionalidade, no caso de obrigação alimentar, embora sem expressa disposição legal, consolidou o posicionamento de a coerção física só ser possível na cobrança das três últimas prestações não pagas ao ponderar o julgar que, para a pensão velhas (com mais de três meses de inadimplência), não se compatibiliza a execução com a coerção física, devendo o credor optar pelos outros meios executivos de menor potencial” (HARADA, 2012, p.56).

Ainda, a dignidade da pessoa humana deve ser encarada como garantia inviolável, se mostrando a prisão civil inviável por desprezitar a integridade psicológica e física, podendo causar prejuízos a sua saúde mental e física. Com esse entendimento, o Tribunal de Justiça do Paraná decidiu pela liberdade dos idosos – avós:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS AVOENGOS PELO RITO DO ARTIGO 733, CPC - PAGAMENTO PARCIAL - DECISÃO QUE INDEFERE A PRISÃO CIVIL DOS AVÓS PATERNOS E QUE DETERMINA O PROSSEGUIMENTO DO FEITO MEDIANTE ATOS EXPROPRIATÓRIOS - PRETENSÃO DE IMPOSIÇÃO DE COERÇÃO PESSOAL - DESARRAZOADA NO CASO - MEDIDA DE CARÁTER EXCEPCIONAL - PRINCÍPIO DA MENOR RESTRIÇÃO POSSÍVEL - ARTIGO 620, CPC - PENHORA DE BENS JÁ REALIZADA NOS AUTOS - GARANTIA DE SATISFAÇÃO DO DÉBITO - PRISÃO CIVIL QUE PERDEU A SUA FINALIDADE - NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE O INADIMPLEMENTO É INVOLUNTÁRIO E INESCUSÁVEL - ARTIGO 5º, LXVII, CF - DECISÃO MANTIDA. 1. A prisão é a modalidade coercitiva mais agressiva ao seu devedor, e como, tal, deve ser adotada somente em situações excepcionais, segundo exegese do artigo 620, CPC, notadamente no caso de execução promovida contra os avós, haja vista se tratar de responsabilidade alimentar excepcional, subsidiária e complementar à dos pais. 2. In casu, revela-se desarrazoada a continuidade do processo na modalidade coercitiva (artigo 733, CPC), já que a intervenção expropriatória se mostrou profícua no caso ante a concretização de penhora de bens, o que garante o resultado econômico almejado pela parte credora, qual seja, a satisfação do débito alimentício. Ademais, não restou demonstrado que o inadimplemento é voluntário e inescusável (art. 5º,

As peculiaridades da lide em questão devem ser observadas, principalmente a depender da idade e do quadro de saúde da avó ou avô devedor, evitando que a sanção cível se traduza como pena desumana.

Por tais motivos, O STJ demonstrou aderência e vem aplicando imensamente os princípios, concedendo prisão domiciliar quando a prisão civil não pode ser afastada, visando não ferir os princípios constitucionais.

CONCLUSÃO

A prisão é constitucional e hipótese válida, não havendo exclusão de idosos, podendo então ser utilizada. O magistrado possui discricionariedade para aplicar o princípio da menor onerosidade ao devedor, hipótese do artigo 620 do Código de Processo Civil, “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”, o que na maioria dos casos analisados não se enquadrará na prisão.

Por todo conteúdo exposto, o entendimento é sobre a constitucionalidade da prisão civil por débito alimentar, independente se o cidadão é idoso. Nada obstante, é de notório conhecimento que prender uma pessoa idosa cause danos imensuráveis a toda comunidade, além de ser hipótese que confronta princípios sociais.

Conforme expostos os ritos permitidos na execução de alimentos avoengos, não há implicação legal para nenhum deles, nem mesmo um único entendimento dos julgados aplicado aos casos. Por todas as razões mencionadas, causa discordância pessoal o cabimento da prisão civil aos avós e quaisquer idosos, visto o respeito aos princípios constitucionais, com ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se trata do melhor método para sanar a inadimplência, visto que no caso dos idosos, a obrigação imputada é totalmente secundária, uma vez que imputada primeiramente aos genitores. Dessa forma, concluímos que de fato é o melhor entendimento, uma vez que não é violado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, principalmente em virtude da idade do executado, e sua só pode trazer prejuízo, sobretudo para a sua saúde.

A jurisprudência tem determinado que se há uma hipótese menos gravosa ao idoso, será ela a melhor forma de efetivar o inadimplemento da execução, tendo em vista, principalmente versar de alimentos de natureza complementar e subsidiária.

Por todo conteúdo exposto, o entendimento é sobre a constitucionalidade da prisão civil por débito alimentar, independente se o cidadão é idoso, uma vez que a lei não faz diferença entre os devedores de alimentos. Os avós, sendo condenado a pagar alimentos em ação de conhecimento e, posteriormente havendo o inadimplemento estará sujeito a sofrer as ações que o credor queira, podendo ser a quem possui a sanção da prisão ou

da penhora.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 08 de jul. de 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei Nº 13.115, de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13115.htm>. Acesso em 08 de jul. de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08 de jul. de 2020.

BRASIL. Estatuto do idoso. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm>. Acesso em 08 de jul. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 416.886. Relator: Ministra Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-12-19_08-57_Concedido-HC-para-evitar-prisao-civil-de-avos-que-nao-pagaram-pensao-aos-netos.aspx>. Acesso em 16 de set. de 2020.

GOMES, Orlando. Direito de Família. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

HARADA, Douglas Issamu. Prisão Civil Avoenga por Obrigação Alimentar Subsidiária: A Luz do Estatuto do Idoso. 2012. Disponível em: <<http://www.heaadogados.com.br/wp-content/uploads/2014/02/MONOGRAFIA-FINAL-2.pdf>>. Acesso em: 08 de jul. de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, COMARCA DE LONDRINA, 1ª VARA DE FAMÍLIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 941.399-6. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7583/3/TJPR%20Agravo%20de%20Instrumento%209413996.pdf>> . Acesso em: 08 de jul. de 2020.

POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: CONSAGRAÇÃO DO AMOR COMO LEI SOCIAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Data de aceite: 04/07/2022

Paulo Renato Gustavo de Souza

Bacharelado do 9º Período de Direito da Faculdade de Colinas do Tocantins/TO – FACT
<http://lattes.cnpq.br/4347744428886438>

Wilson Fernandes Maia

Bacharelado do 9º Período de Direito da Faculdade de Colinas do Tocantins/TO – FACT
<http://lattes.cnpq.br/2807223684076027>

Martônio Ribeiro Silva

Especialista em Direito Tributário, Advogado e Docente da Faculdade de Colinas do Tocantins/TO – FACT
<http://lattes.cnpq.br/0095473034303832>

RESUMO: O artigo em comento tem como intuito apresentar a aplicação da adoção realizada por casais homoafetivos. Inicialmente, este trabalho tem como escopo mostrar a importância do Estado em zelar pela excelência das crianças e dos adolescentes, analisar a possibilidade do reconhecimento jurídico da adoção por casais homoafetivos no ordenamento jurídico atual, em virtude da omissão da lei com relação ao tema. Com base na doutrina e jurisprudência será demonstrado que é fundamental o zelo pelo adotando, com o enfoque voltado para os princípios da proteção integral, da afetividade e do melhor interesse do menor. Importante destacar que o estudo apresentado possui relevância não só acadêmica, mas social, pois tal modalidade de adoção vem sendo aplicada no ordenamento jurídico brasileiro mesmo com a lacuna legal, de

modo que atualmente há a consagração do amor como lei social.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção. Crianças e Adolescentes. Casais homoafetivos. Melhor Interesse. Proteção Integral. Amor como lei social.

POSSIBILITY OF ADOPTION BY HOMOAFECTIVE COUPLES: CONSECRATION OF LOVE AS A SOCIAL LAW IN THE LIGHT OF BRAZILIAN JURISPRUDENCE

ABSTRACT: The article in question aims to present the application of adoption carried out by homosexual couples. Initially, this work aims to show the importance of the State to ensure the excellence of children and adolescents, to analyze the possibility of legal recognition of adoption by homosexual couples in the current legal system, due to the omission of the law on the subject. Based on doctrine and jurisprudence, it will be demonstrated that zeal for the adopting is fundamental, with a focus on the principles of integral protection, affection and the best interest of the minor. It is important to highlight that the study presented has not only academic, but social relevance, as this type of adoption has been applied in the Brazilian legal system even with the legal gap, so that there is currently the consecration of love as a social law.

KEYWORDS: Adoption. Children and Adolescents. Homoafective couples. Best Interest. Comprehensive Protection. Love as social law.

1 | INTRODUÇÃO

O conceito e o exemplo de família estão em constante mutação, e já se sabe que é algo que vem sendo vastamente discutido, seja na televisão, escolas, universidades, igrejas ou na internet, afinal são modificações e reestruturações que trazem grandes implicações jurídicas.

Diante deste cenário, apesar de antigamente entender-se como família apenas aquela oriunda do casamento heteroafetivo sob o manto da igreja, com os avanços da sociedade ao longo dos tempos, passou-se a considerar como família toda aquela calcada no afeto e suporte recíprocos, englobando-se, assim, a relação dos casais homoafetivos como sendo família.

Para os casais homoafetivos e, de certa forma, para a toda população brasileira ocorreu uma grande conquista em 05/05/2011: o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, através da relatoria do Ministro Ayres Britto, por unanimidade, reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, equiparando uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, garantindo, assim, diversos direitos, dentre eles, o de adotar.

Ressalta-se que antes mesmo de tal decisão pela Suprema Corte, os Tribunais Pátrios, desde meados de 2006¹, já vinham dispensando à união homoafetiva tratamento igualitário, equiparando-a a união estável. Inclusive, o Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 27 de abril de 2010, no julgamento do Recurso Especial de nº 888.852 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, reconheceu a possibilidade da adoção por casais homoafetivos.

Portanto, o cerce do presente trabalho será abordar os aspectos da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos no Brasil, buscando demonstrar o magnífico avanço da doutrina e da jurisprudência acerca dessa possibilidade, apenas faltando o reconhecimento desse direito pela legislação, com o objetivo de conferir maior segurança jurídica, mas mesmo com tal lacuna legal tal modalidade de adoção vem sendo aplicada no ordenamento jurídico, de modo que atualmente podemos afirmar que há a consagração do amor como lei social.

2 | DO CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO

Antigamente, em virtude da forte influência da igreja, entendia-se como família apenas aquelas formadas pela união de um homem e uma mulher quando casados fossem, pois teriam a “benção divina”. Desta forma, o conjunto de pessoas unidas sem a celebração formal de um casamento não adquiria *status* de família e, por consequência, não obtinha

¹ Nesse sentido: TJRS, AP Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006.

proteção legal.

Entretanto, com os avanços da sociedade e do ordenamento jurídico brasileiro, passou-se a entender como família não apenas aquelas formadas pelo casamento heterossexual, mas como qualquer outra baseada no afeto e na convivência, no suporte e assistência recíprocos, com a existência de laços sanguíneos ou não.

Assim, família passou a ser um acontecimento natural, e o casamento uma mera solenidade, estando protegida toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto. Sendo que no caso de união homoafetiva não seria diferente, deste modo, a união de casais do mesmo sexo também é considerada família e merece proteção legal.

Nesse sentido, segundo o Ministro Luiz Fux em seu voto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277:

“O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a **comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum**. O que faz uma família é a **identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade**. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional².”
(Grifos nossos)

Ora, a Carta Política brasileira de 1988 não traz qualquer diferenciação entre a família constituída através da solenidade do casamento e aquela existente de fato – através de união estável, por exemplo – bem como não traz distinção entre a família formada por indivíduos heteroafetivos e a que se constitui por indivíduos homoafetivos, dispendo em seu art. 266 que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Portanto, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de todos, ante o princípio da isonomia (art. 5, *caput*, CF), a união homoafetiva igualmente à união heteroafetiva é considerada como sendo uma entidade familiar, incluindo-se no conceito constitucional de família, merecendo, dessarte, a mesma proteção jurídica que a união entre pessoas de sexos opostos.

3 | DA ADOÇÃO E DOS SEUS REQUISITOS

A adoção, prevista no art. 39 ao 52-D do ECA, é a mais nobre das modalidades de família substituta que estabelece um vínculo de filiação, tratando-se de uma medida excepcional e irrevogável que ocorre apenas quando não é possível a manutenção da criança ou do adolescente em sua família natural, nem a colocação em família extensa ou ampliada.

² STF, ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011, p. 61.

O ato de adotar é tornar seu o filho de outrem, independente de laços consanguíneos, ou parentesco, indo muito além de parâmetros indicados pela sociedade, tratando-se, em verdade, de um ato de desprendimento, altruísmo, amor, carinho e solidariedade. Receber aquela criança ou adolescente em sua casa é dar a ele a chance de ter um lar, proporcionando-lhe tudo de melhor que esteja ao seu alcance.

Nos casos de adoção, leva-se em consideração os laços afetivos estabelecidos entre o adotante e o adotado, pois é necessário que se amem para que possam, juntos, tornarem-se família.

Nas sábias palavras de BORDALLO (2010):

Através da adoção será exercida a paternidade em sua forma mais ampla, a paternidade do afeto, do amor. A paternidade escolhida, que nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, é a verdadeira paternidade, pois a paternidade adotiva está ligada à função, escolha, enfim, ao desejo. Só uma pessoa verdadeiramente amadurecida terá condições de adotar, de fazer esta escolha, de ter um filho do coração. (BORDALLO. Galdino Augusto Coelho, 2010, p. 197).

Ressalta-se que para que a adoção possa ser concretizada é necessário passar por um processo judicial no qual haverá a análise de uma série de circunstâncias em relação ao adotante. É de grande valia ressaltar que adoção deve ser realizada de forma direta, ou seja, pelo próprio adotante sendo proibida a adoção por procuração (art. 39, § 2º, do ECA).

Deste modo, torna-se necessário que o Poder Judiciário intervenha no caso para assegurar que as crianças e adolescentes que venham a ser adotados não sofram ainda mais nos lares em que serão inseridos, zelando-se pelo seu bem estar integral, a fim de lhes assegurar o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, com dignidade (art. 3, do ECA).

Nesse viés, para que seja realizada a adoção é necessário que seja observado uma série de requisitos, os quais se dividem em objetivos e subjetivos. São requisitos objetivos:

I) A idade, pois o que pretende adotar deve ter, no mínimo, 18 anos completos (art. 42, ECA), bem como é necessário que o adotante seja, pelo menos, 16 anos mais velho do que a criança ou o adolescente que pretende adotar (art. 42, § 3º, ECA);

II) O consentimento dos pais/representantes ou tenha ocorrido a destituição do poder familiar, ou seja, para que ocorra a adoção é necessário que os pais biológicos consentam com a adoção (art. 45, ECA), ficando dispensado, todavia, no caso de pais desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar (art. 45, § 1º, ECA). Importa destacar que segundo entendimento do STJ³:

“(…) o deferimento da adoção plena não implica, automaticamente, na destituição do pátrio-poder, que deve ser decretada em procedimento próprio autônomo, com a observância da legalidade estrita e da interpretação normativa restritiva.”

3 REsp: 476382 SP 2002/0145642-3, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: 08/03/2007, Terceira Turma, Data de Publicação: DJ 26.03.2007 p. 231 RNDJ vol. 90 p. 88

Dessa forma, não se admite o pedido implícito da perda do poder familiar, de modo que mesmo o deferimento da adoção não implica sua perda, admitindo-se, todavia, a cumulação de tais pedidos, quando observado os princípios do contraditório e ampla defesa⁴.

III) Caso o adotando seja adolescente, contando com 12 anos completos ou mais, o seu **consentimento será necessário** para que haja a adoção (art. art. 45, § 2º, ECA).

IV) O estágio de convivência, que consiste numa espécie de preparação para a formação do vínculo familiar e afetivo entre o adotante e o adotando, o qual será acompanhado por uma equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude (art. 46, § 4º, ECA).

Na adoção nacional, o estágio de convivência é obrigatório e possui prazo máximo de 90 dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso (art. 46, ECA), sendo que esse prazo pode ser prorrogado por igual período por decisão judicial fundamentada (§ 2º-A) ou também pode ser dispensado, caso o adotando já esteja sob guarda ou tutela dos adotantes por tempo suficiente para se proceder à avaliação da relação familiar (§ 1º), porém, a simples guarda de fato não dispensa, por si só, o período de estágio de convivência (§ 2º).

Já no que diz respeito à adoção internacional, o referido estágio também é obrigatório, não podendo ser dispensado, cujo prazo mínimo é de 30 dias e o máximo de 45 dias (§ 3º do art. 46), podendo ser prorrogado uma vez por igual período.

Esse período de convivência é de extrema necessidade, pois determinará se o adotante tem condições financeiras e psicológicas para cuidar de uma criança ou adolescente, que não foi gerada por ele, e se será capaz de dar do devido afeto e cuidados que este carecerá, bem como para que o adotando possa se acostumar com o novo lar, se gostará de ficar como os novos “pais” e se será capaz de amá-los e de obedecê-los.

V) O prévio cadastramento (art. 50, ECA), que nada mais é que a famosa “fila de adoção”, assim, ao tomar a decisão de adotar uma criança e/ou um adolescente, o candidato a adotante deverá preencher um formulário, respondendo a inúmeros questionamentos. Após, será efetivado o seu cadastro e aparecendo uma criança que se encaixe no perfil, serão chamados.

Por sua vez, são requisitos subjetivos, conforme entendimento doutrinário:

I) As reais vantagens para o adotando (art. 43, ECA), sendo um juízo de proporcionalidade ou de razoabilidade que se faz em relação à adoção, em cada caso concreto.

II) Os motivos legítimos para a adoção, observando o interesse da criança ou do adolescente. Assim, querer adotar pura e simplesmente para cumprimento de uma promessa, sem realmente querer um filho, entende-se não ser um motivo legítimo.

⁴ Nesse sentido: TJMG, AC: 10480081193033001, Relator: Armando Freire, 1ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 24/05/2011, Data de Publicação: 03/06/2011.

III) O desejo de filiação, ou seja, o desejo real de ter um filho, para tratá-lo como tal, amando-o e o respeitando-o, tendo em vista que antigamente as famílias de classe alta dotavam moças para que apenas fizessem o serviço doméstico.

O processo de adoção e, conseqüentemente, os seus requisitos devem ser obrigatoriamente observados, tendo em vista que este instituto é realizado para garantir que os adotandos terão o devido afeto familiar e que serão cuidadas com o adequado respeito pela nova família, a qual deve assegurar àqueles diversas garantias necessárias para um futuro melhor.

4 I DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS NA ADOÇÃO

4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Carta Magna de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, estabelece como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, sendo tal postulado com o objetivo a ser alcançado pela República Federativa do Brasil e por todos os membros da sociedade brasileira.

Tal princípio não possui uma definição certa, tratando-se de uma garantia que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais o indivíduo não se encontrará em situação de dignidade, mas sim de indignidade, cujo Estado tem a obrigação de agenciá-la através de comportamentos ativos para afiançar esse mínimo existencial a todos.

No caso das crianças e dos adolescentes, considerando que ainda estão em desenvolvimento, exige-se uma maior atenção no que tange a tutela de seus direitos fundamentais, previstos nos artigos 7 e 69 do ECA, para que seja alcançada a plena dignidade destes, por esta razão o art. 227, da Constituição Federal, determina que seus direitos sejam atendidos com prioridade absoluta.

Noutra banda, importante destacar que o referido princípio também está fortemente ligado ao direito que o indivíduo tem de fazer suas escolhas sexuais e afetivas, e não ser discriminado por isso, pois qualquer forma de discriminação em virtude da orientação sexual, seria um desrespeito a sua dignidade como pessoa humana, razão pela qual não se pode recusar os direitos dos casais homoafetivos (como casar-se, constituir união estável, adotar, etc).

4.2 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Este princípio, com respaldo no art. 227, *caput*, da Constituição Federal, determina a prioridade das necessidades da criança e do adolescente como critério para a criação de políticas públicas pelo Poder Executivo, solução de conflitos e interpretação da lei pelo Poder Judiciário ou para a elaboração de normas futuras pelo Poder Legislativo.

Deste modo, na análise do caso concreto, deve haver a prevalência do melhor

interesse da criança e do adolescente, inclusive, quando da colocação do infante em família substituta.

4.3 Princípio da afetividade

A expressão afeto, hoje, é de grande importância, tendo em vista que a doutrina moderna entende que possui valor jurídico para o direito.

De certa forma, esse princípio encontra-se conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF), porquanto o ser humano é o assunto fundamental nas relações socioafetivas.

Assim, com base nesse postulado, é admissível ao Poder Público adotar, por exemplo, os direitos dos casais que escolheram por uniões homoafetivas, pois as pessoas são livres para demonstrar seu afeto às outras, competindo ao Estado garantir tal liberdade de escolha e resguardá-las de qualquer espécie de preconceito ou discriminação.

51 DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS E PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS SOBRE O TEMA

É notória a grande mudança em relação ao pensamento social acerca da homoafetividade no Brasil, pois muitas foram as lutas dos homossexuais para adquirirem os direitos que possuem hoje.

Décadas atrás, em virtude de ideias preconceituosas e dogmas rígidos de cunho religioso, proibia-se a adoção por casais homoafetivos, sob o argumento de que o ambiente formado por casais do mesmo sexo era inadequado para o desenvolvimento da criança ou adolescente a ser adotado.

Atualmente, embora casais homoafetivos ainda sofram com o preconceito enraizado em nossa sociedade patriarcal, estes conseguiram conquistar diversos direitos, dentre eles o da adoção.

Conforme explicitado, no ano de 2011 o STF, ao julgar a ADI nº 4.277 e a ADPF nº 132 decidiu que a opção sexual não pode ser motivo para qualquer espécie de discriminação social, razão pela qual reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, equiparando uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas.

Antes mesmo deste entendimento, o STJ no ano de 2010, no julgamento do Recurso Especial de nº 888.852 do Rio Grande do Sul, reconheceu pela primeira vez a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, conforme trecho da ementa abaixo:

“(…) O que deve orientar a decisão de concessão da adoção, não é a orientação sexual dos adotantes, futuros pais do adotando, mas sim o melhor interesse da criança, sendo assim, devidamente preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos pelo ECA, com a comprovação de laços afetivos, impõe-se a concessão da adoção⁵.” (Grifos nossos)

5 REsp 889.852-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Data de Julgamento: 27/4/2010, Data de Publicação: DJe 10/08/2010.

Importante ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro não autoriza de forma expressa a adoção por casais homoafetivos, mas também não veda esta possibilidade, sendo omissivo quanto a este assunto, motivo pelo qual falamos que há uma lacuna legislativa.

Nesse diapasão, dispõe o art. 4 do Decreto-Lei nº 4.657/42 (LINDB) que em havendo omissão legislativa *“o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”*, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5, XXXV, CF). Assim, não pode o magistrado eximir-se de prolatar decisão sob o fundamento de lacuna ou obscuridade legal (art. 140, CPC), sob pena de violar diversos preceitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna e nas legislações infraconstitucionais.

No caso da adoção homoafetiva, assim disserta VECHIATTI:

*“(...) ante a lacuna da legislação a respeito, **é cabível uma interpretação extensiva ou uma analogia para permitir que homossexuais solteiros e casais homoafetivos adotem crianças e adolescentes**, por força dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, e dada a **absoluta inexistência de prejuízos ocasionados por essa adoção**, ao menor, que, muito pelo contrário, passará a receber amor, solidariedade, respeito, confiança, e todos os valores que configuram uma vida digna, em atendimento ao seu direito subjetivo de ser adotado⁶.”* (Grifos nossos)

Desta forma, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de que como não há previsão normativo-constitucional sobre a possibilidade de adoção homoafetiva, deve o juiz, diante do caso concreto, aplicar o conteúdo do art. 5, II, da CF, qual seja, *“tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido⁷”*.

Logo, não há porque haver distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais⁸, de maneira que, segundo o magistério de ROBERT ALEXY⁹, *“inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico”*, devendo-se aplicar ao caso o princípio da isonomia (art. 5º, II, CF) e da proibição do preconceito (art. 3, IV e art. 5º, §1º, ambos da CF).

Além do mais, inexistente qualquer pesquisa ou estudo científico que indique ser lesiva a formação da criança ou adolescente no convívio com pais homossexuais – *muito pelo contrário* –, pois os estudiosos argumentam não haver qualquer fator psicológico prejudicial aos adotados por casais homoafetivos.

Nesse sentido:

“(...) 6. Os diversos e respeitados estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), “não

6 VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008, p. 548.

7 Conforme citado pelo Ministro Relator Ayres Brito, em seu voto no julgamento da ADI nº 4.277.

8 Nesse sentido: REsp 1281093/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013.

9 *Teoría de los Derechos Fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Tercera reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales*, 2002, p. 395 e seguintes.

indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". (...) 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe¹⁰.” (Grifos nossos)

Sendo assim, a opção sexual dos pretensos adotantes não pode, em nenhuma hipótese, ser considerada como fator preponderante para a negativa da adoção, sob pena violação aos princípios da cidadania; isonomia; da proibição do preconceito; da dignidade da pessoa humana; do melhor interesse da criança e do adolescente; e da afetividade.

Em suma, destarte, a possibilidade de adoção por casais homoafetivos já é assente em nossos tribunais, devendo a sociedade, os operadores do direito e o legislador, despir-se de preconceitos e libertar-se das amarras da velha postura de reação conservadora, de modo a analisar tal questão única e exclusivamente sob o foco do afeto, do amor e do melhor interesse do adotando, buscando-se primordialmente o bem estar da criança e do adolescente, sendo irrelevante, a princípio e por si só, a condição de homo ou heterossexual.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A homoafetividade, antigamente, não era reconhecida como entidade familiar por razões sociais, culturais e religiosas, pois o ordenamento jurídico apenas concebia o casamento heterossexual como família.

No entanto, com a evolução da sociedade, a família contemporânea passou a ser entendida sob o foco de laços amorosos e, assim, independe da existência de filhos biológicos e da capacidade de procriação dos companheiros. Hodiernamente, já se tem o reconhecimento da união entre pares homoafetivos, inclusive, valem-se dos mesmos direitos que os heterossexuais.

Os casais homoafetivos, por interpretação extensiva ou analogia, têm o direito à adoção, direito este que representa uma das grandes conquistas da população brasileira, eis que recusar a adoção por casais homossexuais admitiria que muitas crianças e adolescentes¹¹ permanecessem em abrigos ansiando por alguém que muitas vezes não vem – situação que violaria o princípio do melhor interesse do adotado, a proteção integral e a prioridade absoluta infante-juvenil, pois os infantes têm direito a um lar apto a proporcionar-lhes bem-estar e desenvolvimento com amor, felicidade, respeito e dignidade.

Por sua vez, o presente trabalho logrou êxito em demonstrar que a doutrina e a jurisprudência pátria são uníssonas no sentido de assegurar a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, de modo que atualmente podemos afirmar que há a consagração do

10 Vide: REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010.

11 Segundo dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, no ano de 2022, existem 4.055 crianças e adolescentes disponíveis para adoção.

amor como lei social. Entretanto, em que pese os avanços na doutrina e na jurisprudência, o legislador brasileiro, desde meados dos anos 2000, nada manifestou acerca desse importante direito, demonstrando estar desinteressado em resolver definitivamente tal questão, razão pela qual coube ao Judiciário ocupar-se dessa missão.

Na Câmara Legislativa tramita diversas propostas de lei para possibilitar a adoção por casais homoafetivos¹², como também existem propostas no sentido de proibir esse tipo de adoção e sustar os efeitos¹³ da aplicação da decisão do Excelso Pretório proferida no julgamento da ADI nº 4277 e na ADPF nº 132, que reconhece como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo.

Portanto, atualmente, o que cabe a nós, como cidadãos e operadores do Direito, é aguardar a decisão da Câmara sobre este assunto de tamanha relevância e torcer para que disciplinem o tema de maneira favorável aos adotandos e aos adotantes homossexuais, eis que o nosso sistema jurídico consagra como basilar o princípio da vedação ao retrocesso, de maneira que, uma vez atingidas certas concretizações de direitos fundamentais, não pode o Estado ulteriormente vir a reduzi-las ou suprimi-las.

REFERÊNCIAS

BORDALLO. Galdino Augusto Coelho, **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4ª edição. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 28 de Maio de 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial, REsp: 1281093 SP 2011/0201685-2**. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data de Julgamento: 18/12/2012. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23042089/recurso-especial-resp-1281093-sp-2011-0201685-2-stj>>. Acesso em: 28 de Maio de 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial, REsp: 889852 RS 2006/0209137-4**. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Data de Julgamento: 27/04/2010. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4>>. Acesso em: 28 de Maio de 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial, REsp: 889852 RS 2006/0209137-4**. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/04/2010. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4>>. Acesso em: 28 de Maio de 2022.

12 Vide: PL 5423/2020, de autoria da Dep. Maria do Rosário (PT/RS); PL 3435/2020, de autoria do Dep. Bacelar (PODE/BA); e PL 2153/2011, de autoria da Dep. Janete Rocha Pietá (PT/SP).

13 Vide: PL 620/2015, de autoria da Dep. Júlia Marinho (PSC/PA); PDC 637/2012, de autoria do Dep. Pastor Marco Feliciano (PSC/SP); PDC 325/2011, de autoria do Dep. João Campos (PSDB/GO); e PL 5167/2009, de autoria do Dep. Capitão Assunção (PSB/ES).

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI: 4277.** Relator: AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df>>. Acesso em: 28 de Maio de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7ª Turma). Apelação Cível, AC 70039044698.** Relator: Roberto Carvalho Fraga. Data de Julgamento: 29/06/2011. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20004490/apelacao-civel-ac-70039044698-rs>>. Acesso em: 28 de Maio de 2022.

BUZOLIN, Livia. **Direito Homoafetivo** - Ed. 2019. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1197026289/direito-homoafetivo-ed-2019>. Acesso em: 28 de Maio de 2022.

CLÈVE, Clèmerson. **Direito Constitucional Brasileiro** - Vol. 1 - Ed. 2022. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2022. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1440746757/direito-constitucional-brasileiro-vol-1-ed-2022>. Acesso em: 28 de Maio de 2022.

VALDÉS, Ernesto Garzón. **Teoría de los Derechos Fundamentales.** Trad. Tercera reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos.** São Paulo: Método, 2008.

_____. **Consulta de Projetos de Lei.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>>. Acesso em: 28 de Maio de 2022.

_____. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento - Conselho Nacional de Justiça - CNJ.** Disponível em: < <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall> >. Acesso em: 28 de Maio de 2022.

O PROCESSO DE SEPARAÇÃO E SEUS REFLEXOS NA ALIENAÇÃO PARENTAL

Data de aceite: 04/07/2022

Data de submissão: 26/05/2022

Letícia Costa de Oliveira

Centro Universitário Internacional UNINTER
Curitiba - Paraná
<http://lattes.cnpq.br/8749030346241193>

Letícia Staroski Machado

Centro Universitário Internacional UNINTER
Curitiba - Paraná
<http://lattes.cnpq.br/7058320568237226>

Neyton Izonel Svarcz

Centro Universitário Internacional UNINTER
Curitiba - Paraná
<http://lattes.cnpq.br/2980431847015772>

RESUMO: A alienação parental surge no processo do divórcio, em que o alienante profere palavras que denigrem o alienador. Com a ocorrência desta alienação, as crianças e os adolescentes são atingidos, de forma física ou até mesmo verbal, podendo gerar grande impacto a ponto de acarretar a síndrome da alienação parental. A presente pesquisa foi desenvolvida com o intuito de demonstrar o conceito de alienação parental, analisando a sua definição e a síndrome que pode ser desenvolvida, a qual é capaz de gerar consequências significativas, impactando de maneira negativa na vida das crianças e adolescentes, sendo possível identificar através das leis quais são seus direitos. Diante da pesquisa realizada através de um questionário virtual, foi possível constatar que grande parte

das pessoas que responderam compreender do que se trata a alienação parental não sabem como realizar a denúncia desta prática. Sendo assim, o presente trabalho demonstra a maneira de efetuar a denúncia e a importância deste ato. O trabalho foi realizado com base em estudos bibliográficos de caráter físico e virtual, utilizando-se de artigos científicos, livros, jurisprudências e legislações.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção do infante. Separação. Falsas memórias.

THE SEPARATION PROCESS AND ITS REFLECTIONS ON PARENTAL ALIENATION

ABSTRACT: Parental alienation arises in the divorce process, in which the alienator utters words that denigrate the alienator, with the occurrence of this alienation children and adolescents are affected, physically or even verbally, and it can generate a great impact to the point of causing a disease called parental alienation syndrome. The present research was developed in order to demonstrate the concept of parental alienation, analyzing its definition and the syndrome that can be developed, which is capable of generating significant consequences, negatively impacting the lives of children and adolescents, making it possible to identify by the law what their rights are. From a research carried out through a virtual questionnaire, it was possible to verify that most of the people who answered that knew what parental alienation did not know how to report this practice, so the present work demonstrates how to make the complaint and what is the importance of doing that. The work was carried out based on

physical and virtual bibliographic studies, using scientific articles, books, jurisprudence, and legislation.

KEYWORDS: Infant protection. Separation. False memories.

1 | INTRODUÇÃO

A alienação parental se faz presente em muitos casos de divórcios e separações litigiosas atualmente, sendo que diante do reconhecimento dos danos gerados ao alienado e aos seus pais pela sociedade, foi criada a Lei de nº 12.318/2010 para tentar protegê-los.

Com a separação de um casal, os membros da família necessitam se adaptar a uma nova situação estrutural, aprendendo a viver dentro de um novo formato familiar e redefinindo papéis e funções. Essa reestruturação gera mágoas e ressentimentos nos envolvidos, podendo ocorrer de um dos pais não conseguir suportar com a decepção do fim do relacionamento, sendo que, muitas vezes, quando esse genitor percebe o interesse do outro genitor em preservar o vínculo e a convivência familiar com o filho, busca vingar-se do mesmo, nem que para isto tenha que recorrer a práticas lesivas ao próprio filho, caracterizando-se, por vezes, como alienação parental ou síndrome da alienação parental.

Por isso, é importante identificar esses atos para que sejam tomadas providências de modo a assegurar a proteção integral da criança, conforme a lei dispõe. Além disso, é necessário considerar o conjunto familiar, de forma que todos os envolvidos sejam cuidados, visto que todos sofrem. Desse modo, há grande relevância da manutenção do vínculo na constituição das relações afetivas da criança vítima do litígio familiar.

Neste sentido, o presente artigo tem como objetivo aumentar o debate sobre as consequências desse fenômeno sobre a criança, sendo que, para isso, foram realizadas pesquisas no âmbito do Direito de Família e em teorias psicológicas com o intuito de tentar compreender as consequências dessas separações conflituosas e olhar para as partes, para diminuir o sofrimento de todos os envolvidos.

2 | DIREITO E A FAMÍLIA

Na época do Código Civil de 1916 até o advento da Constituição de 1988, a família brasileira era eminentemente matrimonializada, só existindo legal e socialmente quando oriunda do casamento válido e eficaz, sendo que qualquer outro arranjo familiar existente era socialmente marginalizado e quando um homem e uma mulher constituíssem um concubinato, equivalente à atual união estável, seus eventuais e escassos efeitos jurídicos teriam de ser examinados no âmbito do Direito das Obrigações, pois eram entidades comparadas às sociedades de fato (FARIAS, ROSENVALD; Apud MADALENO, 2021, p. 37).

A primeira e verdadeira evolução no Direito de Família brasileiro ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988, sobre três eixos: a) o da família plural, por

várias formas de constituição (casamento, união estável e a monoparentalidade familiar); b) a igualdade no enfoque jurídico da filiação, antes contaminada de preconceitos; e c) a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres (DIAS, PEREIRA; Apud MADALENO, 2021, p.4).

A partir disso, Madaleno menciona que após o advento do código civil surgem evidências de que não é mais possível somente contemplar os mecanismos de proteção das famílias nacionais, não podendo “virar as costas”, como fez a constituição, para os diferentes arranjos que compõe o grupo familiar mundial, e de igual forma no Brasil (MADALENO, 2021, p.4).

Nesse sentido, com a edição da lei 12.010 de 2009 (nova Lei da Adoção), programou-se novas referências de constituição familiar de forma a ultrapassar o rol da Constituição, cujo modelo já estava superado (de família matrimonial, união estável e monoparental). Ainda, houve uma decisão do Supremo Tribunal Federal em face da ADI 4.277/2009 e da ADPF 132/2008, a qual, por votação unânime, julgou procedente a ação, para dar ao artigo 1.723 do Código Civil uma interpretação conforme à Constituição Federal, e excluir dele qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida como sinônimo perfeito de “família”. Ainda, o CNJ editou, posteriormente, a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, a qual proíbe que as autoridades competentes se recusem de realizar a habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo (MADALENO, 2021, p.4).

Sendo assim, embora a Constituição tenha sido revolucionária ao expandir o conceito de família e permitir o reconhecimento de outros modelos de constituição familiar, não é possível desconsiderar a pluralidade familiar que foi reconhecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual incorporou uma filosofia pluralista, reconhecendo outros modelos de núcleo familiares como a família natural, a família ampliada e a família substituta (FARIAS, ROSENVALD; Apud MADALENO 2021, p. 4).

Segundo o art. 25, da Lei 8.069/90, a família natural é aquela formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. A família ampliada ou extensa, conceituada no parágrafo único do mesmo artigo, é aquela que se estende para além dos pais e filhos, constituída por outros familiares que mantêm afinidade e afetividade com a criança ou adolescente. Já a família substituta, não foi conceituada pelo Eca, mas é aquela formada pelo casal (sejam casados ou vivendo de união estável) que se cadastra para adotar uma ou mais criança (s) (MADALENO, 2021, p.31).

2.1 Separação

Conforme dispõe o artigo 1.571 do Código Civil, a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e também pelo divórcio, sendo que no caso de ausência é aplicada a presunção da

morte para efeitos de dissolução do casamento (art. 1.571, § 1º, do CC).

O término do vínculo conjugal se difere da dissolução da sociedade conjugal, porque o casamento válido somente pode ser dissolvido pelo divórcio ou pela morte de um dos cônjuges e a separação judicial não extingue o vínculo do casamento, ficando os cônjuges simplesmente autorizados à separação de seus corpos, rompendo a convivência e não mais respondendo pelos deveres de coabitação e de fidelidade, também encerrando a comunicação patrimonial nos regimes de comunhão de bens (MADALENO, 2021, p.31).

2.2 Consequência da separação

Betty Bernardo Fuks e Leonora Roizen Albek Oliven (2012, p. 57), afirmam, em seu artigo, que com a separação de um casal, surge “o sentimento de perda de objeto que de alguma forma correspondeu ou corresponde à fantasia de completude, que se apresenta através de um parceiro, de um ideal de formação de família perene, de auto-estima” (FUKS, OLIVEN; 2012. p. 56). Afirmam ainda que “esta perda conduz o sujeito a um processo de luto que, se elaborado de forma natural, já que a vida é feita de ganhos e de perdas, deslocará a sua energia para outro objeto”. As autoras alegam que, segundo as observações de Freud em Luto e Melancolia (FREUD, 1917), o luto, que muitas vezes ocasiona no processo patológico da melancolia pode, nessas situações, ser revertido em exacerbação de vitimização recíproca. Quando há essa vitimização, no intuito de cada qual mostrar ao juiz que está(ão) correta(s), a(s) parte(s), usa(m) o processo para fazer(em) acusações, conduzindo a retaliações e a lesões afetivas, inclusive atingindo os seus filhos (FUKS, OLIVEN; 2012. p. 58).

3 | CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL E LEGISLAÇÕES

No Brasil, foi criada a Lei 12.318/2010 a qual em seu art. 2º conceitua a alienação parental como:

a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (grifos nossos)

Além disso, nos incisos I a VII, de seu parágrafo único, são trazidos exemplos do que é considerado alienação parental, como por exemplo: a) desqualificar conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; b) dificultar a prática da autoridade parental; c) dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; d) dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; entre outros.

Ademais, o Art. 4º da Lei 13.431/2017 prevê como conduta criminosa o ato de praticar alienação parental, in verbis:

Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas,

são formas de violência: b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este.

De outro modo, com o intuito de proteger o alienado, a ministra Nancy Andrighi, que analisava uma disputa de guarda dos filhos pelos genitores, destacou que o ideal seria que os pais, por estarem preocupados com o melhor interesse de seus filhos, realizassem também seus interesses individuais de acordo com o bem comum da prole, porém não é o que acontece na prática (OAB/SP; 2010).

Nessa medida cautelar, a mãe das crianças pretendia fazer um curso de mestrado nos Estados Unidos, alegando que a experiência seria muito enriquecedora para as crianças, mas o pai não concordou em ficar longe dos filhos, os quais viviam sob o regime de guarda compartilhada. Seguindo o voto da relatora, os ministros não autorizaram a viagem, pois concluíram que o melhor para as crianças seria permanecer com os dois genitores de acordo com laudos psicológicos que comprovaram os profundos danos emocionais sofridos pelas crianças em razão da disputa entre os pais (OAB/SP; 2010).

Nancy Andrighi afirmou que, posteriormente, quando tiverem mais maturidade, os filhos poderão usufruir experiências culturalmente enriquecedoras, sem o desgaste emocional de serem obrigados a optar entre dois seres que amam de forma igual e incondicional. O presidente da Terceira Turma, ministro Sidnei Beneti, ressaltou que a guarda compartilhada não é apenas um modismo, mas sim um instrumento sério que não pode ser revisto em medida cautelar. (MC n. 16.357) (OAB/SP; 2010).

Nesse sentido, nota-se a preocupação do Superior Tribunal de Justiça para com o princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes, visto que a genitora foi impedida de mudar de país com as crianças, para impedir que os filhos se afastassem do genitor.

4 | SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) foi definida por Richard Gardner, em 1985,

É um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção (GARDNER, 2002).

Existem alguns critérios utilizados para que possa ser identificado se a criança ou adolescente sofre da referida síndrome, o primeiro critério trata da absorção da campanha realizada contra o genitor, a criança efetua ataques ao alienado, profere palavras que o ofendem e não deseja mais vê-lo. O segundo critério está relacionado ao primeiro, ao justificar o motivo de não querer ver o genitor, baseia-se em fatos ocorridos no passado, decorrendo variadas vezes de justificativas infundadas.

A falta de ambivalência é outro critério, para o menor é inexistente o pensamento de que é possível o genitor alienado errar e ser bondoso, para ele prevalece o sentimento de ódio por enxergar apenas os acontecimentos ruins. O quarto critério e mais importante é a independência que a criança possui sobre seus pensamentos, ela assume para si o que pensa sobre o alienado, afirmando não ter nenhuma interferência externa, demonstrando grande perigo, pois o menor não observa estar sendo vítima da alienação parental. O quinto critério está relacionado às falsas memórias implantadas, devendo ser verificado no diálogo, principalmente em entrevistas realizadas por psicólogos.

A Síndrome da Alienação Parental possui alguns estágios, os quais apresentam o avanço da síndrome, sendo “o tipo ligeiro ou estágio I leve” o qual apresenta poucos dos critérios acima citados, o “tipo moderado ou estágio II leve”, em que a criança se enquadra em praticamente todos os critérios, se não todos, sendo que o mais crítico e que apresenta todos os critérios é “o tipo grave ou estágio III grave”, neste, o menor encontra-se totalmente desequilibrado, transtornado, podendo realizar violência, tanto verbal como física (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 52-53).

4.1 Consequências

O processo do divórcio é complexo para uma criança, pois esta possui o desejo que seus pais permaneçam juntos, provocando, em alguns casos, problemas psicológicos que podem perdurar por um tempo significativo. Tanto que, havendo alienação parental, as consequências podem ser ainda mais graves, inclusive a partir do momento que torna-se uma síndrome. As consequências podem ser diferentes para cada criança ou adolescente, devendo ser levado em consideração a “idade, temperamento, personalidade, e nível de maturidade psicológica da criança, e o grau de influência emocional que o genitor alienante tem sobre ela” (ROQUE; CHECHIA, 2015).

A dificuldade de se relacionar com outras pessoas é um dos efeitos da SAP, a criança torna-se introvertida, afetando o desenvolvimento de sua infância, pois em todo momento foi bombardeada com palavras ofensivas e denegridoras contra o genitor alienado. “Se tornam crianças que não tem tempo para se ocupar com as preocupações próprias da idade, cuja infância lhe foi roubada pelo desatinado e egoísta genitor que o alienou de um convívio sadio e fundamental” (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 66).

Durante a alienação parental a criança é manipulada pelo genitor alienante a sentir ódio do genitor alienado, tal sentimento ocasiona na falta de vontade de ver o genitor. O menor que cresce sem a presença de um dos genitores perde um vínculo importante, gerando um vazio.

Os efeitos nas crianças vítimas da Síndrome de Alienação Parental podem ser uma depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psicossocial normal, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, comportamento hostil, falta de organização, dupla personalidade e às vezes suicídio. Estudos

têm mostrado que, quando adultas, as vítimas da Alienação tem inclinação ao álcool e às drogas e apresentam outros sintomas de profundo mal estar (SÉRGIO, 2019).

Algumas crianças têm as suas condutas alteradas, revoltam-se com as pessoas, passam a não mais respeitar as regras, sendo que parte desses menores desenvolvem transtorno de ansiedade causados pela separação, ficam aflitos por afastarem-se do lar, afastar do convívio de pessoas importantes, podendo gerar além dos problemas psicológicos “queixas de sintomas somáticos (tais como dores de cabeça, de estômago, náusea ou vômito)”, a aflição passa a tomar conta da criança fazendo com que não queira mais frequentar a escola e outros lugares.

4.2 Tratamento

As crianças e adolescentes encontram-se em desenvolvimento, moral, intelectual e social (BRASIL, 2017, art. 2º), por este motivo necessitam de tratamento de forma imediata, com profissional da área da psicologia ou psiquiatria. Para iniciar tal tratamento é de extrema importância que a criança ou adolescente seja ouvido primeiramente sozinho, para que possa adquirir informações sem interferência alguma, posteriormente as consultas podem ocorrer de forma conjunta para que seja possível que os envolvidos mudem suas atitudes e a alienação parental não seja mais praticada.

O modelo biopsicossocial é uma abordagem multidisciplinar que compreende as dimensões biológica, psicológica e social de um indivíduo (BALDISSERA, 2021), podendo ser aplicado de igual maneira, pois a saúde física e mental devem ser trabalhadas em conjunto para a obtenção de um resultado mais eficaz.

A SAP necessita de imediata e efetiva intervenção, assim que forem detectados indícios de sua ocorrência, e nisto reside a efetiva e pontual atuação do Poder Judiciário no propósito de impedir que a síndrome da alienação crie corpo com a involuntária colaboração judicial (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 67).

5 | COLETA DAS PROVAS

5.1 Depoimento especial

A Lei nº 13.431/2017 estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente sendo testemunha ou vítima de violência, seja ela física ou psicológica. O artigo 19 do Decreto nº 99.710/90, assim como a Constituição Federal/88 em seu artigo 227 ratificam que fica a encargo da família, do Estado e da sociedade assegurar com alta prioridade, que as crianças e adolescentes sejam protegidas de qualquer forma de violência.

Conforme demonstrado no artigo 4º, inciso II, alínea b, da Lei nº 13.431, a alienação parental é considerada uma forma de abuso psicológico:

b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este.

Para que a criança ou adolescente seja ouvido a respeito da violência sofrida ou presenciada faz-se necessário a ocorrência da escuta especializada e do depoimento especial, também chamado de depoimento sem dano, sendo que através desse método o menor é ouvido por uma autoridade policial ou judiciária em conjunto com uma equipe multidisciplinar, um psicólogo e assistente social, realizado em local propício para a criança se sentir à vontade.

5.2 Perícia multidisciplinar

A perícia multidisciplinar é composta por perícias sociais, psicológicas, médicas, entre outras que se fizerem necessárias para o subsídio e certeza da decisão judicial (FREITAS, 2015, p. 59). É inegável a importância da perícia para o resultado adequado, não gerando efeitos danosos às crianças e adolescentes, por essa razão encontra-se na Lei 12.318/2010 orientações quanto a perícia e o laudo pericial:

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

(BRASIL, 2010).

Por tratar-se de um assunto de alta complexidade faz-se necessário que a perícia seja efetuada por mais de um profissional, como conselheiro tutelar, psicólogo jurídico, psiquiatra forense, sendo fundamental que todos tenham conhecimento quanto aos critérios de identificação da alienação parental, para que em conjunto possam analisar melhor e ter um resultado eficiente (SANTOS; SILVA, 2019).

6 | FALSAS MEMÓRIAS

6.1 Psicologia

Para entender melhor sobre as falsas memórias, é importante saber a definição de

memória e suas classificações. Assim, vejamos:

Memória significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações. A aquisição é também chamada de aprendizado ou aprendizagem: só se 'grava' aquilo que foi aprendido. A evocação é também chamada de recordação, lembrança, recuperação. Só lembramos que gravamos, aquilo que foi aprendido. [...] O acervo de nossas memórias faz cada um de nós ser o que é: um indivíduo, um ser para o qual não existe outro idêntico. E também somos o que resolvemos esquecer. (IZQUIERDO, 2018, p. 1).

A memória é formada por diversos sistemas de memória inter-relacionados, com as qualidades de codificar/introduzir a informação no sistema, armazenar e, em seguida, evocar a informação. A forma de como a informação é codificada no sistema, influencia no armazenamento e na evocação da memória. (BADDELEY; ANDERSON; EYSENCK, 2011, p. 17).

Ao tratar da definição de memória, Gazzaniga (2005, p. 271), explica que a memória é o resultado da atividade do cérebro, “é a capacidade do sistema nervoso de manter e recuperar habilidades e conhecimentos”. Neste sentido, as memórias podem ser classificadas pela duração, conteúdo e função.

Em 1.968, os psicólogos Richard Atkinson e Richard Shiffrin, propuseram um modelo da memória, classificando-a em: memória sensorial, memória de curto prazo e memória de longo prazo. Para Gazzaniga (2005, p. 272), “cada um desses sistemas determina a duração do tempo que a informação é retida na memória”.

A memória sensorial é breve, é ligada aos sistemas sensoriais, ela dura por frações de segundo e normalmente, não tomamos consciência de que está operando (GAZZANIGA, 2005). A memória sensorial pode ser visual (também chamada de memória icônica) ou auditiva (memória ecoica).

Pela memória sensorial, não sentimos o mundo com sensações distintas, mas como um fluxo contínuo. Quando viramos a cabeça, por exemplo, a memória retém informações por tempo suficiente para que se conecte uma imagem à outra de forma a corresponder “à maneira como os objetos se movem no mundo real” (GAZZANIGA; HEATHERTON; HALPERN; 2005, p. 273).

Por outro lado, como ensina Baddeley (2011, p. 31), a memória de curto prazo possui a capacidade de armazenar pequenas quantidades de informações por breves intervalos. Ela serve apenas para descrever uma situação experimental, como por exemplo, quando prestamos atenção em algo. Nesse sentido, a memória de curta duração pode ser ainda mais complexa, partindo para a memória de trabalho.

A memória de trabalho, também chamada de memória operacional, mantém a aquisição e por alguns segundos ou minutos, a informação que está sendo processada. É ela que dá continuidade em nossos atos, pois “ajuda a saber onde estamos ou o que estamos fazendo a cada momento” (IZQUIERDO, 2018, p 13).

Diferentemente das outras memórias, a memória de trabalho não deixa traços. Nós a utilizamos, por exemplo, quando perguntamos a alguém um número de telefone, pois quando perguntamos, conversamos esse número o tempo suficiente para discá-lo, e feito isso, o esquecemos.

Conforme ensina Izquierdo (2018, p. 15), esta memória possui o papel gerenciador de determinar se a informação é nova ou não, e também, se é útil para o organismo ou não. Assim, ela tem um acesso rápido às memórias preexistentes do indivíduo. Se a informação é nova, o sujeito pode aprender sobre o que está sendo informado.

Para verificar se a informação é útil ou prejudicial para o organismo, a memória trabalha para relacionar a experiência atual com outras semelhantes das quais possa haver registro. Izquierdo (2018, p. 15-16) exemplifica o assunto com a situação de um indivíduo perante um inseto desconhecido. Se verificado em sua memória um inseto muito semelhante e perigoso, o organismo poderá reagir fugindo do inseto, pois não é útil. Se não encontrar informação a respeito do inseto, pode tomar atitude de indiferença ou observá-lo.

Para Gazzaniga (2005, p. 275-277), a memória de longo prazo é relativamente permanente. Por ela, pode-se lembrar de rimas e músicas da infância, significado e grafias de palavras raramente utilizadas, o que comeu no almoço de ontem, e assim por diante. A memória de trabalho é interdependente com a memória de longo prazo, pois para aquela segmentar informações, é necessário conexões significativas com base nas informações armazenadas nesta memória.

Quanto à memória de longa duração, ela é composta por “sistema ou sistemas que servem de base à capacidade de armazenar informações por longos períodos de tempo” (BADDELEY, 2011, p. 23). Esses sistemas se dão pela classificação do conteúdo, podendo as memórias ser declarativas e procedurais.

As memórias declarativas, também chamadas de memórias explícitas, são aquelas que registram fatos, eventos ou conhecimentos. São assim chamadas porque nós, humanos, podemos declarar que elas existem e descrever como as adquirimos.

Dentre elas, há memórias episódicas ou memórias autobiográficas, que referem-se a eventos aos quais assistimos ou dos quais participamos, como por exemplo, lembranças de um filme ou lembranças da nossa formatura. Como explica Izquierdo (2018, p. 17), as memórias de conhecimentos gerais são denominadas de memórias semânticas, como por exemplo, conhecimentos de português, medicina, química, ou então, perfume das rosas. Geralmente, as memórias semânticas são adquiridas por meio das memórias episódicas, como por exemplo, se adquire conhecimento de inglês, por aulas de inglês.

Quanto às memórias procedurais ou de procedimentos são aquelas que costumamos chamar de “hábitos”, são capacidades ou habilidades motoras e/ou sensoriais, como por exemplo, andar de bicicleta, soletrar, tocar teclado, etc. É difícil declará-las, a executamos para demonstrar que sabemos. Exemplifica Izquierdo (2018, p. 18) que uma partitura apreendida de cor é uma memória episódica e sua execução no teclado, é procedural,

assim como é nadar, saltar, etc.

Geralmente, as memórias de procedimentos são adquiridas por memórias implícitas, como de maneira automática, sem que o sujeito perceba de forma clara que está aprendendo. Por outro lado, as memórias explícitas são adquiridas com interferência da consciência. As memórias semânticas, também são adquiridas de maneira implícita (inconsciente), como por exemplo, a língua materna.

Entretanto, nossa memória falha, seja por esquecimento, rememoração ou distorção. O esquecimento é uma das falhas mais comuns, pois esquecemos diariamente, aliás, “esquecemo-nos muito mais do que nos lembramos” (GAZZANIGA HEATHERTON; HALPERN, 2005, p. 289). Ao tratar do esquecimento, Anderson (2011, p. 208), menciona que o esquecimento pode ser incidental, quando as falhas ocorrem sem a intenção de esquecer, ou motivado, que pode ser intencional ou provocado por motivações, mas sem intenção consciente.

A rememoração, como definido por Gazzaniga (2005, p. 293, 291, 296), é a persistência da memória em fazê-lo lembrar de eventos que gostaria de esquecer, sendo comum em situações estressantes. São memórias traumáticas que destroem a vida do indivíduo. Já, a distorção ocorre por viés da memória, quando a pessoa assemelha atitudes pregressas como semelhantes a atuais, embora sejam distintas, as pessoas reconstruem os eventos de modo que sejam consistentes.

Ainda pelo tipo de distorção, o erro pode se dar por sugestibilidade. A sugestibilidade nada mais é do que o “desenvolvimento de memórias tendenciosas a partir de informações enganosas” (GAZZANIGA, p. 297), é por ela que se desenvolvem as falsas memórias para eventos que não aconteceram.

Nas palavras de Izquierdo, “a repetição da evocação das diversas misturas de memórias, somada à extinção parcial da maioria delas, pode nos levar à elaboração de memórias falsas” (IZQUIERDO, 2018, p. 28).

Falsas memórias são lembranças de eventos que não aconteceram ou que ocorreram de forma bem diferente da narrada. Trata-se de uma distorção na evocação da memória. As falsas memórias podem ocorrer devido a uma distorção endógena ou por informações oferecidas pelo ambiente externo. Assim, as falsas memórias são classificadas também em falsas memórias espontâneas e falsas memórias sugeridas.

Como explica STEIN (2010, p. 25), as espontâneas resultam das distorções endógenas, pois são internas ao sujeito. Neste sentido, há falsas memórias autossugeridas, pois a distorção da lembrança ocorre pelo funcionamento da memória, sem interferência de terceiro, como por exemplo, lembrar que um amigo contou uma história quando na verdade, as informações advieram de um programa de TV.

Por sua vez, as memórias sugeridas surgem por informações externas ao sujeito, quando a partir de um evento ocorrido, a informação recebida é incorporada à memória original. Esse efeito de sugestão pode se dar tanto de forma acidental quanto de forma

deliberada, pois pode ou não a informação ser apresentada com o intuito de falsificar a memória.

Nossa memória pode ser distorcida por influência de outras pessoas. Podemos recordar de maneira diferente os fatos por percepções e interpretações diferentes recebidas de terceiros.

6.2 Relação com a coleta de provas

Para combater a sugestibilidade, criou-se a Lei nº 13.431/2017, com regras para a coleta do depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas.

Dispõe o art. 10 da referida Lei:

Art. 10. A escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência.

Por sua vez, dispõe o art. 11:

Art. 11. O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado. § 1º O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova:

- I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos;
- II - em caso de violência sexual.

§ 2º Não será admitida a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal.

Com a escuta especializada e o depoimento especial, evitar-se-á a manifestação de falhas da memória, em especial, falsas memórias.

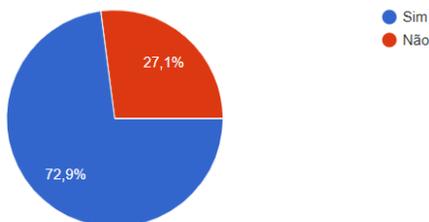
7 | MEIOS DE COMBATE

7.1 Denúncia

De acordo com a pesquisa realizada através do google forms, das 48 pessoas que participaram 72,9% responderam que possuem conhecimento sobre o que é alienação parental, porém 81,3% disseram não saber de que maneira a referida prática pode ser denunciada.

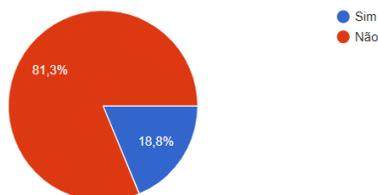
Você sabe o que é alienação parental?

48 respostas



Se você sabe o que é alienação parental, sabe como denunciar?

48 respostas



O Ministério Público do Paraná se expressou sobre como realizar a denúncia:

Quem tem conhecimento, ou desconfia de que uma criança está sendo vítima de alienação parental, deve levar ao conhecimento das autoridades tais fatos. Procure o Ministério Público de sua cidade, por meio dos Promotores de Justiça que atuam na área da família, e leve a eles notícias de eventual alienação parental. Com tal atitude, você não estará denunciando ninguém, mas protegendo uma criança ou um adolescente de um abuso moral. (PARANÁ, 2016).

A denúncia é imprescindível, pois através desta pode ser coibida a prática da alienação parental, evitando que mais crianças e adolescentes sejam vítimas de tal prática.

7.2 Guarda compartilhada

O termo guarda deriva do latim, *guardare*, e do germânico, *wardem*, tendo como significado, proteger, conservar, olhar e vigiar. Guarda é a condição de direito de um ou mais sujeitos, manter sob dependência sociojurídica, um menor de 18 anos de idade, sendo que quando a guarda é compartilhada, deve seguir as regras da Lei 13.058/2014. (Freitas, 2015, p. 99)

De acordo com a Lei supracitada, a guarda compartilhada é regra, sendo necessário discutir somente o período de convivência, de modo a respeitar equitativamente, as condições de cada um dos cônjuges. Neste sentido, da violação ou dificuldade para cumprimento das diretrizes da guarda compartilhada, principalmente por meio de alienação parental, ela pode ser desconstituída, para guarda unilateral.

Vejamos alguns julgados dos tribunais pátrios:

Ação de Modificação de Guarda Compartilhada e Alienação Parental

– Ajuizamento pelo pai da infante – Sentença de procedência, conferindo ao genitor da guarda unilateral da menor – Inconformismo da genitora – Descabimento – Laudo psicológico produzido pela equipe técnica do Juízo conclui que **o genitor possui melhores condições para exercer a guarda unilateral do filho menor, afastando a recomendação de conceder a guarda à genitora** – Ampliação das visitas maternas para incluir três horas nos dias de Natal e Ano Novo – Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Cível 1024309-04.2019.8.26.0002; Relator (a): Fábio Quadros; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 3ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 09/12/2021; Data de Registro: 16/12/2021) (grifo nosso).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. **AÇÃO DECLARATÓRIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL C/C REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS, PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E ASTREINTE. DECISÃO QUE INDEFERIU A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INSURGÊNCIA RECURSAL DO REQUERENTE PELA CONCESSÃO DA GUARDA PROVISÓRIA DO FILHO OU, ALTERNATIVAMENTE, MODIFICAÇÃO DAS VISITAS. NÃO PROVIMENTO. PARTES QUE CELEBRARAM ACORDO FIXANDO A GUARDA UNILATERAL MATERNA E O REGIME DE VISITAS PATERNAS. ALTERAÇÃO. NÃO CABIMENTO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. CONVÍVIO PATERNO FILIAL QUE DEVE SER RETOMADO DE FORMA PROGRESSIVA. MUDANÇAS DE ENDEREÇO E DOMICÍLIO QUE AFETAM O DESENVOLVIMENTO INFANTIL. INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA E ESTUDO SOCIAL.**

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A alteração pretendida na peça recursal, seja pela guarda unilateral paterna, ou pelo convívio alternado de metade do mês com cada genitor, não se configura, nesse momento recursal, como a solução que representa o melhor interesse da criança, uma vez que o convívio com o genitor deve ser retomado progressivamente, caso não esteja em situação de risco. 2. **A alegação de alienação parental, ainda que inegável a gravidade das situações narradas, se reconhece a premissa de que constantes mudanças de endereço e domicílio afetam o desenvolvimento infantil**, pelo que se faz necessária dilação probatória, além de que é incontestável que a criança não tem relação próxima atual com o Agravante/Genitor.

(TJPR - 11ª C.Cível - 0022844-88.2021.8.16.0000 - São José dos Pinhais - Rel.: DESEMBARGADORA LENICE BODSTEIN - J. 27.09.2021) (grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL. **ação DE RECONHECIMENTO de paternidade C/C guarda ajuizada pelo genitor**. sentença que estabeleceu guarda das FILHAS na modalidade compartilhada, com residência fixa no lar paterno. iNSURGÊNCIA DA GENITORA, pretendendo a alteração DO LAR DE REFERÊNCIA, SOB A alegação de prática de alienação parental POR PARTE DO genitor.

Alienação parental DEMONSTRADA POR MEIO DE PROVAS PRODUZIDAS DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ministério Público e magistrada que idênticam os atos no curso do processo com advertÊNCIA AO APELADO. mudança do lar de referência que não se faz necessária. MEDIDA EXCEPCIONAL QUE DEVE SER APLICADA APENAS QUANDO NÃO SURTIREM EFEITO OUTRAS MEDIDAS MENOS DRÁSTICAS. relatórios psicológicos que

demonstram que as filhas NUTREM afeto por ambos os genitores E que estão sendo bem assistidas pelo pai. **MANUTENÇÃO DO LAR DE REFERÊNCIA VISANDO RESGUARDAR O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DAS crianças.** indicado acompanhamento psicológico do pai para que repense suas atitudes e aprenda a lidar com o término do relacionamento e o exercício da paternidade.

recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJPR - 11ª C.Cível - 0006351-03.2017.8.16.0024 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR SIGURD ROBERTO BENGTTSSON - J. 30.08.2021) (grifo nosso).

Dessa forma, temos que a guarda compartilhada tem sido um meio de combate a alienação parental, pois da ocorrência deste fenômeno, quando a guarda é unilateral, a criança pode ficar junto com ambos os pais, de modo a conhecer seu genitor e vice versa.

8 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho, foi possível compreender os reflexos do processo de separação, com a formação da alienação parental, bem como suas consequências na vida do alienado. Dentre tais consequências, demonstrou-se a Síndrome da Alienação Parental, que pode acarretar diversas enfermidades no alienado, afetadas diretamente pelo sistema emocional, entre elas, a manifestação de falsas memórias.

Como meio de combate a este fenômeno, destacou-se a criação da Lei nº 13.431/2017, que estabelece o depoimento sem dano, pelo qual a criança ou adolescente alienado pode ser ouvido por uma equipe especializada, competente para identificar a ocorrência de alienação parental, inclusive com a manifestação de falsas memórias.

Além disso, como se verificou por meio de julgados de tribunais pátrios, a guarda compartilhada tem sido um meio de combate a alienação parental, pois permite a presença de ambos os genitores com o crescimento e formação da criança/alienante. E claro, sendo identificada a necessidade de rompimento desta modalidade de guarda, para evitar a alienação, também é possível.

Ademais, com o intuito de verificar a conscientização das pessoas quanto à alienação parental, bem como sobre os meios de combate e denúncia, observou-se que a maioria das pessoas tem conhecimento sobre o que se trata a alienação parental, mas não conhece a forma de denunciar. No entanto, percebe-se que pouco se trata de tal problemática e seu meio de denúncia, pois das pesquisas realizadas, só há informativo a respeito no site do Ministério Público (do Paraná), de modo que não tem sido um meio efetivo e prático para ciência da população, até por que, não são todas as pessoas que possuem acesso à internet.

Com isso, verifica-se a necessidade de aumentar a conscientização quanto a denúncia, inclusive com outras formas de denúncia, por ligação ou registro online, por

exemplo, tendo em vista que muitos conhecem a prática da alienação parental, mas ficam de mãos atadas por não saber como prosseguir.

Afinal, a alienação parental viola direitos fundamentais para o desenvolvimento da criança e do adolescente. Sendo um dever constitucional e legal da família, da comunidade e da sociedade assegurar referidos direitos fundamentais, a denúncia a ser realizada pela comunidade e atendida pelo Estado, é um dos meios a se efetivar os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da S. **Julgamentos criminais na perspectiva da psicologia: heurísticas e vieses, dissonância cognitiva, falsas memórias e comparticipação**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael C.; EYSENCK, Michael, W. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

BALDISSERA, Olívia. **Modelo biopsicossocial: dê adeus à separação entre saúde física e mental**. Disponível em: <<https://posdigital.pucpr.br/blog/modelo-biopsicossocial#:~:text=O%20modelo%20biopsicossocial%20C3%A9%20uma,estar%20no%20organismo%20do%20paciente.>>. Acesso em: 03. Mai. 2021.

BRASIL. **DECRETO Nº 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 05. Jun. 2021.

BRASIL. **LEI Nº 13.431, DE 4 DE ABRIL DE 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13431.htm>. Acesso em: 03. Mai. 2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10. Jul. 2021.

DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha no prefácio ao livro **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. IX-X. Apud. MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 63. Apud. MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FUKS, Betty Bernardo; OLIVEN, Leonora Roizen Albek. **ALIENAÇÃO PARENTAL: A FAMÍLIA EM LITÍGIO. POLÊMICA**, [S.I.], v. 10, n. 1, p. 56 a 73, mar. 2012. ISSN 1676-0727. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/2836/1963>>. Acesso em: 28 jul. 2021. doi:<https://doi.org/10.12957/polemica.2011.2836>.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GAZZANIGA, Michael; HEATHERTON, Todd; HALPERN, Diane. **Ciência psicológica**. Artmed, 2005.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 23. mai. 2021.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. – 3. ed. – Porto Alegre: Artmed, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OAB/SP. **Princípio do melhor interesse da criança impera nas decisões do STJ**. 2010. Disponível em: <<https://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/principio-do-melhor-interesse-da-crianca-impera>>. Acesso em 15. out. 2021.

PARANÁ. **25 de abril: Dia Internacional de Combate à Alienação Parental**. Disponível em: <<https://crianca.mppr.mp.br/pagina-2134.html#:~:text=Procur%C3%A9rio%20P%C3%ABalico%20de,adolescente%20de%20um%20abuso%20moral>>. Acesso em: 03. Mai. 2021.

ROQUE, Yader de Castro; CHECHIA, Valéria Aparecida. **Síndrome de alienação parental: consequências psicológicas na criança**. Disponível em: <<https://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/36/30102015191548.pdf>>. Acesso em: 03. jun. 2021.

SÉRGIO, Caroline Ribas. **A Síndrome da Alienação Parental e seus reflexos no âmbito familiar**. Disponível em: <<https://www.ibijus.com/blog/507-a-sindrome-da-alienacao-parental-e-seus-reflexos-no-ambito-familiar>>. Acesso em: 22. Jul. 2021.

SANTOS, Carolina Rocha dos; SILVA, Diogo Severino Ramos da. **Alienação parental e o papel da perícia multidisciplinar no judiciário brasileiro**. Disponível em: <[file:///C:/Users/diego/Downloads/Dialnet-LaAlienacionParentalYEIPapelDeLaExperienciaMultidi-6967918%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/diego/Downloads/Dialnet-LaAlienacionParentalYEIPapelDeLaExperienciaMultidi-6967918%20(1).pdf)>. Acesso em: 10. jan. 2022.

SILVA, Livia Caroline Lycurgo; ABDALA, Cláudia. **A CONTRIBUIÇÃO DA EQUIPE MULTIDISCIPLINAR NA APLICAÇÃO DA LEI 12.318/10 NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL**. Episteme Transversalis, [S.l.], v. 10, n. 2, ago. 2019. ISSN 2236-2649. Disponível em: <<http://revista.ugb.edu.br/ojs302/index.php/episteme/article/view/1329>>. Acesso em: 16 jan. 2022.

STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias [recurso eletrônico]: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas** – Dados eletrônicos – Porto Alegre: Artmed, 2010.

IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS INDENIZATÓRIOS À LUZ DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Data de aceite: 04/07/2022

Sóstenis Teixeira de Oliveira

Bacharelado do 9º Período da Faculdade de Direito de Colinas do Tocantins/TO

Cleonizar Gomes Oliveira

Bacharelado do 9º Período da Faculdade de Direito de Colinas do Tocantins/TO

Milena Alves Pimenta Machado

Advogada, Especialista em Direito Processual Civil e Docente da Faculdade de Direito de Colinas do Tocantins/TO
<http://lattes.cnpq.br/5729404412769730>

RESUMO: Seja em razão de vínculo familiar, negocial ou decorrente da prática de ato ilícito, os alimentos visam prover as necessidades vitais, com dignidade, de alguém que não pode supri-los por si mesmo, motivo pelo qual o legislador, no caso de inadimplemento do devedor, colocou à disposição dos credores dessas verbas formas mais efetivas para a satisfação do débito, distintas da generalidade das demais dívidas, à exemplo da decretação da prisão civil. Na vigência do CPC/1973 era pacífico o entendimento da impossibilidade da prisão civil nos casos de alimentos indenizatórios, todavia, com a entrada em vigor do CPC/2015 a discussão acerca da possibilidade da prisão civil para esses casos foi reacendida. Desta forma, este estudo visa dissertar acerca desse tema à luz da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Necessidades Vitais. Dignidade. Alimentos Indenizatórios.

Inadimplemento. Prisão Civil. Ato Ilícito.

IMPOSSIBILITY OF CIVIL PRISON OF THE DEBTOR FOR FOOD INDEMNITY IN LIGHT OF THE CURRENT JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

ABSTRACT: Whether due to family, business or resulting from the practice of an unlawful act, the alimony is intended to provide the vital needs, with dignity, of someone who cannot supply them by himself, which is why the legislator, in the event of non-compliance with the debtor, made available to creditors of these funds more effective ways to satisfy the debt, different from most other debts, such as the decree of civil imprisonment. During the validity of CPC/1973, the understanding of the impossibility of civil imprisonment in cases of indemnity maintenance was peaceful, however, with the entry into force of CPC/2015, the discussion about the possibility of civil imprisonment for these cases was renewed. Thus, this study aims to discuss this topic in light of the current jurisprudence of the Superior Court of Justice.

KEYWORDS: Vital Needs. Dignity. Indemnity alimony. Default. Civil Prison. Unlawful Act.

1 | INTRODUÇÃO

Os alimentos, tratam-se de uma garantia constitucional prevista no artigo 5º, sendo uma forma de garantir a sobrevivência do alimentando, vez que consagra a preservação da dignidade humana (art. 1, III, CF).

A doutrina pátria classifica os alimentos de diversas maneiras, dentre as quais em i) legítimos ou legais; ii) convencionais, voluntários ou negociais; ou iii) indenizatórios ou ressarcitórios.

No que tange aos alimentos legítimos ou legais, derivados do direito de família, a admissibilidade da prisão civil é uníssona seja na doutrina, seja na jurisprudência pátria, consoante determina o art. 528, § 3º, do CPC/2015.

Todavia, no que concerne aos alimentos indenizatórios há verdadeiro descompasso de entendimentos, há doutrinadores e precedentes jurisprudenciais que sustentam ser possível a decretação da prisão do devedor dessa modalidade de alimentos e havia os que afirmavam não haver possibilidade, ante a falta de previsão legal expressa nesse sentido.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, desde o ano de 1998 a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou-se no sentido de não admitir a prisão civil nessas hipóteses de dano *ex delicto*, determinando que a constrição pessoal do devedor deveria ser restrita ao direito de família¹.

Ocorre que com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a discussão acerca da possibilidade da prisão civil para esses casos foi recendida, pois muitos estudiosos afirmavam ser possível a aplicação do rito especial (de prisão), previsto no art. 528 do CPC, aos casos de cumprimento de sentença dos alimentos *ex delicto*, razão pela qual entendiam ser cabível de pleno direito tal medida coercitiva de caráter excepcional.

Tanto que havia verdadeira divergência entre os Tribunais Pátrios, algumas vezes dentro das suas próprias Câmaras, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nos anos de 2017 e 2018, em que a Décima Primeira Câmara Cível entendeu ser possível a decretação da prisão civil do devedor de alimentos ressarcitórios e da Décima Câmara Cível que entendia não ser possível.

Diante desse cenário de verdadeira instabilidade, desequilíbrio e insegurança jurídica, coube ao STJ no ano de 2020, posicionar-se sobre o tema a fim de pacificar o entendimento, cuja Egrégia Corte, no julgamento do HC nº 523357/MG, sob relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, assim decidiu: *“os alimentos devidos em razão da prática de ato ilícito, conforme previsão contida nos artigos 948, 950 e 951 do Código Civil, possuem natureza indenizatória, razão pela qual não se aplica o rito excepcional da prisão civil como meio coercitivo para o adimplemento”*.

Portanto, o cerce do trabalho em comento será abordar sobre a impossibilidade da decretação ou manutenção da prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios, buscando demonstrar os entendimentos dissonantes existentes na doutrina e da jurisprudência até

1 RESP 93.948/SP, Terceira Turma, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 02/04/1998, DJ de 1º/06/1998. Nesse mesmo sentido: HC 182.228/SP, Quarta Turma, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 11.3.2011; RHC 28853/RS. Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 01.12.2011; HC 35.408/SC, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/10/2004, DJ 29/11/2004; HC 92.100/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJ 1/2/2008.

que chegar a tal conclusão, de modo que atualmente há maior segurança jurídica quanto ao tema.

2 | DO CONCEITO DE ALIMENTOS

Conforme aludido, os alimentos, tratam-se de uma garantia constitucional prevista no artigo 5º, sendo uma forma de garantir a sobrevivência do alimentando, vez que consagra a preservação da dignidade humana (art. 1, III, CF).

Segundo Pablo Stolze (2020):

“Quando, cotidianamente, utiliza-se a expressão “alimentos”, é extremamente comum se fazer uma correspondência com a noção de “alimentação”, no sentido dos nutrientes fornecidos pela comida. Todavia, a acepção jurídica do termo é muito mais ampla. De fato, **juridicamente, os alimentos significam o conjunto das prestações necessárias para a vida digna do indivíduo**”.²”
(Grifos nossos)

Portanto, os alimentos, de maneira geral, podem ser conceituados como tudo aquilo que é capaz de suprir as necessidades vitais, com dignidade, de alguém que não pode supri-los por si mesmo, englobando as despesas com o sustento, habitação, educação, vestuário, tratamentos médicos, entre outros – em prol da preservação da vida física, moral, psicológica e social do indivíduo.

3 | DA CLASSIFICAÇÃO DOS ALIMENTOS

A doutrina pátria classifica os alimentos segundo vários critérios, pode ser quanto à natureza; quanto à modalidade da prestação; quanto ao momento da prestação; quanto à origem ou quanto à causa jurídica ou fontes normativas e quanto à finalidade.

No presente estudo, focaremos na classificação dos alimentos quanto a origem, causa jurídica ou fontes normativas, que subdivide-se em três espécies, quais sejam: i) legítimos ou legais; ii) convencionais, voluntários ou negociais; ou iii) indenizatórios ou ressarcitórios.

Os alimentos legítimos, são aqueles devidos por força de lei, ante o parentesco natural (*ex jure sanguinis*) ou civil ou de vínculo familiar oriundo do casamento ou união estável (derivados do direito de família), encontrando-se estabelecido no art. 229, da Constituição Federal; art. 1.694 do Código Civil; art. 7, da Lei 9.278/1996 e na Lei 11.804/2008.

Para que haja a fixação desses alimentos, consoante inteligência do art. 1.694, § 1º c/c art. 1.695, *caput*, ambos do Código Civil, deve-se observar o binômio necessidade x possibilidade: a necessidade está diretamente ligada ao conjunto de gastos que o alimentando possui e a possibilidade está conectado ao quanto o alimentante pode pagar, vez que o valor a ser adimplido não deve desfaltar o necessário ao sustento do devedor.

2 STOLZE, Pablo; Pamplona Filho, Rodolfo. Manual de direito civil – volume único. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pág. 2.086.

Por sua vez, os alimentos convencionais, voluntários ou negociais, são aqueles estabelecidos por negócio jurídico *causa mortis* ou *inter vivos* (derivados da autonomia privada), quando a parte assume a obrigação de prestar alimentos, mesmo não tendo a obrigação legal de fazê-lo. Podem decorrer, portanto, de uma relação contratual ou de um ato jurídico *causa mortis*, como o legado (art. 1.920 do Código Civil) ou o testamento.

Os alimentos indenizatórios ou ressarcitórios, por seu turno, são aqueles decorrentes em razão da prática de ato ilícito (derivados do direito obrigacional), encontrado guarida nos arts. 948, inciso II e 950, *caput*, ambos do Código Civil.

Nesse caso, o agente causador do dano *ex delicto* deve garantir a subsistência dos dependentes da vítima falecida ou que tenha ficado incapacitada para o trabalho, a fim de recompor, tanto quanto possível, o *status quo* anterior ao prejuízo que causou – possuindo, portanto, natureza diversa dos alimentos legítimos, decorrentes das relações de família.

Nas sábias palavras de Rodrigo da Cunha Pereira (2021):

“Nos alimentos provenientes do ato ilícito não há discussão do binômio necessidade/possibilidade como acontece com as pensões decorrentes da relação de parentesco ou conjugalidade (casamento/união estável). Analisa-se apenas a necessidade, ou seja, qual era a renda de quem está impossibilitado de continuar a tê-la em razão do ato ilícito que impossibilitou o provedor continuar sustentando sua família³.” (Grifos nossos)

Nessa linha, segundo disserta o doutrinador Araken de Assis (2016):

“Ficou esclarecido, pela 2.^a Turma do STF, (2.^a T. do STF, RE 85.575-RJ, 16.09.1977, rel. Min. Xavier de Albuquerque, *RTJSTF*, v. 83, p. 513. Ademais, observa Newton Doreste Baptista, *Do processo executivo no sistema do Código de 1973*, p. 82, a alusão a “prestação de alimentos” não significa que o legislador tenha atribuído “caráter alimentar à indenização decorrente de ato ilícito”.) que a obrigação alimentar indenizativa, derivada de delito, “não se converte em obrigação de prestar alimentos, servindo a remissão a estes de simples ponto de referência para o cálculo da indenização e para determinação dos beneficiários”. Entenda-se bem: o célebre binômio necessidade e possibilidade não é o único elemento do cálculo da indenização. **Seja possível, ou não, o condenado por ato ilícito indenizar a vítima ou o lesado sob a forma de alimentos, subsiste a obrigação originada do fato contrário ao direito⁴.**” (Grifos nossos).

4 | DA COBRANÇA JUDICIAL DOS ALIMENTOS

No âmbito das relações familiares, no caso de já ter sido estabelecida a obrigação alimentar e mesmo assim o devedor não efetuar o pagamento devido, cumpre ao alimentando cobrar judicialmente os valores que lhe cabe a título de pensão alimentícia.

Nesse sentido, a cobrança dos alimentos junto ao Poder Judiciário, pode ser tanto fundada em título executivo extrajudicial, cujo procedimento é regulado nos arts. 911 a 913,

3 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*; prefácio Edson Fachin. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021, pág. 512.

4 ASSIS, Araken de. *Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor*. – 9º ed. – Revista dos Tribunais, 2016, pág. 85.

do CPC, quanto fundada em título executivo judicial, com procedimento regulado nos arts. 528 a 533, do CPC.

Seja na execução de alimentos fundada em título extrajudicial, seja no cumprimento de sentença que condena ao pagamento de pensão alimentícia, o credor dessas verbas poderá seguir com sua ação por três ritos processuais diferentes, quais sejam: i) convencional, ou seja, de expropriação (previsto no art. 523, § 1º e art. 831, do CPC); ii) especial (previsto no art. 528, § 3º e § 7º, e art. 911, do CPC e Súmula nº 309, do STJ); e iii) por desconto em folha de pagamento (previsto no art. 529 e art. 912, do CPC).

Sem adentrar profundamente a tais ritos processuais, cumpre destacar que a via convencional (popularmente conhecida como rito de penhora) será adequada para o pagamento de prestações alimentícias vencidas há mais de três meses antes do ajuizamento da execução, sendo-lhe aplicado as hipóteses de penhora, avaliação e expropriação de bens para a satisfação do crédito, sem, todavia, admitir a possibilidade de coerção pessoal do executado.

A impossibilidade de decretação da prisão civil na via convencional, segundo entende a doutrina, se dá pelo fato de que a dívida alimentar acumulada por longo tempo perde o caráter de indispensabilidade, apto a garantir a sobrevivência do credor, de maneira que, com esse transcurso do tempo o as prestações alimentícias assumem caráter indenizatório⁵.

No que tange ao rito especial (popularmente conhecido como rito de prisão), será admissível quando o débito alimentar compreender as três prestações vencidas anteriormente ao ajuizamento da execução e as que forem vencendo no curso da ação executiva (art. 528, § 7º, do CPC), cujo devedor, caso não cumpra com a sua obrigação de pagar ou não provar que já quitou a dívida ou não apresentar justificativa de sua impossibilidade absoluta⁶ de adimplemento, nos termos do arts. 528, § 1º, 3º e 911, do CPC, terá sua prisão civil decretada e também seu nome protestado.

Por último, no caso do rito de desconto em folha de pagamento, conforme determinação dos arts. 529 e 912, do CPC, será possível quando o devedor for empregado sujeito à legislação do trabalho, militar, funcionário público, diretor ou gerente de empresa.

5 | DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

A prisão civil, em verdade, nada mais é que um meio coercitivo para obrigar o executado a cumprir com sua obrigação alimentar, porém, não substitui os débitos caso seja decretada.

Isso significa que a prisão civil serve para pressionar psicologicamente o devedor,

5 Nesse sentido: RIBEIRO, Marcelo. Processo Civil – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, pg. 551.

6 Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento, nos termos do § 2º do art. 528, do CPC.

sem que com isso sirva como alternativa ao pagamento dos valores devidos. Desta forma, somente o fato de o indivíduo estar preso não o desobriga a quitar com o débito das prestações vencidas e vincendas, tanto é assim que tal entendimento encontra-se insculpido no art. 528, § 5º, do CPC.

A prisão civil, ao contrário da prisão criminal, deverá ser cumprida de imediato em regime fechado, salvo situações excepcionais – como a que ocorreu com a pandemia do COVID-19 (coronavírus), tendo sido promulgada a Lei nº 14.010/2020, que em seu artigo 15 permitia que o devedor cumprisse a prisão em regime domiciliar⁷.

Apenas a critério de conhecimento, destaca-se que após expirado o prazo previsto na Lei nº 14.010/2020, qual seja, 30/10/2020, o Superior Tribunal de Justiça, em 23/03/2021, no julgamento do HC nº 645.640/SC, de Relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, da Terceira Turma, impediu, ao menos por ora (*ou seja, enquanto durar a pandemia do COVID-19*), a prisão civil do devedor de alimentos sob o regime fechado, facultando ao credor, todavia, escolher, no juízo da execução de alimentos, se pretende que a prisão civil seja cumprida no regime domiciliar ou se pretende adiar o seu cumprimento e tudo isso sem prejuízo da adoção de outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para compelir o executado a quitar o débito, nos termos do art. 139, IV, do CPC⁸.

Ademais, o devedor não pode permanecer preso civilmente “*ad aeternum*” – até porque é vedado no ordenamento jurídico brasileiro a adoção de penas de caráter perpétuo (art. 5, XLVII, CF). Por esta razão a prisão civil possui prazo de 1 (um) a 3 (três) meses (art. 528, § 3º, CPC), devendo, ainda, o preso ficar separado dos presos comuns, conforme determina o § 4º do art. 528, do CPC.

O alimentante, ora devedor, conseguirá “se livrar” da cadeia de duas formas: i) através do pagamento integral das parcelas vencidas há três meses antes do ajuizamento da execução e as que já se venceram até a data do efetivo pagamento; ou ii) caso o devedor prove que encontra-se absolutamente impossibilitado de realizar o pagamento do débito (§ 2º, art. 528, do CPC).

Por fim, ainda que o devedor se livre da prisão, no caso de não quitação completa do débito – *englobando-se os ritos de penhora e de prisão* –, a dívida não desaparece e a execução deve prosseguir pelo rito de expropriação.

6 | DA IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS DE CARÁTER INDENIZATÓRIO

A questão da possibilidade de decretação (ou não) da prisão civil do devedor de alimentos *ex delicto* inadimplente, em verdade, sempre desuniu a comunidade jurídica,

7 Lei nº 14.010/2020, art. 15. Até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia, prevista no art. 528, § 3º e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), deverá ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.

8 STJ - HC: 645640 SC 2021/0044680-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/03/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/03/2021.

tendo em vista que uma parcela defendia a sua aplicação e outra parcela era contrária à tal medida por entender inexistir expressa autorização legal.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, desde o ano de 1998 a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de não admitir a prisão civil nessas hipóteses de dano *ex delicto*, determinando que a constrição pessoal do devedor deveria ser restrita ao direito de família.

Nesse sentido, observe-se:

ALIMENTOS. PRISÃO. A possibilidade de determinar-se a prisão, para forçar ao cumprimento de obrigação alimentar, restringe-se à fundada no direito de família. **Não abrange a pensão devida em razão de ato ilícito**⁹. (Grifos nossos)

Ocorre que com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a discussão acerca da possibilidade da prisão civil para esses casos foi recendida, pois muitos estudiosos afirmavam ser possível a aplicação do rito especial (de prisão), previsto no art. 528 do CPC, aos casos de cumprimento de sentença dos alimentos *ex delicto*, razão pela qual entendiam ser cabível de pleno direito tal medida coercitiva de caráter excepcional.

Isso porque o art. 533 do CPC/2015 (antigo art. 475-Q, do CPC/1973), que determina como será a execução dos alimentos indenizatórios, fora localizado topograficamente no Capítulo IV do Título II do Códex processualista, ora voltado ao “cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos” (arts. 528 a 533 do CPC/2015).

Por tal motivo, diversos doutrinadores, à exemplo de Cássio Scarpinella Bueno, argumentava ser admissível a prisão civil em relação a alimentos indenizatórios, sob o seguinte fundamento:

“(...) sendo indiferente, portanto, qual seja a origem dos alimentos; se das relações do direito das famílias, da prática de atos ilícitos ou, ainda, relativos a verbas de subsistência do credor como ocorre, por exemplo, com ganhos relativos à sua subsistência e de sua família, aí incluídos, até mesmo, os honorários recebidos pelos profissionais liberais, dentre eles os advogados (art. 85, § 14)¹⁰.”

Em contrapartida, o eminente doutrinador Flávio Tartuce (2021), leciona não ser possível a prisão civil, eis somente prevista para os alimentos regidos pelo direito de família, *in verbis*:

“O tema dos alimentos indenizatórios merece aprofundamentos de estudo, pois dos mais relevantes na realidade jurisprudencial brasileira. Esclareça-se que tais alimentos não se confundem com o de Direito de Família, motivo pelo qual a jurisprudência tem entendido, com razão, que não cabe prisão pela falta do seu pagamento (nesse sentido, ver, entre os acórdãos

⁹ RESP 93.948/SP, Terceira Turma, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 02/04/1998, DJ de 1º/06/1998.
¹⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil, 2ª ed, Saraiva, 2016, pág. 506.

anteriores: STJ, HC 182.228/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 01.03.2011, DJe 11.03.2011; e REsp 93.948/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 02.04.1998, DJ 01.06.1998, p. 79). **Essa também é a minha posição doutrinária, sendo certo que, pelo menos expressamente, o vigente Código de Processo Civil nada trouxe em sentido contrário.** Os critérios processuais para a fixação dos alimentos indenizatórios constam do art. 533 do CPC/2015, equivalente ao art. 475-Q do CPC/1973, sem qualquer menção à prisão civil. **Constata-se que a prisão civil somente está prevista textualmente para os alimentos familiares, conforme o art. 528 do CPC/2015¹¹.** (Grifos nossos)

Nessa mesma linha de raciocínio, na data de 10/09/2019, o Ministro do STJ, Luis Felipe Salomão, no julgamento do HC nº 531034/BA¹², entendeu que *“ainda que a sistemática do código de 2015 tenha admitido a imposição de medidas coercitivas atípicas, não se pode perder de vista que a base estrutural do ordenamento jurídico é a Constituição Federal, que resguarda, de maneira absoluta, o direito de ir e vir, em seu art. 5º, XV.”*

Ressalta-se que tal divergência não ocorreu somente na doutrina, os tribunais pátrios também se posicionaram de maneira diversa, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) nos anos de 2017 e 2018 adotou tanto o posicionamento de que havia a possibilidade da decretação da prisão, quanto que não havia.

Assim entendia a Décima Primeira Câmara Cível do TJRS:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. ATO ILÍCITO. **Possibilidade, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, de determinar a prisão civil do executado por débitos alimentares decorrentes de ato ilícito. Precedente desta Câmara Cível.** Inteligência do artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal e dos artigos 139, IV e 528 do CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. UNÂNIME.¹³

Por outro lado, assim entendia a Décima Câmara Cível do TJRS:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ALIMENTOS DECORRENTES DE ATO ILÍCITO. PRISÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. Cediço que a prisão civil por inadimplemento de verba alimentar somente é admitida nas relações jurídicas decorrentes do direito de família. **Hipótese em que o cumprimento de sentença é decorrente de dívida alimentar de caráter indenizatório, oriunda de ato ilícito, motivo pelo qual não pode seguir o rito da coerção pessoal.** AGRAVO DE

11 TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. – 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021, pág. 843.

12 STJ - HC: 531034 BA 2019/0262349-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 10/09/2019.

13 TJRS, AI Nº 70076942838, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Julgado em 27/06/2018. Nesse mesmo sentido: TJRS, AI Nº 70071134027, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em: 26-04-2017; TJRS, HC: 70075539338 RS, Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Data de Julgamento: 28/03/2018, Décima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: DJE 03/04/2018; TJRS, AI: 70075904532 RS, Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, Data de Julgamento: 07/03/2018, Décima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/03/2018; e TJ-RS - HC: 70074884990 RS, Relator: Alexandre Kreutz, Data de Julgamento: 02/05/2018, Décima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/05/2018.

Diante desse cenário de verdadeira instabilidade, desequilíbrio e insegurança jurídica, pois se o processo fosse distribuído para a Câmara “x” o entendimento seria “x”, mas se fosse distribuído para a Câmara “y” o entendimento seria “y”, coube ao STJ, no ano de 2020, posicionar-se sobre o tema, o qual, no julgamento do HC nº 523357/MG, sob a relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, ratificou o entendimento anterior da Corte pelos seguintes fundamentos:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ADMISSIBILIDADE EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. ALIMENTOS DECORRENTES DE ATO ILÍCITO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. PRISÃO CIVIL. NÃO CABIMENTO. RITO EXECUTIVO PRÓPRIO. ART. 533 DO CPC/15. ORDEM CONCEDIDA. 1. A impetração de habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário somente é admitida excepcionalmente quando verificada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, hipótese dos autos. 2. **Os alimentos devidos em razão da prática de ato ilícito, conforme previsão contida nos artigos 948, 950 e 951 do Código Civil, possuem natureza indenizatória, razão pela qual não se aplica o rito excepcional da prisão civil como meio coercitivo para o adimplemento.** 3. Ordem concedida¹⁵.

Desta forma, reafirmando o posicionamento já adotado anteriormente, o STJ pacificou de uma vez o tema, de modo que determinou não ser possível elastecer o rito de prisão civil para abarcar o devedor inadimplente de alimentos indenizatórios, pois, segundo a Egrégia Corte, a simples alteração da localização topográfica do art. 533 do CPC/2015 (antigo art. 475-Q, do CPC/1973), de per si, não fora causa suficiente para autorizar tal medida extrema para além das hipóteses do direito de família.

Em verdade, entendemos que em se tratando do direito de liberdade (previsto no art. 5, *caput* e inciso XV da Carta Magna), normas que obstam o direito de ir e vir do indivíduo devem ser interpretadas restritivamente – pois tolhem essa garantia constitucional.

Assim, a aplicação dessa medida coercitiva deve ser limitada tão somente para os casos de expressa autorização legal: inadimplemento voluntário e injustificado de alimentos legítimos, na forma do § 3º do art. 528 do CPC/2015, não podendo ser feita integração analógica, pois trata-se de norma de exceção.

Embora o propósito dos alimentos seja atender às necessidades de quem não pode atendê-las, não devemos esquecer que os alimentos indenizatórios encontram-se regidos pelo direito das obrigações, buscando recompor, tanto quanto possível, o *status quo* anterior ao prejuízo que causou, nos termos do inciso II do art. 944, do CC/2002, situação esta que diverge dos alimentos legítimos, regidos pelo direito de família.

14 TJ-RS, AI: 70076663269 RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Data de Julgamento: 26/04/2018, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/05/2018.

15 STJ - HC: 523357 MG 2019/0217137-0, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 01/09/2020, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/10/2020. Nesse mesmo sentido: RHC 101.008/RS, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, julgado em 17/11/2020, DJe 27/11/2020.

Portanto, foi sedimentado pelo STJ o entendimento de que não inexistiu alteração no tocante ao quadro normativo da prisão civil por ato ilícito com a entrada em vigor do CPC/2015, de maneira que, em prestígio ao princípio segurança jurídica, foi mantida a interpretação restritiva, de vedação da prisão civil por alimentos *ex delicto*, adotada desde o ano de 1998.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seja em razão de vínculo familiar, comercial ou decorrente da prática de ato ilícito, os alimentos visam prover as necessidades básicas do alimentando que se encontra em situação desfavorável, pois incapaz de prover o seu próprio sustento por suas forças, motivo pelo qual a legislação colocou à disposição dos credores dessas verbas formas mais efetivas para satisfação do débito, distintas da generalidade das demais dívidas, à exemplo da decretação da prisão civil.

No presente estudo fora demonstrado que a prisão civil do devedor de alimentos trata-se de um rito especial constante no Capítulo IV, Título II, art. 528, § 3º do CPC/2015, aplicável, entretanto, apenas nos casos de relações familiares, assim sendo, não abrange os alimentos indenizatórios, que devem seguir pelo rito do art. 533 do CPC/2015.

Apesar de parte da doutrina ter se posicionado no sentido da admissibilidade da constrição pessoal do devedor de alimentos *ex delicto*, restou comprovado que a alteração topográfica promovida pelo CPC/2015 teve finalidade de simples sistematização, não podendo, assim, ser interpretada de maneira extensiva, eis que a ampliação das hipóteses de admissibilidade da prisão civil para alcançar também os alimentos ressarcitórios, de certo maneira, enfraqueceria o princípio da dignidade humana, pois a coação civil é um meio severo, que restringe o direito de liberdade do indivíduo.

Demonstrou-se, ainda, no presente estudo, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou-se, em razão da segurança jurídica, no sentido de que não cabe prisão civil em caso de inadimplência de alimentos decorrente da prática de atos ilícitos, já que tal modalidade de coerção pessoal é exclusiva dos alimentos legítimos (decorrentes de vínculos familiares).

Portanto, somente nos casos de alimentos legítimos podemos falar em prisão civil do devedor, eis que como bem leciona Flávio Tartuce *“não cabe ao julgador fazer interpretações extensivas para cercear a liberdade da pessoa humana, ainda mais em uma realidade em que defende um Direito Civil Constitucionalizado e Humanizado”*¹⁶.

16 TARTUCE, Flávio. Prisão civil em alimentos indenizatórios: posição contrária. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/347269492/jornal-carta-forense-materia-de-capa-de-junho-de-2016-debate-com-fernanda-tartuce-alimentos-indenizatorios-e-prisao-civil?ref=topic_feed>. Acesso em: 04/06/2022.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor**. – 9ª ed. – Revista dos Tribunais, 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 4ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. – 2ª ed, Saraiva, 2016.

Bueno, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil**. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04/06/2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 04/06/2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 04/06/2022.

BRASIL. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020. Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)**. Diário Oficial da União, Senado Federal, 8 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em 04/06/2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. – 9ª. ed. rev., atual e ampl. de acordo com a Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens): Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil. – Esquemático®** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**; prefácio Edson Fachin. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RIBEIRO, Marcelo. **Processo Civil** – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

STOLZE, Pablo; Pamplona Filho, Rodolfo. **Manual de direito civil – volume único**. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. – 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Prisão civil em alimentos indenizatórios: posição contrária**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/347269492/jornal-carta-forense-materia-de-capa-de-junho-de-2016-debate-com-fernanda-tartuce-alimentos-indenizatorios-e-prisao-civil?ref=topic_feed>. Acesso em: 04/06/2022.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE MULTIPROPRIEDADE

Data de aceite: 04/07/2022

Data de submissão: 10/05/2022

Chiara Roseira Leonardi

Centro Universitário Campo Real
Guarapuava – Paraná
<http://lattes.cnpq.br/9160010182004202>

Janaina Bueno Santos

Centro Universitário Campo Real
Guarapuava – Paraná
<http://lattes.cnpq.br/5658034077206856>

RESUMO: Este trabalho aborda o tema de condomínio em multipropriedade, explorando as características singulares referentes ao assunto. Na tentativa de analisar seus detalhes e especificidades, foram observados vários tópicos relacionados à temática, como o de conceituação, constituição, partes envolvidas, deveres e direitos, administração, alienação, preempção e extinção da multipropriedade. A abrangência do conteúdo limita-se ao âmbito do direito civil, mais especificamente dos direitos das coisas, sem apresentar pareceres de outros ramos do Direito. O estudo é sustentado pela metodologia de pesquisa bibliográfica fundamentada na referência a autores como Flávio Tartuce, Gustavo Tepedino, entre outros que estão indicados no texto, e na apreciação do Título II do Código Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Reais. Multipropriedade. Condomínio.

CONSIDERATIONS ABOUT TIME SHARING RIGHT

ABSTRACT: This work addresses the issue of time sharing condominium, exploring the unique characteristics of the subject. In an attempt to analyze its details and specificities, several topics related to the theme were observed, such as conceptualization, constitution, parties involved, duties and rights, administration, alienation, preemption and extinction of time sharing. The scope of the content is limited to the scope of civil law, more specifically of the rights of things, without presenting opinions from other branches of law. The study is supported by the methodology of bibliographic research based on the reference to authors such as Flávio Tartuce, Gustavo Tepedino, among others that are indicated in the text, and on the appreciation of Title II of the Civil Code.

KEYWORDS: Real Rights. Time sharing. Condominium.

1 | INTRODUÇÃO

O código civil brasileiro dispõe sobre os direitos das coisas, dentre as instituições abordadas, constata no artigo 1.225 o rol dos direitos reais, dentre os quais, o direito de propriedade está inserido, sendo o mais extenso pois conta com variações e complementos também definidos e regulamentado na referida legislação. Dentro do direito de propriedade, existe a possibilidade da instituição e constituição do condomínio, desde que existente, duas ou

mais pessoas com o domínio de um mesmo bem ao mesmo tempo. Quando da análise das normas referentes à propriedade e condomínio, vislumbra-se a existência do condomínio em multipropriedade, dentre outros, e o presente trabalho tem como finalidade o estudo dos requisitos para instituição e constituição dessa espécie de condomínio, bem como, seus efeitos para os condôminos em multipropriedade.

2 | PROPRIEDADE E CONDOMÍNIO

A legislação civil não expressa conceituação para o direito real de propriedade, mas apresenta as atribuições integrantes deste direito, quais sejam, os poderes que o titular desse direito tem de usar, gozar, dispor e reaver a coisa (CC, Art. 1.228). Mesmo sendo este o mais fecundo entre os demais direitos reais, ele ainda é aproveitado de forma limitada em decorrência das limitadoras do direito de propriedade, tais como, função social da propriedade prevista na Constituição de 1988 (CF, Art. 5º, XXIII), direito de vizinhança, previsto no código civil (CC, Art. 1.277 ao 1.313), leis ambientais, dentre outras limitadoras.

Quando se fala em direito de propriedade, o objeto de estudo é denominado como “coisa” justamente pela sintetização do seu sentido, abordando apenas os bens passíveis de apropriação pelo homem. Para que essa apropriação ocorra, necessário verificar a existência do “domínio” sobre o bem, que pode ser considerado pela disposição dos poderes integrantes, porém, o direito de propriedade da coisa não se reduz a apenas isso. Para que ela se consuma, o essencial é sua aquisição – através da tradição, para bens móveis (CC, Art. 82), e do registro, para bens imóveis (CC, Art. 79). “A expressão ‘direito de propriedade’ deve ser restrita a quem detenha titulação formal reconhecida pelo direito para aquisição da coisa” (LÔBO, 2021, p. 43).

O titular do direito de propriedade nem sempre aproveita em sua plenitude, pois ele só é categorizado como íntegro quando o titular tem todos os poderes inerentes ao mesmo tempo. Além do mais, o exercício desse direito transcorre, de modo geral, desfrutado por um só titular.

Há ressalvas para essa conjectura em circunstâncias nas quais, conjuntamente, mais de uma pessoa é tipificada como proprietária do bem, caracterizando o condomínio ou copropriedade. Dentro do contexto condominial, que pode ser pro diviso ou pro indiviso, de um bem móvel ou imóvel, as atividades são oriundas do compartilhamento síncrono da propriedade entre seus condôminos.

Na primeira modalidade, o condomínio existe de direito, mas não de fato. Cada condômino se localiza numa parte certa e determinada do bem. Situa-se ele numa porção específica da coisa, que a ocupa e exerce seu poder de uso, gozo e disposição exclusiva. Na segunda, a comunhão se realiza de fato e de direito, mas indivisamente, ou sem uma localização delimitada no bem (RIZZARDO, 2021, p. 619).

Como já foi percorrido anteriormente e na menção acima, no funcionamento da

copropriedade é caracterizante o domínio de todos os proprietários ao mesmo tempo de um mesmo objeto.

Dentre os condomínios regulamentados pela legislação civil brasileira, constata o condomínio em multipropriedade, objeto do presente artigo.

3 | CONDOMÍNIO EM MULTIPROPRIEDADE

Em 2018, com a Lei nº 13.777, a multipropriedade foi agregada como regime de condomínio com regulamentação nos artigos 1.358-B a 1.358-U, com a seguinte definição:

Multipropriedade é o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada (CC, Art. 1.358-C) (BRASIL, 2002, online).

O código civil nesse capítulo, tratando exclusivamente da parte imobiliária (tanto urbana quanto rural) e definindo os bens em questão como indivisíveis (CC, Art. 1.358-D, I), determina que, uma vez acordado por seus integrantes e consignado na convenção, o período de cada um no emprego de seus direitos será, também, indivisível (CC, Art. 1.358-E). “A legislação brasileira prevê seja constituída a multipropriedade somente sobre imóveis. Cada multiproprietário adquire, assim, a sua casa de campo ou de praia em determinado período do ano” (TEPEDINO, 2021, p. 284).

Usado como referência por inúmeros autores deste ramo, Tepedino afirmou a respeito do objeto da multipropriedade, sendo delimitado pela legislação brasileira ao bem imóvel, exemplificado pela casa de praia. Outro exemplo dessa espécie são os escritórios de profissões liberais, em que se divide o turno de ocupação, como em consultórios médicos e odontológicos (RIZZARDO, 2021).

Tartuce também comenta no que tange a esse contexto:

Observe-se, de imediato, que a multipropriedade tratada atualmente no Código Civil apenas diz respeito a imóveis, não alcançando bens móveis como veículos automotores, aeronaves e embarcações em geral. O objetivo da lei foi de supostamente atrair investimentos para o setor de turismo no Brasil quanto a tais empreendimentos. Porém, parece-me que o legislador pecou por falta de técnica e a regulamentação legislativa traz muitas dúvidas e poucas soluções (TARTUCE, 2021, p. 480).

Os dois juristas expõem conclusões semelhantes quanto à implantação do instituto no código indicando a indagação acerca do regulamento inerente à multipropriedade no âmbito mobiliário. Melhor dizendo, eles problematizam a precariedade do assunto legislado no Brasil, que restringiu seu desígnio meramente para os imóveis.

Embora apontadas todas as menções definindo o objeto da multipropriedade como imóvel, ainda vale ressaltar sobre seus acessórios (CC, 1.358-D, II):

O condomínio em multipropriedade, em razão de sua finalidade, incide não

apenas sobre a unidade imobiliária, mas também sobre todas as instalações, mobiliário, equipamentos e pertenças nela existentes e destinadas ao uso e gozo dos titulares (LÔBO, 2021, p. 122).

Isso significa que todos os itens pertencentes ao imóvel integram a multipropriedade, ou seja, o bem que está em condomínio não incorpora somente o imóvel, mas agrega, juntamente com os demais itens, a propriedade como um todo, tendo como fundamento o princípio da acessoriedade.

3.1 Instituição e fração de tempo

A constituição do condomínio em multipropriedade deve preceder do registro do ato de instituição na matrícula do respectivo imóvel e para caracterização da multipropriedade é indispensável a identificação da fração de tempo utilizada por cada proprietário (CC, Art. 1.358-F). Sobre a parcela de tempo, há o requisito mínimo de sete dias, podendo suceder de forma seguida ou intercalada (CC, Art. 1.358-E, § 1º). Além do mais, os condôminos não são impostos a partilhar de divisões iguais (CC, Art. 1.358-E, § 2º).

A indicação, quanto ao tempo de direito de cada condômino, poderá ser fixa, fluante ou mista. No caso de indicação fixa e determinada, a fração de tempo é atribuída a cada condômino em períodos do ano deliberados já na convenção do condomínio. Já quando a indicação é fluante, a determinação do período será realizada de forma periódica, respeitando o princípio da isonomia. E a mescla dos dois sistemas é qualificado como indicação mista (CC, Art. 1.358-D, § 1º, I, ao III).

A legislação civil dispõe sobre a obrigatoriedade de constar na convenção a identificação do tempo de cada condômino:

I - os poderes e deveres dos multiproprietários, especialmente em matéria de instalações, equipamentos e mobiliário do imóvel, de manutenção ordinária e extraordinária, de conservação e limpeza e de pagamento da contribuição condominial; II - o número máximo de pessoas que podem ocupar simultaneamente o imóvel no período correspondente a cada fração de tempo; III - as regras de acesso do administrador condominial ao imóvel para cumprimento do dever de manutenção, conservação e limpeza; IV - a criação de fundo de reserva para reposição e manutenção dos equipamentos, instalações e mobiliário; V - o regime aplicável em caso de perda ou destruição parcial ou total do imóvel, inclusive para efeitos de participação no risco ou no valor do seguro, da indenização ou da parte restante; VI - as multas aplicáveis ao multiproprietário nas hipóteses de descumprimento de deveres (CC, Art. 1.358-G) (BRASIL, 2002, online).

Isto posto, há que se ressaltar também que, por mais que a convenção da multipropriedade tenha definido o que os incisos do § 1º do artigo 1.358-G exigem, ainda há possibilidade de acréscimo de cláusulas que norteiem de forma mais específica as funções e assuntos referentes ao condomínio.

3.2 Direitos e obrigações dos multiproprietários

O condômino em multipropriedade, em adição dos direitos consignados no ato de instituição e na convenção do condomínio, é titular dos direitos de valer-se dos poderes inerentes ao domínio de usar, gozar, dispor e reaver, além de poder participar e votar nas assembleias gerais dos condomínios em multipropriedade e edifício. O voto poderá ser através de representante ou procurador quando há a impossibilidade da presença do condômino. Todos os direitos citados devem ser assegurados a ele, desde que esteja quite com as obrigações condominiais (CC, Art. 1.358-I, I ao IV). Especificamente sobre seus poderes de fruição e alienação, são limitados apenas em sua fração de tempo e desvinculados do direito de preferência aos demais condôminos, salvo se disposto o contrário em sua convenção ou ato de instituição (CC, Art. 1.358-L, caput e § 1º).

Nas obrigações, com exceção das já previstas na convenção e no instrumento de instituição, situam-se os deveres de pagar a contribuição condominial da multipropriedade e do condomínio edifício (se este for o caso) proporcionalmente ao seu tempo estabelecido; de responder em circunstâncias de danos ocasionados ao imóvel ou seus acessórios por si ou quaisquer pessoas por ele autorizadas; de informar ao administrador quanto aos defeitos, avarias, e vícios do imóvel imediatamente à ciência em sua utilização; de não modificar, alterar ou substituir o mobiliário, os bens acessórios do imóvel; de conservar e preservar o imóvel com sua finalidade estabelecida; de não alterar a finalidade em sua utilização; de usar apenas durante seu período convencionado; e de desocupá-lo ao cessar seu tempo (CC, Art. 1.358-J, I ao IX).

No caso do descumprimento dos deveres citados, o § 1º do referido artigo apresenta dois tipos de multas aplicáveis: I - multa, no caso de descumprimento de qualquer de seus deveres; II - multa progressiva e perda temporária do direito de utilização do imóvel no período correspondente à sua fração de tempo, no caso de descumprimento reiterado de deveres. A respeito do valor dessas sanções, não designado pelo Código, deverá ser estipulado na convenção da multipropriedade.

Quanto às despesas de reparação do imóvel e de seus complementos: são de responsabilidade de todos os multiproprietários, se a deterioração for natural; e exclusivas do multiproprietário titular, quando decorrentes de seu uso anormal (CC, Art. 1.358-J).

3.3 Administração

Assim como no condomínio voluntário, o cargo de administrar a multipropriedade recebe a denominação de “administrador”. A pessoa que apoderar-se-á dessa função será indicada no ato de instituição ou na convenção, ou por meio de eleição na assembleia geral dos condôminos (CC, Art. 1.358-M).

O ocupante do cargo irá realizar o que a ele foi incumbido no ato de instituição e na convenção, e no que consta nos incisos do § 1º do Art. 1.358-M do Código Civil:

I – coordenação da utilização do imóvel pelos multiproprietários durante

o período correspondente a suas respectivas frações de tempo; II – determinação, no caso dos sistemas flutuante ou misto, dos períodos concretos de uso e gozo exclusivos de cada multiproprietário em cada ano; III – manutenção, conservação e limpeza do imóvel; IV – troca ou substituição de instalações, equipamentos ou mobiliário; V – elaboração do orçamento anual, com previsão das receitas e despesas; VI – cobrança das quotas de custeio de responsabilidade dos multiproprietários; VII – pagamento, por conta do condomínio edilício ou voluntário, com os fundos comuns arrecadados, de todas as despesas comuns (BRASIL, 2002, online).

Ao contrário dos titulares multiproprietários, o administrador do condomínio tem competência para alterar os bens mobiliários, como dispõe o inciso IV apresentado acima – a menos que seja acordado e consignado na convenção uma determinação contrária (CC, Art. 1.358-M, § 2º).

Dentro da divisão do tempo no instrumento de instituição, uma das frações poderá ser designada para as reparações e obras, tanto do imóvel quanto de seu mobiliário (CC, Art. 1.358-N).

3.4 Direito de preferência e alienação

Desde que previsto no instrumento de instituição do condomínio, é possível destinar fração de tempo à realização de reparos no imóvel e seus bens acessórios, quando necessários ao exercício normal do direito de multipropriedade. Além dessa possibilidade de destinação da fração de tempo, há também a de transferir o direito de multipropriedade. Em outras palavras, cada condômino tem a chance de alienar sua quota, sem a necessidade da anuência ou cientificação dos demais (CC, Art. 1.358-L).

A transferência do direito de multipropriedade pode ocorrer independente de anuência ou cientificação dos demais proprietários (art. 1.358-L). Não há direito de preferência na alienação aos demais condôminos ou ao instituidor, salvo se expresso no instrumento de instituição ou na convenção (§ 1º). É de se discutir se pode ser atribuído ao administrador receber taxa de transferência da unidade temporal. Esse valor não pode ser tal que obste o direito de propriedade. Cabe ao adquirente exigir declaração de inexistência de débitos referente à fração, sob pena de ficar solidariamente responsável (§ 2º) (VENOSA, 2022, p. 362).

Como já indicado, cada titular, no momento de proveito de seus direitos sob o imóvel, poderá aliená-lo sem anuência dos demais e sem a necessidade de ofertar a eles prioritariamente. A preempção, nesse caso, só se faz necessária se constar no instrumento de instituição ou na convenção do condomínio, e, neste caso, será incluída como obrigação (CC, 1.358-L, caput e § 1º).

No § 2º, o artigo afirma sobre a responsabilidade solidária do adquirente com o alienante da fração de tempo, em caso de não obtenção de declaração de inexistência de débitos referente à fração de tempo no momento de sua aquisição. Seu entendimento pode ser equívoco, já que os §§ do 3º ao 5º do Art. 1.358-J foram vetados.

No que toca às obrigações tributárias, os §§ 3º, 4º e 5º do art. 1.358-J previam, respectivamente, que cada multiproprietário responderia pelo pagamento de tributos na proporção de sua fração de tempo; que as cobranças dessas obrigações seriam individualizadas, mediante documentos específicos, para cada multiproprietário; e que não haveria solidariedade entre os multiproprietários. Entretanto, esses três parágrafos foram objeto de veto presidencial sob o argumento de que substituiriam a regra sobre solidariedade tributária prevista no art. 124 do CTN (PEREIRA, 2022, p. 185)

Acerca da obrigação solidária referida no Código Tributário Nacional, são apontadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e as expressamente designadas por lei (CTN, Art. 124, I e II).

3.5 Extinção e renúncia do direito

A extinção do condomínio em multipropriedade, como certifica o inciso I do art. 1.358-D, é semelhante ao condomínio edilício – uma vez instituído, não poderá ser possibilitada sua extinção – a menos que seja por ato voluntário com a concordância de todos os partícipes e seu registro na matrícula do imóvel. Inclusive, ainda que apenas um multiproprietário esteja com todas as frações de tempo, a multipropriedade continuará existindo e dependendo do ato de vontade e do registro de sua extinção para serem cessadas as divisões de tempo (CC, Art. 1.358-C, parágrafo único).

A renúncia do direito à fração do tempo, por sua vez, tem uma única viabilidade de ocorrer: de forma translativa a seu direito de multipropriedade em favor do condomínio edilício (CC, Art. 1.358-T). Em outras palavras, a divisão de tempo pertencente ao multiproprietário em questão só poderá ser abdicada em forma de doação e aos outros condôminos. Para Tartuce há inconstitucionalidade:

Mais uma vez, o objetivo do legislador foi de propiciar uma melhor efetivação econômica da multipropriedade, retirando a possibilidade de intervenção do Estado, caso a multipropriedade fique sem dono. Porém, esbarrou-se no texto constitucional (TARTUCE, 2021, p. 496).

O parágrafo único deste mesmo artigo apresenta uma condição: a adimplência do multiproprietário com as contribuições condominiais, tributos imobiliários e com o foro ou a taxa de ocupação (se houver). “Nota-se, mais uma vez, uma restrição indevida e incabível ao direito de propriedade, pelo simples fato de estar o multiproprietário inadimplente” (TARTUCE, 2021, p. 497).

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto a respeito da multipropriedade, o constatado sobre esse tema relativamente novo em sua implantação nos direitos reais menores foi, principalmente, sobre a meticulosidade indispensável ao abordá-lo com suas naturezas e estruturas exploradas no estudo.

O assunto levantado, multipropriedade, designado como espécie de condomínio, é uma ressalva à lógica condominial da divisão estrutural. A divisão, neste caso, é em tempo, fracionando com o mínimo de sete dias (seguidos ou intercalados), a propriedade de cada condômino. Para que esse tipo de condomínio seja constituído, a fração de tempo de cada condômino deve ser registrada no ato de instituição na matrícula do imóvel em multipropriedade, com suas especificações identificadas e seus regulamentos respeitados.

Além disso, os poderes inerentes ao domínio estão disponíveis ao multiproprietário apenas em sua fração de tempo. Ou seja, o período em que ele poderá usar, gozar, dispor e reaver da propriedade é válido somente se estiver em seu tempo estipulado. No tocante à administração, o portador da função, chamado de “administrador”, terá sua indicação realizada no ato de instituição ou na convenção da multipropriedade, ou, também, através de eleição na assembleia geral dos condôminos, e suas atribuições estão presentes no ato instituição e na convenção, e no que consta no Art. 1.358-M do CC.

A preempção não se faz presente nesse tipo de condomínio, já que os proprietários, durante suas frações de tempo, poderão alienar o imóvel sem a anuência dos demais e sem a necessidade de ofertar primeiro a eles – a menos que essa obrigação estiver indicada no instrumento de instituição ou convenção da propriedade.

Acerca da extinção da multipropriedade, só poderá ocorrer por ato voluntário com a concordância plena dos condôminos e com o registro na matrícula do imóvel. Se apenas um dos proprietários estiver com todas as frações de tempo, o imóvel permanecerá como multipropriedade. E em relação à renúncia da fração de tempo de uma parte, só será possível através de doação para os outros multiproprietários.

É evidente o objetivo da lei brasileira como forma de facilitação do acesso para a propriedade e suas qualidades, visto que a previsão no Código Civil para o direito de multipropriedade aborda desde as disposições gerais, contendo sua definição, forma de exercício do condomínio e distribuição do tempo, até o direito de preferência e a alienação do imóvel, extinção e renúncia do direito. Todos os itens amparados pelo Código referentes ao tema apresentado corroboram com o suporte do direito no progresso da liberdade, graças às possibilidades e alternativas envolvendo os Direitos Reais.

Vale ressaltar que este estudo não tem a pretensão de esgotar o assunto sobre a multipropriedade, mas é colocado como uma percepção específica sobre o recorte temático que se propôs, a fim de suscitar novos discernimentos.

REFERÊNCIAS

_____, **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 de abril de 2022.

_____, **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 04 de maio de 2022.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de abril de 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil V 4 - Coisas**. São José dos Campos, SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593594. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593594/>. Acesso em: 25 abr. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais. v.IV**. Grupo GEN, 2022. 9788530990862. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990862/>. Acesso em: 03 mai. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Grupo GEN, 2021. 9788530990886. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990886/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito das Coisas - Vol. 4**. Grupo GEN, 2021. 9788530993726. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993726/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direitos Reais - Vol. 5**. Grupo GEN, 2021. 9788530992545. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992545/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Direitos Reais. v.4**. Grupo GEN, 2022. 9786559772780. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772780/>. Acesso em: 02 mai. 2022.

EM CASO DE EXISTÊNCIA CONCOMITANTE DE USUCAPIÃO E ARREMATACÃO JUDICIAL SOBRE UM MESMO BEM IMÓVEL QUAL DEVE PREVALECER? UMA ANÁLISE ACERCA DE TAIS FORMAS DE AQUISIÇÃO DE PROPRIEDADE IMÓVEL

Data de aceite: 04/07/2022

Emmily Valadares Cabral

Bacharelanda do 9º Período de Direito da Faculdade de Direito de Colinas do Tocantins/
TO – FACT
<http://lattes.cnpq.br/0426969244790105>

Wendylla Ludmila de Sousa Coutinho Ferreira

Bacharelanda do 9º Período de Direito da Faculdade de Direito de Colinas do Tocantins/
TO – FACT
<http://lattes.cnpq.br/7026073863291868>

Kelys Barbosa da Silveira

Advogada, Especialista e Docente da Faculdade de Direito de Colinas do Tocantins/
TO – FACT
<http://lattes.cnpq.br/8803193336963110>

RESUMO: O presente trabalho objetiva verificar, a partir de análises doutrinárias e jurisprudências, se em um caso concreto, em havendo incidência de usucapião e de arrematação judicial sobre um mesmo bem imóvel, qual destas formas de aquisição de propriedade terá prevalência sobre a outra, analisando-se as respectivas consequências jurídicas. Em que pese num primeiro momento tal situação parecer ilógica ou até mesmo irreal, não o é. A legislação brasileira atual não traz em seu bojo uma solução para tal problemática, de maneira que há necessidade de se consultar outras fontes do direito para solucionar lides dessa magnitude. Assim, a presente pesquisa tratará do tema em

seis capítulos, sendo o primeiro relacionado ao conceito do direito de propriedade; o segundo ao conceito da propriedade imobiliária; o terceiro das formas de aquisição da propriedade imóvel; o quarto à usucapião; o quinto à arrematação e no sexto e último capítulo, acerca de qual desses direitos terá prevalência no caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Aquisição de propriedade; Usucapião; Arrematação; Prevalência.

IN CASE OF CONQUERING USUCAPIO AND JUDICIAL AUCTION ON THE SAME PROPERTY, WHICH SHOULD PREVAIL? AN ANALYSIS ABOUT SUCH FORMS OF PROPERTY IMMOBILE ACQUISITION

ABSTRACT: The present work aims to verify, based on doctrinal analyzes and jurisprudence, if in a specific case, in the event of adverse possession and judicial auction of the same immovable property, which of these forms of property acquisition will prevail over the other, analyzing it and the respective legal consequences. Although at first such a situation seems illogical or even unreal, it is not. Current Brazilian legislation does not provide a solution to this problem, so there is a need to consult other sources of law to resolve disputes of this magnitude. Thus, the present research will deal with the subject in six chapters, the first being related to the concept of property rights; the second to the concept of real estate; the third of the forms of acquisition of the immovable property; the fourth to adverse possession; the fifth to the auction and in the sixth and last chapter, about which of these rights will prevail in the specific case.

KEYWORDS: Property acquisition; adverse possession; Allotment; prevalence.

1 | INTRODUÇÃO

Suponhamos o seguinte caso hipotético: O indivíduo “A” adquiriu um imóvel da pessoa de “B”, pagando preço justo à época. Ocorre que, pouco tempo depois “A” descobre que na realidade, o imóvel, apesar de pertencer a “B” encontrava-se no nome de “C”, o qual contava com vultosas dívidas e ações executivas em seu nome, e, antes que conseguisse realizar a transferência do imóvel, “B” falece. Embora receoso “A” não adota nenhuma atitude para regularizar o registro do imóvel em seu nome.

Transcorridos cerca de 15 (quinze) anos de posse mansa, pacífica e ininterrupta, com boa fé, sem contestação ou oposição de qualquer pessoa, “A” recebe a notícia de que o seu imóvel fora arrematado por “D” em leilão judicial por dívidas de “C”. Rapidamente, ingressa com Embargos de Terceiro, com fundamento no direito de posse (art. 674, § 2º, do Código de Processo Civil) e também protocola Ação de Usucapião Extraordinária, com fulcro no art. 1.238, do Código Civil, sendo que ambas as ações são julgadas procedentes.

Deste modo, vislumbra-se que, concomitantemente, tanto “A” quanto “D” possuem em seu favor uma forma de aquisição de propriedade, sendo, respectivamente, usucapião extraordinária e arrematação judicial em hasta pública.

Diante dos fatos expostos, temos que há a existência de usucapião e também há a arrematação do bem, as quais são modalidades de aquisição de propriedade, assim, fica o questionamento: qual deve prevalecer?

É com base nesse caso hipotético que o presente artigo fora feito, com a finalidade justamente de responder a tal pergunta, demonstrando-se, de forma clara e objetiva, qual direito terá prevalência, abordando-se, para tanto, acerca das formas de aquisição da propriedade imóvel; da usucapião e da arrematação, seus respectivos requisitos e particularidades e, por fim, acerca de qual direito terá prevalência no caso concreto.

Pelo contexto trazido acima, o tema desperta interesse dos setores jurídico e acadêmico nacionais, a fim de que seja garantida segurança e proteção ao direito de ambas as partes, até mesmo porque a legislação brasileira atual não traz em seu bojo uma solução para tal problemática, de maneira que há necessidade de se consultar outras fontes do direito para solucionar lides dessa magnitude.

2 | DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Em linhas gerais, podemos definir o direito de propriedade como sendo aquele que alguém, pessoa física ou jurídica, possui, dentro dos ditames legais, em relação a um bem determinado, corpóreo (móvel ou imóvel) ou incorpóreo, podendo dele usar, gozar, dispor ou reivindicar de quem o possua ou o detenha de forma injusta, na forma dos arts. 1.228 e

seguintes do CC.

Segundo a doutrina de GOMES (2004), o direito de propriedade:

É um direito complexo, podendo ser conceituada a partir de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Sinteticamente, para o jurista baiano, a propriedade é a submissão de uma coisa, em todas as suas relações jurídicas, a uma pessoa. No sentido analítico, ensina o doutrinador que a propriedade está relacionada com os direitos de usar, fruir, dispor e alienar a coisa. Por fim, descritivamente, a propriedade é um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa está submetida à vontade de uma pessoa, sob os limites da lei¹.

Ressalta-se que o referido direito encontra-se assegurado constitucionalmente no art. 5, incisos XXII e XXIII da Carta Política brasileira, disciplinando que “*é garantido o direito de propriedade*” e que “*a propriedade atenderá a sua função social*”, sendo, pois, corolário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da CRFB).

3 | DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

Tendo em vista que o presente estudo versa sobre os bens imóveis (por natureza ou por disposição legal), convém trazer à baila acerca da propriedade imobiliária.

Por força do art. 1.229, *caput*, do CC, são considerados bens imóveis “*a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las*”. Desta forma, a propriedade imobiliária não engloba somente a terra que recobre a superfície do terreno, eis que abarca também o espaço aéreo e subsolo da coisa.

4 | DAS FORMAS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE

Apesar de haver certa divergência doutrinária, parte majoritária dos estudiosos do direito (COELHO, 2020)², entendem que a aquisição da propriedade classifica-se em, pelo menos, cinco critérios, quais sejam: i) segundo a natureza da coisa; ii) segundo o fundamento ou título; iii) segundo a filiação; iv) segundo a amplitude ou alcance; v) segundo a onerosidade ou gratuidade.

Quanto a **classificação segundo a natureza da coisa** (móvel ou imóvel): a propriedade imobiliária pode ser adquirida através do registro do título aquisitivo no Cartório de Registro de Imóveis e a cessão (derivada da alteração da realidade física do imóvel),

1 GOMES, Orlando. Direitos reais. 19. ed. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. pág. 109. in TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. – 12. ed. – Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2022. pág. 2.083.

2 COELHO, Fábio. Capítulo 44. A Propriedade Imobiliária - Quinta Parte - Direito das Coisas In: COELHO, Fábio. Curso de Direito Civil - Vol. 4 - Ed. 2020. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1153085980/curso-de-direito-civil-vol-4-ed-2020>. Acesso em: 4 de maio de 2022.

que pode ser natural (mudança do curso do rio, por exemplo) ou industrial (construção de prédio).

Enquanto que a propriedade mobiliária pode ser adquirida por meio da tradição (entrega efetiva, simbólica ou ficta do bem), ocupação (apropriação de coisas sem dono), achado de tesouro (em terra firme), especificação (transformação de matéria-prima em espécie nova) e a mistura de coisas pertencentes a pessoas diferentes, por confusão (quando líquidas), comistão (sólidas) ou adjunção (justaposição de coisas).

Destaca-se que existe apenas um modo comum de haver a aquisição tanto de bens imóveis quanto de bens móveis, sendo a usucapião, a qual o titular da posse, conforme se verá mais adiante, se atender a certos requisitos determinados em lei, adquire a propriedade do bem.

Por sua vez, quanto a **categorização segundo o fundamento ou título**, a aquisição da propriedade pode fundar-se tanto em negócio jurídico, bilateral (contrato de compra e venda) ou unilateral (testamento), como em fato jurídico (aquisição por usucapião decorrente do decurso do tempo).

Insta consignar que no ordenamento jurídico brasileiro, os negócios jurídicos e até mesmo os fatos jurídicos não autorizam a transmissão da propriedade da coisa, tratando-se de fundamento para sua aquisição, que poderá ocorrer, em regra, através do registro do título aquisitivo (se o bem é imóvel) ou pela tradição (se móvel).

Outrossim, no que tange a **classificação segundo a filiação**, que é a mais utilizada pela doutrina, a aquisição da propriedade pode ser originária ou derivada, caso exista ou não relação jurídica entre o antigo e o novo proprietário.

A aquisição originária é aquela em que o adquirente não tem, com o proprietário anterior do bem, nenhuma relação jurídica que fundamente a aquisição, o exemplo típico é a usucapião – situação na qual o possuidor, em virtude do lapso temporal, adquire a prescrição aquisitiva da coisa, independentemente da existência ou não de relação jurídica com o proprietário do bem e independentemente da natureza de relação, se existente.

Já a aquisição derivada consiste na transmissão do direito de um proprietário a outro, havendo relação de dependência com o antigo titular da coisa, que transfere seu direito ao adquirente, através de título jurídico, cujo melhor exemplo é o registro do título ou a tradição de bem objeto de contrato de compra e venda.

Em suma, na aquisição originária, o antigo proprietário não transfere ao novo a propriedade e na derivada, opera-se tal transferência³.

Tal classificação é extremamente importante porque quem adquire pelo modo originário não sofre nenhuma consequência por atos do antigo titular da propriedade. Porém, se alguém adquire o bem por modo derivado, o negócio jurídico pode ser desconstituído, quando na ocorrência, por exemplo, de fraude contra credores⁴.

3 COELHO, Fábio. Op. cit.

4 Nesse sentido, segundo o Superior Tribunal de Justiça: “a usucapião é forma de aquisição originária da propriedade,

Ademais, a **classificação segundo a amplitude ou alcance**, contempla a aquisição a título singular e a título universal. Na primeira hipótese, opera-se a transferência da propriedade de um ou alguns bens individuados do patrimônio do alienante para o do adquirente (ex.: compra e venda de um único bem); enquanto que na segunda, transfere-se o patrimônio como um todo, com a totalidade de seus ativos, direitos e obrigações (ex.: sucessão, operações de incorporação e fusão de pessoas jurídicas).

Por fim, a **divisão segundo a onerosidade ou gratuidade**, versa sobre a forma como a propriedade será adquirida, se a título oneroso (como exemplo através de contrato de compra e venda, na qual o comprador somente terá o bem quando do pagamento ao vendedor de preço certo) ou gratuitamente (a exemplo de doação ou de sucessão hereditária).

5 I DA USUCAPILÃO: REQUISITOS, PARTICULARIDADES E ESPÉCIES

Em linhas gerais, podemos conceituar a usucapião como sendo a aquisição do domínio pela posse prolongada com *animus dominii*⁶, sendo, ao mesmo tempo, uma prescrição aquisitiva e extintiva, porque o antigo dono (proprietário) perderá a propriedade do bem, enquanto outro (atual possuidor) a adquire em virtude do decurso do tempo⁶.

Segundo BORGES (2021):

Pela diretriz do ordenamento jurídico brasileiro, a usucapião busca, ao mesmo tempo, premiar aquele que exerce a posse com ânimo de dono por determinado lapso temporal e sancionar o proprietário, ou titular de direito real, que negligenciou a propriedade ou nela não exerceu função social. A usucapião é, afinal, um instituto paradoxal do direito civil, pois simultaneamente cria e destrói o direito de propriedade (ARAÚJO, Fábio Caldas. Usucapião 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 20.). Ela é, portanto, tanto uma forma de aquisição como de extinção da propriedade e de outros direitos reais (GOMES, Orlando. Direitos Reais Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 161)⁷.

Inclusive, conforme já destacado em linhas anteriores, na usucapião há um modo originário de aquisição da propriedade, sem que haja sua transmissão de uma pessoa para outra, razão pela qual *“a propriedade surge escoimada de qualquer limitação ou vícios que porventura a maculavam”*⁸.

Em verdade, trata-se de um instituto que prestigia o possuidor através de uma

de modo que não permanecem os ônus reais que gravavam o imóvel antes da sua declaração” (STJ, REsp 1.545.457/SC, 1.ª Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 27.02.2018, DJe 09.05.2018. Nesse mesmo sentido: STJ, Ag.Rg. no REsp 647.240/DF, 3.ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 07.02.2013, DJe 18.02.2013).

5 BEVILÁQUA, Clóvis, 1859-1944. Direito das coisas: prefácio de Francisco César Asfor Rocha. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Pág. 168.

6 Nesse sentido: SALLES, José Carlos de Moreira. Usucapião de bens imóveis e móveis. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 47-48; DINIZ, Maria Helena. Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 143.

7 BORGES, Marcus. Capítulo 4. Usucapião de Bens Imóveis - Parte 1 - Fundamentos Introdutórios do Direito Imobiliário In: BORGES, Marcus. Curso de Direito Imobiliário Brasileiro - Ed. 2021. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1339463744/curso-de-direito-imobiliario-brasileiro-ed-2021>. Acesso em: 4 de maio de 2022.

8 VIANA, Marco Aurelio da Silva. Comentários ao novo código civil. V. 16. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pág. 86.

posse mansa, pacífica e ininterrupta, na qual a propriedade ociosa e descuidada passou a desenvolver sua função social, conforme previsto no art. 5, XXIII, da Carta Magna, assim, o proprietário real precisa se omitir e colaborar com o amadurecimento desta situação.

Para que haja a aquisição da propriedade pela via da usucapião, é necessário que haja o preenchimento dos seguintes requisitos, que podem ser divididos em essenciais (continuidade de forma mansa e pacífica⁹; inexistência de oposição; posse qualificada com ou sem privilégio (*animus domini*); objeto hábil e lapso temporal) e especiais (justo título¹⁰ e boa-fé¹¹).

A posse qualificada com ou sem privilégio (*animus domini*), na lição de DE PLÁCIDO E SILVA é:

A consciência do senhor da coisa de que esta lhe pertence de pleno direito, e, por isso, juridicamente, a poder deter em sua posse. E a Posse que resulta daí é a do próprio direito, porque indica a posse do domínio. *Animus domini* é elemento substancial do direito de posse e a indica como uma posse perfeita, visto que ela se comporta sobre uma coisa que se possui como sendo de propriedade própria¹².

Quanto ao objeto hábil, a lição de JUNCO (2011):

Quanto aos direitos suscetíveis de usucapião, a doutrina reconhece que somente os direitos reais prescritíveis podem ser adquiridos, assim os que implicam posse dos objetos sobre que recaem, vale dizer, a propriedade, as servidões, a enfiteuse, o usufruto, o uso e a habitação¹³.

Desta forma, não podem ser adquiridos por usucapião os imóveis públicos (sejam eles bens de uso comum do povo; uso especial ou dominicais), pois são imprescritíveis, na forma dos arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da CF.

O lapso temporal, conforme ensina RODRIGUES (2002, pág. 112):

A usucapião se consuma dentro de um período fixado na lei. E o legislador fixa livremente tal prazo tendo em vista não só a proteção do interesse em particular como a do interesse público¹⁴.

Existem várias espécies de usucapião e conseqüentemente diversos prazos diferentes, conforme será demonstrado a seguir quando da abordagem das espécies de usucapião.

Ressalta-se que na usucapião aplicam-se as regras gerais relativas ao impedimento,

9 As posses clandestinas ou violentas, por serem consideradas mera detenção (art. 1.208 do CC), não possibilitam a usucapião.

10 Trata-se de qualquer instrumento hábil a transferir a propriedade independentemente de título. Logo o justo título é o documento que o proprietário de fato do bem imóvel possui.

11 Nas palavras de (COELHO, 2022): “O possuidor deve ignorar os obstáculos à regular aquisição da propriedade e demonstrar a existência dum negócio jurídico (contrato de compra e venda, doação, beneficiário em testamento etc.) na origem de sua posse”. (in COELHO, Fábio. Op. cit.).

12 Vocabulário jurídico, Volume I. Disponível em: <<https://vademecumbrasil.com.br/palavra/animus-domini>>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

13 JUNCO, José Alexandre. Aspectos materiais e atuais da usucapião. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/aspectos-materiais-e-atuais-da-usucapiao/>>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

14 RODRIGUES, Sílvio Rodrigues, 1917. que direito civil, v. 5. direito das coisas 27 ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: ed. Saraiva, 2002, pág. 112.

à suspensão e à interrupção do prazo de contagem para o cômputo do período de posse necessária a aquisição da propriedade (arts. 197 e 198 do CC), de acordo com a previsão contida nos arts. 1244 e 1262 do CC.

Inclusive é plenamente viável juntar posses para promover a prescrição aquisitiva. É permitido ao possuidor acrescentar a sua posse a de seus antecessores (trata-se da denominada *accessio possessionis* ou *accessio temporis*), desde que ambas sejam consideradas contínuas e pacíficas¹⁵, nos termos do artigo 1243 do CC¹⁶.

Analisados os pressupostos comuns ao reconhecimento da prescrição aquisitiva, passa-se a expor de forma breve acerca das modalidades de usucapião previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Com relação às espécies de usucapião, estas subdividem-se em seis, quais sejam: 1) Usucapião extraordinária (art. 1.238 do CC); 2) Usucapião ordinária (art. 1.242 do CC); 3) Usucapião especial rural ou *pro labore* (art. 191 da CF, reproduzido no art. 1.239 do CC); 4) Usucapião especial urbana ou *pró-moradia* (art. 183 da CF, reproduzido no art. 9º da Lei nº 10.257/2001 e no art. 1.240 do CC); 5) Usucapião especial urbana coletiva (art. 10 da Lei nº 10.257/2001); e 6) Usucapião familiar (art. 1.240-A do CC).

Na **usucapião extraordinária**, exige-se o decurso do prazo de 15 anos de posse mansa, pacífica, contínua, duradoura e ininterrupta e sem oposição, que pode ser reconhecida independentemente de justo título ou boa-fé (art. 1.238 do CC), cujo referido prazo será reduzido para 10 anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (a modalidade com prazo reduzido é denominada pela doutrina de “usucapião posse-trabalho” e está prevista no parágrafo único do art. 1.238 do CC).

Na **usucapião ordinária**, exige-se da posse que ostente duas características específicas. Ela deve ser de boa-fé e com justo título e o lapso temporal de posse exigido para essa modalidade é de 10 anos, sem interrupção, nem oposição (art. 1.242 do CC), sendo que haverá a redução do prazo para 5 anos se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelado posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico (a modalidade com prazo reduzido é denominada pela doutrina de “usucapião tabular” e está prevista no parágrafo único do artigo 1.242 do CC).

Por sua vez, a **usucapião especial rural ou *pro labore* ou agrária**, ocorre nos casos de o imóvel rural medir menos de 50 hectares, cujo prazo para a usucapião é de 5 anos quando o possuidor a tornou produtiva com o seu trabalho ou de sua família, sem

15 FERREIRA. Ruy Barbosa Marinho. Usucapião na prática forense. 1ª Edição - 2ª tiragem, CL EDIJUR – Leme/SP - Edição 2020.

16 Como entende a jurisprudência, “é indispensável à soma dos prazos que os possuidores sucessivos tenham transferido a posse da coisa um para o outro. Não tendo havido nenhum negócio jurídico entre o possuidor anterior e o posterior, não se caracteriza a sucessão (Theodoro Jr., 1991:417/421)”. (in COELHO, Fábio. Op. cit.).

interrupção, nem oposição. É necessário, ademais, que o possuidor não seja proprietário de nenhum outro imóvel, urbano ou rural (art. 191 da CF e art. 1.239 do CC).

Por outro lado, no caso da **usucapião especial urbana ou pró-moradia ou pro misero**, o prazo também será de 5 anos, mas o imóvel urbano deve ter até 250 metros quadrados e deve ser usado como moradia do possuidor ou de sua família, sendo indispensável que o possuidor não seja dono de nenhum outro imóvel, urbano ou rural (art. 183 da CF; art. 1.240 do CC e art. 9º do Estatuto da Cidade) e tal direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Na **usucapião especial urbana coletiva ou usucapião favelada**, o lapso temporal de posse exigido é de 5 anos, sem interrupção, nem oposição, destinando-se às áreas urbanas com mais de 250m², ocupadas por população de baixa renda, para sua moradia, e deve ser usada quando não for possível identificar os terrenos individualmente ocupados por cada possuidor (art. 10 e seus parágrafos do Estatuto da Cidade) – dando origem a um condomínio entre os possuidores¹⁷ – e, a exemplo do exigido para as outras usucapiões especiais, os possuidores não podem ser proprietários de qualquer imóvel, urbano ou rural.

Por último, no caso da **usucapião familiar ou especial urbana residencial familiar ou por abandono de lar ou conjugal**, esta possui semelhanças com a usucapião especial urbana, entretanto, nesta o lapso temporal exigido de posse é de 2 anos, sem interrupção, nem oposição, destinando-se aos imóveis urbanos de até 250m², cuja propriedade seja dividida pelo postulante com seu ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar (art. 1.240-A do CC). Cumpridas essas condições e sendo o imóvel utilizando para sua moradia ou de sua família, o cônjuge que permaneceu no imóvel, desde que não titule outra propriedade (urbana ou rural), adquirirá o seu domínio integral, não sendo tal direito reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Em sendo assim, destaca-se que a lei faculta, a todas as modalidades de usucapião existentes no direito brasileiro, requerer em juízo ou até mesmo extrajudicialmente, a declaração da existência deste direito; após obtê-la, poderá levar a sentença judicial a registro no Registro de Imóveis competente (art. 1.241, *caput* e parágrafo único do CC), sendo que tais trâmites visam apenas facilitar a prova do direito de propriedade.

6 | DA ARREMATÇÃO: REQUISITOS E PARTICULARIDADES

O atual Código de Processo Civil não conceitua a arrematação, ficando a cargo da doutrina a conceituação do instituto.

A arrematação, segundo SANTOS (1981) é:

O ato de transferência coacta dos bens penhorados, mediante o recebimento do respectivo preço em dinheiro, para satisfação do direito do credor¹⁸.

¹⁷ COELHO, Fábio. Op. cit.

¹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. Volume 3. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1980-1981.

Sendo assim, podemos conceituar a arrematação como sendo a venda judicial feita a uma pessoa que em hasta pública oferece o melhor lance para aquisição do bem anteriormente penhorado.

Uma vez feita a arrematação, imediatamente é lavrado auto no qual constam as condições em que ela se deu (art. 901, caput, do CPC)¹⁹, cuja carta de arrematação é o título que formaliza a ocorrência de uma arrematação em hasta pública de imóvel anteriormente penhorado para fins de pagamento de uma dívida.

Ressalta-se que há verdadeira divergência doutrinária se seria a arrematação uma forma originária de aquisição de propriedade.

Na lição de BATISTA (2015):

O assunto é espinhoso e não apresenta consenso doutrinário. Grosso modo, a natureza jurídica da arrematação é definida de acordo com a carga mais publicística ou mais privatista que se empreste ao complexo de atos e fatos que circundam a hasta pública²⁰.

Ainda, BATISTA (2015) argumenta que:

A se adotarem a natureza pública da arrematação e o conceito de forma originária de aquisição de propriedade, o adquirente está livre desses débitos, devendo os interessados perseguir o ex-proprietário e não o bem propriamente dito. Há, todavia, diversos argumentos em sentido contrário. O principal deles é a completa ausência de previsão legal para que a arrematação seja considerada um meio original de aquisição de propriedade, não podendo ser equiparada a fenômenos da natureza como usucapião, aluvião e avulsão²¹.

Por sua vez, argumenta PASSOS (2015) que:

A arrematação é *titulus acquirendi* em favor do maior lançador (agora arrematante ou adquirente), segundo a *communis opinio* tradicional no direito brasileiro. Segundo velho, “nem a entrega do ramo, nem a da carta de arrematação transferem para o arrematante o domínio da coisa arrematada, o qual só lhe pertence desde a posse”. Pontes de Miranda afirma que “nem mesmo a carta de arrematação transfere o domínio, porque não é mais que o título do negócio, o *titulus factae aucionis*”, e “tem os mesmos efeitos, se o bem é imóvel, que a escritura de compra e venda ainda não transcrita no registro de imóveis”²².

De qualquer modo, a arrematação necessita ser inscrita no registro de imóveis (art. 1.245, do CC), mas será considerada perfeita, acabada e irretroatável quando assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, independentemente da modalidade do

19 PEDROSO, Alberto; FILHO, Ralpo. Capítulo 15. Cartas de Arrematação, de Adjudicação e de Homologação de Sentença Estrangeira In: PEDROSO, Alberto; FILHO, Ralpo. Registro Imobiliário - Ed. 2020. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1198077390/registro-imobiliario-ed-2020>. Acesso em: 4 de maio de 2022.

20 BATISTA, Homero. Arrematação judicial como forma originária de aquisição de propriedade - Capítulo 5 - Repercussões da falência do empregador In: BATISTA, Homero. Curso de Direito do trabalho aplicado: contrato de trabalho. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2015. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1341548704/curso-de-direito-do-trabalho-aplicado-contrato-de-trabalho>. Acesso em: 4 de Maio de 2022.

21 BATISTA, Homero. Op. cit.

22 PASSOS, Josué. Ibidem.

leilão, mesmo que o pedido formulado nos embargos do executado ou na ação autônoma de que trata o seu § 4º forem julgados procedentes, assegurado ao executado o direito de reparação de danos (art. 903, caput, CPC).

Inclusive, subsiste a arrematação mesmo quando o executado tenha oposto embargos à execução (ou impugnação ao cumprimento de sentença) e os pedidos neles formulados venham posteriormente a ser julgados procedentes.

Também permanece íntegra a arrematação quando o executado, após a expedição da carta, da ordem de entrega ou do mandado de imissão na posse, propõe a ação autônoma de que trata o § 4º do art. 903, com alegação de ocorrência de preço vil, de vícios na própria arrematação ou no procedimento executivo.

Em relação a alguns terceiros, que devem ser intimados em razão de algum interesse particular, a legislação estabelece situações de ineficácia da arrematação, que não se desfaz, apenas não produz efeitos em relação a eles (art. 903, § 1, do CPC).

Conforme ASSIS (2021):

O desfazimento da arrematação, por sua vez, com o retorno ao status quo ante, somente é possível em situações excepcionais. (...) A arrematação pode excepcionalmente ser desfeita em três hipóteses legalmente previstas: a) desistência do arrematante (art. 903, § 1º); b) não cumprimento das obrigações pelo arrematante (art. 903, § 1º, III, e § 5º); e c) em caso de preço vil ou de vício na própria arrematação ou no processo executivo (art. 903, § 1º, I)²³.

71 EM CASO DE EXISTÊNCIA CONCOMITANTE DE USUCAPÃO E ARREMATÇÃO JUDICIAL SOBRE UM MESMO BEM IMÓVEL QUAL DEVE PREVALECER?

Retomando ao caso hipotético apresentado na introdução fora possível observar que, concomitantemente, tanto o indivíduo “A” quanto o indivíduo “D” possuíam em seu favor uma forma de aquisição de propriedade, sendo, respectivamente, usucapião extraordinária e arrematação judicial em hasta pública.

Demonstrou-se nos tópicos anteriores que a usucapião é uma forma de aquisição originária de propriedade e que no caso da arrematação, por sua vez, há certa divergência doutrinária e jurisprudencial acerca de sua qualificação como originária ou não²⁴.

De qualquer forma, diante deste cenário, erigiu o seguinte questionamento: se comprovado o preenchimento dos requisitos da usucapião e houver a arrematação do

23 ASSIS, Araken; BRUSCHI, Gilberto. 33. Arrematação Perfeita, Acabada e Irretratável e Ação Autônoma do § 4º do Art. 903 do Cpc In: ASSIS, Araken; BRUSCHI, Gilberto. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença - Ed. 2021. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1314941108/processo-de-execucao-e-cumprimento-da-sentenca-ed-2021>. Acesso em: 4 de Maio de 2022.

24 O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, considera a arrematação como um modo de aquisição originária da propriedade: “[...] A arrematação, como a usucapião, é modo de aquisição originária da propriedade, justo que, nas duas hipóteses, não existe nenhuma relação negocial entre o primitivo proprietário e o novo, o que afasta a natureza derivada da transmissão do domínio.” (TJSC – AP n. 2011.014225-4. Quarta Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Jorge Luis Costa Beber. Data do julgamento: 09.10.2014)

imóvel, qual das duas modalidades de aquisição originária deve prevalecer?

A resposta, igual para praticamente tudo na seara do direito, será: DEPENDE. Por que depende? Porque devemos analisar qual delas tornou-se perfeita primeiro.

Isso significa que, se o indivíduo “A”, antes mesmo de ter havido a arrematação, já ostentava direito subjetivo de usucapir o imóvel e após, obteve sentença declaratória, a qual possui efeito *ex tunc*, nessa situação, é plausível que prevaleça a aquisição originária derivada da usucapião.

Inclusive, ressalta-se que mesmo se as penhoras tivessem ocorrido antes do ajuizamento da ação de usucapião, tais penhoras não constituíram óbice à contagem do prazo de prescrição aquisitiva, por ausência de oposição à posse, uma vez que a resistência se caracteriza com a efetivação de medidas específicas, destinadas a interromper o exercício contínuo da posse (que é situação de fato), por meio de atos objetivando a tomada do imóvel, não bastando a mera constrição judicial na forma de penhora, consoante entendimento jurisprudencial do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ALEGAÇÃO DE QUE A POSSE MANSO E PACÍFICA RESTOU INTERROMPIDA COM A PENHORA. INOCORRÊNCIA. FORMA DE AQUISIÇÃO (ORIGINÁRIA), QUE EXTINGUE QUALQUER GRAVAME EXISTENTE SOBRE O IMÓVEL. “A propriedade adquirida mediante usucapião extraordinária, é modalidade de aquisição originária da propriedade, havida independentemente da existência ou não de relação anterior com o antigo proprietário, que exclui todos os vícios e defeitos da propriedade anterior ou existentes no negócio subjacente. Ou seja, é modalidade de aquisição da propriedade que ocorre independentemente de transferência, de modo que os vícios da propriedade ou a garantia constituída sobre ela não se transferem à propriedade do adquirente usucapiendo. **Tal raciocínio apontaria para a extinção da penhora ordenada nos autos da execução fiscal e consequentemente autorizaria a suspensão liminar do leilão, desde que configurados os requisitos da usucapião**²⁵.

Desse modo, pode-se afirmar que ainda que a indisponibilidade do bem (penhora) tivesse ocorrido antes da própria ação de usucapião, tal fato não possuiria o condão de obstar a prescrição aquisitiva, justamente por se tratar de aquisição originária da propriedade, a qual extingue qualquer gravame existente sobre o imóvel.

Nesse sentido também é o entendimento do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PRESSUPOSTOS DO ART. 1.238, DO CÓDIGO CIVIL. POSSE MANSO, PACÍFICA E ININTERRUPTA POR MAIS DE 10 ANOS COM ANIMUS DOMINI. MORADIA HABITUAL. BEM PÚBLICO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO DA MATRÍCULA. PENHORA ANTERIOR. IRRELEVÂNCIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A

25 TRF4. Agravo de Instrumento n. 5014317-12.2013.404.0000, rel. Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. Em 1-8-2013. (TJSC - Apelação Cível n. 2011.042134-9, de Criciúma, rel. Des. Júlio César Knoll, j. 04-09-2014). [...] (TJSC - Apelação n. 0006503-12.2010.8.24.0012. Segunda Câmara de Direito Público. Rel. Des. Francisco Oliveira Neto. Data do julgamento: 12.07.2016).

propriedade adquirida mediante usucapião extraordinária, é modalidade de aquisição originária da propriedade, havida independentemente da existência ou não de relação anterior com o antigo proprietário, que exclui todos os vícios e defeitos da propriedade anterior ou existentes no negócio subjacente. Ou seja, é modalidade de aquisição da propriedade que ocorre independentemente de transferência, de modo que os vícios da propriedade ou a garantia constituída sobre ela não se transferem à propriedade do adquirente usucapiendo²⁶.

De forma idêntica, no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça, encontra-se decisão que revela inexistir repercussão da arrematação na usucapião, constituindo um consectário lógico o desfazimento daquela, por força do reconhecimento desta. Observe-se:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. **AÇÃO DE USUCAPIÃO**. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE E TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS POSSESSÓRIOS. COMPROMISSO PARTICULAR E ESCRITURA PÚBLICA DE CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS. **PENHORA SOBRE PARTE DA ÁREA. SUPERVENIENTE ARREMATÇÃO. FATO NÃO REPERCUTENTE NO FEITO. PECULIARIDADES. DISCUSSÃO RESTRITA AO DECURSO DO LAPSO TEMPORAL. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. REGRA DE TRANSIÇÃO. ART. 2.029 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. SOMATÓRIO DO TEMPO ANTERIOR. POSSIBILIDADE. EXERCÍCIO DE POSSE MANSA, PACÍFICA E SEM OPOSIÇÃO POR MAIS DE 17 ANOS. AQUISIÇÃO DO DOMÍNIO PELA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA.** (...) 2. Considerando as peculiaridades do caso concreto, **o fato de um dos herdeiros do falecido possessor ter sofrido execução forçada e, naquele feito, terem sido penhorados e depois arrematados seus direitos hereditários não tem o alcance que o arrematante pretende atribuir no âmbito da ação de usucapião, notadamente se foi em decorrência de sua inércia que o lapso prescricional se consumou.** 3. Segundo a orientação jurisprudencial predominante, **a usucapião é direito que decorre da análise da situação fática da ocupação de determinado bem e independe da relação jurídica com o anterior proprietário. Preenchidos os requisitos, declara-se a aquisição do domínio pela prescrição aquisitiva.** 4. Se a maior parte do tempo de ocupação (posse) do imóvel ocorreu sob a égide do Código Civil de 1916, aplica-se a regra de transição prevista no art. 2.029 do Código Civil de 2002. 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para se restabelecer a sentença²⁷.

Por outro lado, se na data da arrematação realizada por “D”, o indivíduo “A” não cumpria todos os requisitos para usucapir o imóvel (observando-se as espécies de usucapião já apresentadas) e, posteriormente houve a expedição do auto de arrematação assinado pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, esta será considerada perfeita, acabada e irretroatável, de maneira que deverá prevalecer a arrematação sobre a usucapião, ante a observância da garantia do devido processo legal (art. 5, LIV, da CF) e do direito de direito de propriedade (art. 5, XXII, da CF).

26 TRF4. AI n. 5014317-12.2013.404.0000, rel. Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. Em 1-8-2013. (TJSC - AP n. 2011.042134-9. Quarta Câmara de Direito Público. Rel. Des. Júlio César Knoll. Data do julgamento: 04.09.2014).
27 SJT, REsp 1279204/MG, Terceira Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha. Data do julgamento: 03.11.2015.

Portanto, deve o julgador e os demais operadores do direito, ao se depararem com a análise de casos nesse sentido, analisar qual dos institutos jurídicos tornou-se perfeito primeiro, para somente assim afirmar qual destes terá preponderância, se a usucapião ou se a arrematação.

8 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito é o sistema social estruturado para a superação dos conflitos de interesses surgidos na convivência humana. A ordem constitucional e infraconstitucional atual fornece os parâmetros para o juiz resolver o conflito em favor de um ou de outro sujeito titulares dos interesses em choque.

Ocorre que, existem certos conflitos de interesses, que não possuem solução certa e determinada no bojo da legislação pátria, de maneira que há necessidade de se consultar outras fontes do direito, tais como a doutrina e a jurisprudência, para solucionar lides dessa magnitude, eis que o juiz não pode se escusar de julgar simplesmente pelo fato de inexistir lei expressa prevendo aquela hipótese ocorrida nos autos, nos moldes do art. 140 do CPC e art. 5º, inciso XXXV, da CF.

É exatamente o que ocorre entre o conflito existente entre a usucapião e a arrematação de bem imóvel: em um caso concreto, havendo a existência concomitante de ambas as modalidades de aquisição de propriedade, qual deveria prevalecer? Não há resposta exata na lei de regência.

Desta forma, o cerne do trabalho em comento fora responder ao referido questionamento, abordando-se, para tanto, acerca do direito de propriedade imobiliária; formas de aquisição da propriedade; da usucapião e da arrematação, seus respectivos requisitos e particularidades, tendo logrado êxito em demonstrar que a doutrina e a jurisprudência pátria são uníssonas em analisar o requisito temporal da complementação do direito.

Isso significa que deve o julgador e os demais operadores do direito, ao se depararem com a análise de casos nesse sentido, averiguar qual dos institutos jurídicos tornou-se perfeito primeiro, se foi a usucapião ou se foi a arrematação, para somente assim afirmar qual destes terá preponderância.

O direito de propriedade, assegurado constitucionalmente no art. 5, incisos XXII e XXIII da Carta Política brasileira, é, pois, corolário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da CRFB), sendo de fundamental importância para a sobrevivência do homem em sociedade, pois, dentre outros benefícios, lhe garante abrigo e proteção.

Portanto, o tema proposto foi de grande relevância, por ser inovador e por despertar interesse dos setores jurídico e acadêmico nacionais, uma vez que versa justamente acerca desse relevante direito, de modo que esperamos que futuramente hajam mais decisões versando exatamente sobre a problemática trazida à lume a fim de que seja garantida

segurança e proteção jurídica às partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken; BRUSCHI, Gilberto. **Processo de Execução e Cumprimento da Sentença - Ed. 2021**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1314941108/processo-de-execucao-e-cumprimento-da-sentenca-ed-2021>>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

BEVILÁQUA, Clóvis, 1859-1944. **Direito das coisas**: prefácio de Francisco César Asfor Rocha. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BORGES, Marcus. **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro - Ed. 2021**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1339463744/curso-de-direito-imobiliario-brasileiro-ed-2021>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

COELHO, Fábio. **Curso de Direito Civil - Vol. 4 - Ed. 2020**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1153085980/curso-de-direito-civil-vol-4-ed-2020>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. **Usucapião na prática forense**. 1ª Edição - 2ª tiragem, CL EDIJUR – Leme/SP - Edição 2020.

JUNCO, José Alexandre. **Aspectos materiais e atuais da usucapião**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/aspectos-materiais-e-atuais-da-usucapiao/>>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

PEDROSO, Alberto; FILHO, Ralpo. **Registro Imobiliário - Ed. 2020**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1198077390/registro-imobiliario-ed-2020>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

RODRIGUES, Sílvio Rodrigues, 1917. **Direito civil, v. 5. direito das coisas 27 ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002)**. São Paulo: ed. Saraiva, 2002.

SALLES, José Carlos de Moreira. **Usucapião de bens imóveis e móveis**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 47-48; DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único.** – 12. ed. – Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2022.

VIANA, Marco Aurelio da Silva, **Comentários ao novo código civil.** V. 16. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

EMBARGOS DE TERCEIRO E O PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE: GARANTIAS PARA O CUMPRIMENTO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL

Data de aceite: 04/07/2022

Domingos Benedetti Rodrigues

Pós-Doutor em Direito pela URI Campus de Santo Ângelo RS - Brasil. Professor do Programa de Mestrado Profissional em Desenvolvimento Rural e do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ RS. Integrante do Grupo de Pesquisa GPJUR do curso de Direito da UNICRUZ. Conferencista.
Advogado
<http://lattes.cnpq.br/8864047874239071>
orcid.org/0000-0002-7305-710x

Luiz Henrique Somavilla

Acadêmico concluinte do curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ Rio Grande do Sul

Artigo desenvolvido como trabalho de conclusão do curso de graduação em Direito, da Universidade de Cruz Alta, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, apresentado em/2021/02 pelo Acadêmico Luiz Henrique Somavilla.

RESUMO: A presente pesquisa busca constatar se a ação judicial de Embargos de Terceiros com fundamento no Princípio da Menor Onerosidade, se constitui em garantias para o cumprimento do contrato de arrendamento rural firmado entre o proprietário rural - arrendante e o não proprietário denominado de arrendatário, a fim de que os direitos e deveres decorrentes desta relação contratual, sejam devidamente efetivados. O trabalho torna-se importante no sentido de que,

seu objetivo é conhecer a relevância da ação judicial dos Embargos de Terceiros fundamentada no princípio da menor onerosidade, em havendo execução da hipoteca durante a vigência do contrato de arrendamento rural, a fim de que o mesmo seja efetivado até o seu final em favor das partes contratantes. Este trabalho representa uma pesquisa qualitativa, pois, por meio de dados bibliográficos, visa obter melhor compreensão a respeito dos Embargos de Terceiro e do Princípio da Menor Onerosidade serem garantias para o cumprimento do contrato de arrendamento rural. Utilizou-se do método dedutivo para elencar possíveis hipóteses das questões, que este ramo do Direito enfrenta no aspecto aplicador. Ademais, busca estudar a propriedade rural no direito privado, o contrato de arrendamento rural, as garantias reais nos contratos de mútuo e o entendimento jurisprudencial acerca dos Embargos de Terceiro, diante da execução da hipoteca durante a vigência do contrato de arrendamento rural.

PALAVRAS-CHAVE: Embargos de terceiros. Princípio. Contrato. Arrendamento rural.

EMBARGO ACTION AND THE PRINCIPLE OF THE SMALLEST ONEROUS: ASSURANCE FOR THE GREETING OF THE RURAL LEASE AGREEMENT

ABSTRACT: The present research is limited to verify if the lawsuit of the Third-party embargoes based on the principle of the smallest onerous, make assurance for the greeting of the rural lease agreement signed between the rural owner - lessor and the not owner denominated lessee, so that the rights and duties of this contractual

relationship be properly effectuate. The present work make important if the sense that it is, your objective broad to meet relevance the lawsuit of the Embargo Action ground on the principle of the smallest onerous, having execution gives mortgage during the validity of the rural lease agreement, in order to be effective until the end behalf of the contractor. This job represent a qualitative research, because by means of the bibliographies, get best of understanding about the Embargo Action on the principle of the smallest onerous make assurance for the greeting of the rural lease agreement. The deductive method was used to list possible case, that branch of law confront in aspect to put. Besides, it seeks to study rural property in private law, the rural lease agreement, real guarantees in mutual agreements and the jurisprudential understanding of the Embargos Action on mortgage foreclosure during the term of the rural lease agreement.

KEYWORDS: Embargos Action. Principle. Contract. Rural lease.

1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo se refere a aplicabilidade dos Embargos de Terceiro e do Princípio da Menor Onerosidade, podendo se definir como instrumento eficaz para garantir o cumprimento do contrato de arrendamento rural. Objetiva-se conhecer a relevância da ação judicial dos Embargos de Terceiros fundamentada no Princípio da Menor Onerosidade, em havendo execução da hipoteca durante a vigência do contrato de arrendamento rural, a fim de que o mesmo seja efetivado até o seu final em favor das partes contratantes. É necessário aprofundar a pesquisa mais desenvolvida sobre os institutos de Direito Processual e Direito Agrário, na temática dos contratos agrários, levando à conhecimento dos operadores do direito o julgamento de situações de garantia de posse e exploração durante a vigência contratual. A temática traduz a garantia ao arrendatário, embora o Estatuto da Terra lhe dê garantias para produzir sem ser prejudicado pelo arrendatário.

Em se tratando da abordagem do problema, utilizou-se da pesquisa qualitativa. Esta tem o intuito de explicar o porquê da ocorrência (ou não) de determinadas situações, exprimindo o que pode ser feito, valendo-se de diferentes interpretações. Pretende-se descrever, compreender e explicar as relações de certos fenômenos, observar as diferenças entre a hipótese e o problema, o caráter interativo entre o objetivo definido e as orientações teóricas, para se alcançar resultados fidedignos (GERHARDT; SILVEIRA, 2009. p. 32).

Foi empregado o método dedutivo para a realização da presente pesquisa. Para assim capacitar o levantamento de informações e proporcionar conhecimento a respeito do que já foi estudado sobre o assunto, fazendo sondagem de publicações já existentes, como livros, artigos, *websites*, decisões judiciais e textos legais; tratando temas como o contrato de arrendamento rural e a aplicabilidade do Princípio da Menor Onerosidade em favor do arrendatário, garantias reais nos contratos de mútuo e as decisões no entendimento jurisprudencial acerca dos Embargos de Terceiro durante a vigência do contrato de arrendamento rural.

Arrenda-se o imóvel rural para explorá-lo. O proprietário que arrenda o seu imóvel transfere durante o prazo contratual o uso e o gozo que detinha sobre seu bem. O contrato de arrendamento é a segurança que o arrendatário tem para produzir sem ter molestada a sua posse durante a vigência do contrato.

Porém, em determinadas situações o direito do arrendatário é confrontado com o direito do mutuante, geralmente instituições bancárias que gravaram de ônus real a propriedade rural do mutuário. Nesse caso a iniciativa do mutuante em executar a garantia é uma ameaça ao cumprimento do contrato de arrendamento, especialmente, quando se está diante do único bem do mutuário.

Como o mutuário não está cultivando a área de terra, descabe a alegação de impenhorabilidade em sede de Embargos à Execução. Nesse momento, o arrendatário torna-se parte interessada na execução do processo, pois interfere diretamente na relação jurídica com o arrendante que, por hora, é o mutuário.

Nesse diapasão, caso prevaleça a preferência do mutuante, intercorrerá prejuízo ao arrendatário, que ficará privado do uso e gozo da terra. Então, surge a asserção da aplicabilidade do Princípio da Menor Onerosidade em sede de Embargos de Terceiros, como forma de reduzir os efeitos da execução e garantir o pleno cumprimento do contrato em tela.

Para melhor compreender o teor da pesquisa, o texto está estruturado em três tópicos: o primeiro versa a respeito do contrato de arrendamento rural; o segundo aborda as garantias reais dos contratos de arrendamento rural e o terceiro tópico apresenta alguns entendimentos jurisprudências acerca dos Embargos de Terceiro diante da execução da hipoteca durante a vigência do contrato de arrendamento rural.

Este artigo mostra alguns elementos fundamentais para o pleno cumprimento do contrato de arrendamento rural, defendendo o direito do arrendatário, fundamentado na ação de Embargos de Terceiro diante da execução da hipoteca, na aplicabilidade do Princípio da Menor Onerosidade e na eficácia do próprio contrato.

O enfoque primário deste trabalho está no estudo dos contratos de arrendamento rural. É grande a relevância social e jurídica na abordagem desta temática tendo em vista a grande influência agrária na região do Município de Tupanciretã, que é o maior produtor de soja do Estado do Rio Grande do Sul, do Município de Júlio de Castilhos, o segundo maior produtor de soja e do Município de Cruz Alta, o quarto maior produtor de soja do Estado do Rio Grande do Sul. A influência social justifica-se pelo grande número de trabalhadores nas áreas rurais e a influência rural ligada diretamente à movimentação nas economias locais. Desta forma justifica-se a escolha da temática sobre o contrato de arrendamento rural.

2 | DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL

A propriedade da terra por ser um bem que representa um direito real, a propriedade

rural terá sua real função social quando o homem a torna produtiva. Segundo Locke (1994, p. 98) “sempre que ele (homem) tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade”. Há mudanças no estado natural da terra, visando uma melhor utilização e, o mesmo autor (1994, p. 100) afirma que, “[...] a superfície da terra que o homem trabalha, planta, melhora, cultiva e da qual pode utilizar os produtos, pode ser considerada sua propriedade. Por meio do seu trabalho, ele a limita e a separa do bem comum.”

A posse ou o uso temporário da terra será essencialmente exercida por intermédio dos contratos de arrendamento rural. O arrendamento rural é tratado pela Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964, em seu artigo 95, disposto pelo Decreto 59.566, de 14 de novembro de 1966. O arrendamento rural é um ramo jurídico do Direito Agrário. Segundo Costa (1993, p. 12) menciona que:

[...] o Direito Agrário só alcançou autonomia recentemente, pois foi o advento da Emenda Constitucional nº 10, do ano de 1964, que alterou a Constituição e inseriu a competência da União para legislar sobre o Direito Agrário. O regramento dos institutos dessa área, no Brasil, foi possível após o advento do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64), que foi disposto em dois planos: Reforma Agrária e Política Agrícola ou de Desenvolvimento Rural.

Como se observa, o Direito Agrário tem suas raízes em institutos jurídicos criados na mais longínqua antiguidade. É um ramo jurídico autônomo e prestigiado. Seguindo no viés histórico, Zibetti (2017, p. 2) afirma que:

[...] antes mesmo de ser descoberto o Brasil, houve uma partilha desse novo mundo, demonstrando as primeiras raízes desse Direito Agrário, no ano de 1494, após a assinatura do Tratado de Tordesilhas, assinado pelos reis da Espanha e de Portugal. Esse tratado previa que as terras que fossem descobertas, passariam ao domínio de quem as descobriu.

Com a chegada dos portugueses ao Brasil, em 1500, as terras brasileiras passaram a serem colonizadas pela Coroa Portuguesa. Nessa mesma linha:

O Brasil pode ter nascido como uma colônia portuguesa sofreu ao longo do tempo grande influência do país colonizador, e isso não foi diferente no que tange sobre a divisão de terras no período de seu descobrimento, o sistema de sesmarias adotado por Portugal (onde deu certo, pois havia pouca terra produtiva para muitas pessoas que necessitavam trabalhar) foi implantado no Brasil, e a coroa portuguesa “homenageava” seus colonizadores distribuindo terras em sua colônia como forma de agradecimento pelos serviços prestados a coroa portuguesa (RODRIGUES; RODRIGUES, 2013, p. 28).

Importa salientar que, os portugueses encontraram a terra habitada pelo índio. Este povo detinha uma cultura típica expressada por meio da dança, língua, ritmos próprios, pintura e religião. A sobrevivência desta população advinha, somente, da exploração racional daquilo que a natureza lhes oferecia, bem como do cultivo de pequenas lavouras

de subsistência, como a do milho, da mandioca, da caça e da pesca (RODRIGUES, 2001).

O donatário era revestido de poderes reais para administrar a área da terra, realizar a ocupação, construir povoações, desenvolver as atividades produtivas e distribuir sesmarias à pessoa da sua confiança. Nesse contexto:

Devido às dimensões de terras da colônia, ao adotar o sistema das sesmarias faltou gente para explorar tanta terra produtiva, pois era difícil para transportar para sua nova colônia todos que desejavam uma nova oportunidade. Desta forma o Estado Português decidiu utilizar o sistema sesmarial, no além-mar, com algumas adaptações (CERVO, 2013, P. 9-10).

A primeira lei instaurada sobre terras é do ano de 1850, considerada um marco histórico para o contexto legislativo agrário do País. Os eventos importantes que marcaram a instituição do Direito Agrário iniciaram após a Proclamação da República em 1889, principalmente a nível constitucional.

Segundo Barros (2013), embora já houvessem manifestações do Direito Agrário, antes da década de 1946, essa ciência autônoma ganhou maior visibilidade no período republicano. A pressão política, social e econômica daquela época forçou o surgimento desse sistema jurídico diferenciado, com a eclosão de movimentos armados que tinham como objetivo eliminar a propriedade individual no universo fundiário brasileiro.

Esse novo sistema citado têm cunho visivelmente social, protegendo o trabalhador rural em detrimento do proprietário rural, pela sapiência da desigualdade entre as duas partes promovia graves injustiças em toda a nação. Os conflitos agrários eram abarcados pelo Código Civil, tendo escopo à vontade das partes, que não é o caso do meio rural, que necessita de normas específicas.

O Direito Agrário contemporâneo se encontra representado por um processo evolutivo recente, porém possui um sistema jurídico completo, com seu próprio sistema de fontes (formais e materiais), no âmbito nacional e internacional. O Direito Agrário, embora seja uma ciência autônoma, não é um fenômeno independente dos outros ramos jurídicos, possuindo a interdisciplinaridade como característica. Ele é a consequência da necessidade de regras dos seres humanos relacionadas a algumas atividades, em um mundo que evolui rapidamente. O Direito Agrário, nesse sentido, deve cumprir uma função dentro do mundo econômico, social e cultural (ZELEDÓN, 2009, p. 18-19).

O mesmo é composto de características de direito público e privado. Quando se analisa pelo viés do direito constitucional (função social), administrativo (administração pública, desapropriação), ou do trabalho, tem característica de direito público. Já quando analisado quanto aos contratos (arrendamento, parceria, entre outros), há um direito claramente privado (COELHO, 2016, p. 24-25).

Àquele tem duas características essenciais: a imperatividade de suas regras, e que suas regras são sociais. Com imperatividade se quer dizer que existe uma forte intervenção do Estado nas relações agrárias. As partes dessas relações ficam com pouco espaço para

dispor de seus direitos, porque tudo já está previsto em lei, com aplicação obrigatória. Isso vem pelo entendimento de que as relações nesse campo são naturalmente desiguais, em favor daquele que detém a terra. A cogência desse direito vem então pois suas normas protetivas ao trabalhador rural (BARROS, 2013, p. 16-17).

A segunda característica, de que as regras são sociais, refere-se ao fato de que, diferentemente do direito civil, que busca manter o equilíbrio entre as partes, com o predomínio da autonomia das vontades, o Direito Agrário, constitui-se de forte preocupação social, porque quase a universalidade daqueles em que se aplicam as regras agrárias são trabalhadores, enquanto os proprietários são menos numerosos (BARROS, 2013, p. 17).

Em relação a importância do estudo do Direito Agrário e os contratos agrários, é importante lembrar que existem as formas contratuais, quais sejam:

A análise do contrato agrário e de seus contratos típicos e atípicos, se faz no contexto atual de grande importância, pois embora as normas do Estatuto da Terra e o regulamento decorram da década de 60, são na verdade regras que transparecem grande avanço, em prol de que a propriedade atinja sua função social, originando uma perfeita relação do homem com a terra, e por efeito em relação a própria comunidade, para a racionalização e adequação qualitativa e quantitativa da utilização da propriedade rural (COELHO, 2016, p. 18).

O estudo da temática dos arrendamentos rurais, diante de sua natureza e historicidade, acaba sendo objeto de estudo multidisciplinar, pois transcende o espaço agropecuário, revelando muitas discussões a respeito do “acesso à terra, reprodução social das categorias sociais, formas de agir em relação à terra e, especialmente, os desafios da desigualdade de recursos, poder e terra entre sujeitos políticos” (CASTRO, 2016, p. 198).

O arrendamento rural surge com o próprio Direito Agrário no momento em que foram traçadas as suas especificidades. Nesse contexto,

À trajetória histórica do arrendamento rural, que tinha uma conotação eminentemente mercantil e comercial desde o período colonial [...] somou-se a concepção jurídica de que seria um instrumento para ganhos de eficiência econômica. Sua legalidade estaria vinculada à eficiência defendida por diversos pensadores, no sentido de possibilitar a produtividade da terra, privilegiando o crescimento propugnado no modelo da revolução verde (CASTRO, 2013, p. 20).

O contrato de arrendamento caracteriza-se pela “[...] exploração de imóvel rural alheio para fins agrários, regulado pelo Estatuto da Terra, e que obedece aos ditames da referida legislação e da carta Constitucional” (SOARES, 2006, p. 101).

O Estatuto da Terra, através da Lei nº 4.504/1964 estabelece as relações jurídicas no meio rural. No artigo 92, contextualiza o uso ou a posse temporária da terra. No parágrafo 5º cita que “a alienação ou a imposição de ônus real ao imóvel não interrompe a vigência dos contratos de arrendamento ou de parceria, ficando o adquirente sub-rogado nos direitos e obrigações do alienante.”

O Decreto nº 59.566/1966 fundamenta os contratos agrários e suas essências. O

artigo 40 contextualiza os direitos e deveres aos arrendadores e aos arrendatários. No inciso II, estabelece que o arrendador é obrigado “a garantir ao arrendatário o uso e gozo do imóvel arrendado, durante todo o prazo do contrato”, assunto já tratado pelo Lei nº 4.504/1964.

Toda quebra contratual por parte do arrendador perante o arrendatário recairá sobre as normativas acima citadas da Lei nº 4.504/1964 e do Decreto nº 59.566/1966, garantirá o uso e gozo do imóvel arrendado sob pena de pagar por perdas e danos e lucros cessantes, observando a necessidade de proteger o arrendatário.

O Decreto nº 59.566/1966 garante poderes ao arrendador e ao arrendatário, bem como as suas obrigações, conforme o artigo 41, inciso III que:

O arrendatário é obrigado a levar ao conhecimento do arrendador, imediatamente, qualquer ameaça ou ato de turbação ou esbulho que, contra a sua posse vier a sofrer, e, ainda, de qualquer fato do qual resulte a necessidade de execução de obras ou reparos indispensáveis à garantia do uso do imóvel rural (COLEÇÃO SARAIVA, 2013).

No que diz respeito, a turbação, que é a perda de alguns poderes sobre a coisa, caracterizando o incômodo da posse, viabiliza que o possuidor seja mantido na posse da coisa. Já o esbulho é a perda total da posse, viabilizando ao possuidor a restituição da coisa, a reintegração da posse.

Já, o arrendamento rural é conceituado inicialmente pela Lei 4.504/64 e recepcionada posteriormente pelo Decreto nº 59.566/1966, que regulamenta as diretrizes sobre o uso e gozo do imóvel rural. O artigo 3 deste Decreto contextualiza:

Arrendamento rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de imóvel rural, parte ou partes do mesmo, benfeitorias e ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da Lei (BRASIL, 2013).

Com o advento evolutivo da noção jurídica de imóvel rural surge a necessidade de uma relação interpessoal entre comprador, vendedor e arrendatário, especialmente no século XX se caracteriza no período de grandes crises na economia oriunda do meio rural que vai provocar muitas transformações no setor.

Na medida em que o proprietário vai perdendo a sua capacidade de desenvolver as atividades produtivas, seja por dívidas, necessidade de evoluir na adoção de novas técnicas agrícolas, por esgotamento da fertilidade do solo, por questão de idade ou de sucessão, utiliza o instituto da transferência do seu direito de uso para outro produtor rural - não proprietário. Uma pessoa certamente dotada de melhores condições financeiras para fazer uso da propriedade, mediante condições expressas por acordo verbal ou por documento escrito, atualmente pactuado pelos contratos agrários.

A propriedade é bem importante dos Direitos Reais, na sua essência. Analisando o

direito de propriedade, como o direito de usar, gozar e usufruir, logra resultado acerca da posse. A função social da propriedade e da posse agrária, segundo Barros (2013, p. 39) menciona que,

[...] durante muito tempo, pairou na estrutura do direito pátrio a verdade de que a propriedade imóvel atingia seu ponto ótimo apenas satisfazendo o proprietário. O dogma, tinha pressuposto originário a sustentação filosófica e política de que ela se inseria no direito natural do homem e, dessa forma, apenas nele se exauria.

A função social da propriedade no Brasil passou a vigorar na Constituição de 1934 e adotou o princípio que se manteve sempre nas demais constituições. Na Constituição de 1969, a função social da propriedade foi apenas positivada como o princípio maior, porém sem detalhar o limite e abrangência. Afirma Barros (2013, p. 41) que “[...] coube ao Estatuto da Terra, uma lei ordinária, a oportunidade de conceituar, no seu art. 2º, parágrafo 1º, favorecendo o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam. Mantendo níveis satisfatórios de produtividade, assegurando a conservação dos recursos naturais.”

Nesse sentido, as partes formalizavam um acordo que em muitos casos, não possui fundamento jurídico. Normalmente a parte mais vantajosa ficava sob a posse do arrendador. O arrendatário desenvolve as atividades, gozando do direito de uso da propriedade. Como era costume, esse usufruía o contrato de porteira fechada, ou seja, utilizava toda a sua extensão, inclusive a vegetação permanente, com a finalidade de aumentar a área de cultivo e obter maiores rendimentos.

O imóvel rural é conceituado e positivado juridicamente pelo artigo 4º da Lei nº 8.629/1993. Nesse diapasão, o “imóvel rural é o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial” (BRASIL, 2013). As atividades elencadas são possíveis de serem desenvolvidas na propriedade, independente de quem a utiliza. Outra norma positivada que necessita ser trazida à baila é a Lei nº 4.504/1964. O fator principal é a necessidade em que essa lei fala sobre a celebração de um contrato agrário para o uso da terra, quer seja o proprietário, quer seja o não proprietário.

Através do contrato de arrendamento rural, que resulta da vontade das partes, necessita da vontade mútua. No entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 49), o “Contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelo princípio da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.” Conforme outros institutos ligados ao Direito, o contrato possui sua natureza jurídica, definida por Gomes (2016, p. 280), como “[...] a ação da vontade, que se dirige, de acordo com a lei, a constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica.”

De acordo com o Código Civil de 2002, o negócio jurídico torna-se nulo quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz, impossível ou indeterminável o seu objeto, o

motivo determinante - comum entre as partes - for ilícito. Nesse aspecto o agente deve ser capaz, o objeto deve ser lícito, determinado ou determinável, e a manifestação da vontade deve vir desse mesmo agente capaz.

A falta desse agente capaz, de objeto lícito, possível, determinado ou determinável, bem como a ausência de forma prescrita, ou a utilização de forma defesa em lei, acarretam a nulidade do negócio jurídico (NERY e NERY JUNIOR, 2015, p. 219).

Nos contratos agrários, o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64) optou pelos termos de contratos de arrendamento, onde o proprietário figura como o arrendador e o não proprietário figura como arrendatário. No princípio, essa lei regulamentou os contratos de arrendamento e parceria rural. Ulterior, surge o Decreto nº 59.566/1966 para versar sobre os contratos agrários em espécie. Barros (2013, p. 112) afirma que,

[...] com a entrada em vigor do Estatuto da Terra houve uma substituição da autonomia da vontade das partes pelo dirigismo estatal, pois entendia o legislador àquela época que o proprietário impunha sua vontade, retirando do homem que utilizasse das terras a liberdade de contratação, por esse motivo surgiu a figura interventora do Estado para desigualar essa desigualdade.

Há diversos contratos praticados que derivam da atividade agrária e tem como característica fundamental a finalidade produtiva ou vinculada à produção agropecuária. O conceito jurídico de contrato de arrendamento rural, objeto deste trabalho, Marques (2017, p. 177), afirma que,

[...] o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder a outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de imóvel rural, parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias e ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel, observando os limites percentuais da lei.

O contrato agrário tem ampla ligação com o desenvolvimento sustentável, assunto de grande valia que é pauta entre todas as autoridades mundiais. Conforme afirmam Barroso, Miranda e Soares (2005, p. 275),

[...] o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Conforme já mencionado, o contrato de arrendamento rural vale por tempo determinado ou não, tendo o arrendatário o direito de permanecer nas terras até o final da colheita e do contrato. Havendo divergências entre arrendados e arrendatários, caberá nas decisões os recursos previstos no artigo 994 do Código de Processo Civil e, também, Embargos de Terceiros, previsto no artigo 674 do referido código.

A análise do contrato de arrendamento rural é de grande valia embora as normas decorram da década de 1960, ainda no século passado, são regras que permitiram

grandes avanços nas garantias contratuais. Após tais considerações acerca do contrato de arrendamento rural, o próximo assunto versa sobre as garantias reais para os contratos de arrendamento rural.

Portanto, o termo *pacta sunt servanda* significa a afirmação de força obrigatória que os pactos, contratos ou obrigações assumidas devem ser cumpridos e respeitados plenamente, no intuito de que o contrato foi firmado por iniciativa das partes, alicerçado na autonomia da vontade, ou seja, devem honrar todo o pacto estabelecido. Afirma Subtil (2012, p. 32) que “o princípio *pacta sunt servanda* destina-se a preservar a autonomia da vontade declarada, incluindo a liberdade de firmar o contrato em causa, bem como a segurança jurídica subjacente.” Para evitar danos, lesões ou nulidades, as normas devem ser bem analisadas pelas partes, havendo sempre concordância entre os contratantes, inexistência de vícios de vontade, sempre respeitando os princípios fundamentais da boa-fé.

3 I AS GARANTIAS REAIS NOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO RURAL

O estudo direcionado às garantias reais nos contratos de mútuo são imprescindíveis para posteriormente elencar quais serão mais benéficas para o cumprimento do contrato de arrendamento rural. O tópico é essencial para a construção do trabalho e o entendimento acerca do assunto pelos operadores do Direito. Importa trazer a relação contratual entre o arrendante e o credor e entre o arrendante e o arrendatário. Nesse tópico serão abordadas três formas de garantias dos contratos mútuos de arrendamento rural, que justifica-se como as mais importantes para a presente pesquisa, quais sejam: em primeiro plano os Embargos de Terceiros, em segundo momento o Princípio da Menor Onerosidade e por último a garantia promovida pelo próprio contrato de arrendamento. Essas garantias são voltadas à proteção dos interesses do arrendatário, no sentido de que ele tenha seu contrato garantido até o final.

O primeiro assunto a ser tratado nessa pesquisa é os Embargos de Terceiro. No presente, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), refere-se ao processo de conhecimento e processo de execução, como tal são as ações possessórias. O juiz julga o direito na fase de conhecimento e por ser uma ação com caráter urgente já poderá emitir mandado de cumprimento, como o mandado de reintegração, o mandado de manutenção e interdito proibitório, concluindo a fase de execução.

O processo de execução compelido nos artigos 771 ao 777 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), autêntico em título extrajudicial, enaltece o poder instrutório do magistrado ordenando que as partes compareçam em juízo, em hora e data marcada, acompanhados pelos respectivos advogados, tendo a finalidade de ouvi-las, tomando conhecimentos e explicações. Os partícipes do processo devem ter o hábito da boa-fé, pela existência a fraude à execução, onde o devedor desvia seus bens, bens que possam

garantir as suas dívidas, com finalidade de lesar o direito do credor. Os bens e patrimônio do devedor estarão suscetíveis à expropriação através do processo de execução.

O objeto do Processo de Execução se tornará um título executivo extrajudicial. Nesse imbróglio será discutido o objeto lícito, determinado, pois são as terras a serem arrendadas, as assinaturas das partes, das testemunhas, comprovando a veracidade do acordo firmado. Delibera Medina (2016, p. 989), o “[...] título executivo é tradicionalmente definido como a condição estabelecida pela lei como a condição necessária e suficiente para a realização da tutela através do processo de execução, permitindo que se satisfaçam os atos executivos independentemente de averiguação judicial quanto à efetiva existência do direito que lhe é subjacente.”

O Código de Processo Civil oportuniza o terceiro lesado no processo de execução, onde o título fora assinado mediante contrato firmado entre si e o proprietário, propor Embargos de Terceiros na ação defendendo o seu direito e o bem do titular das terras, o terceiro estando em posse das terras para cumprir o seu papel, a sua função social, realizar as suas atividades, conforme previsto no primeiro parágrafo do artigo 674 do Código de Processo Civil¹.

Neste sentido, Parizatto (2015, p. 1581) afirma que “[...] a providência permitida pelo presente artigo, possibilita a quem, não sendo sofrer ameaça de constrição ou constrição sobre os bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo, poderá requerer sua inibição ou seu desfazimento por meio de embargos de terceiro.”

Pode-se afirmar que o processo de execução serve para assegurar os direitos básicos outorgados em lei, como o direito de moradia, o direito de viver dignamente, no qual será restabelecido, desconstituindo o ato que fora ameaçado, que é o bem de família, afigurando direito indisponível.

A segunda abordagem a ser tratada neste tópico trata-se do Princípio da Menor Onerosidade. Vale ressaltar que o Princípio da Menor Onerosidade em favor do arrendatário é fruto de uma decisão favorável ao arrendador que buscou nessa garantia uma forma de cumprir com o contrato de arrendamento rural e, mormente, liquidar a dívida que havia contraído. É decisão benéfica para todos os envolvidos nesse ato jurídico, extinguindo uma dívida e mantendo vigente o contrato de arrendamento rural.

Outrossim, menciona-se o Princípio da Menor Onerosidade, a qual corre lado a lado com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) trajou a intenção de repetir o revogado artigo 620 do antigo Código de 1973. Acrescentou no parágrafo único do artigo 805, com o propósito de executar a indicação de bens disponíveis e que considere menos gravoso, nestes termos: Art. 805. Quando por

¹ Art. 674. Quem, não sendo parte do processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados².

O Princípio da Menor Onerosidade atine à humanização (princípio da dignidade da pessoa humana) e a efetividade executória. O Ministro Teori Albino Zavascki do STF (2000, p. 418) menciona que:

Trata de típica regra de sobredireito, cuja função não é a de disciplinar situação concreta, e sim a de orientar a aplicação das demais normas do processo de execução, com a nítida finalidade de evitar atos executivos desnecessariamente onerosos ao devedor. O que se tem, em verdade, é uma declaração de princípio ideológico, alusiva à benignidade da execução moderna, a consagração de uma ordem de ideias segunda as quais não é legítimo sacrificar o patrimônio do devedor mais do que o indispensável para satisfazer o direito do credor.

O Princípio da Menor Onerosidade da execução ou da menor gravosidade ao executado foi reverenciado no Código de Processo Civil, no artigo 805. Trata-se de uma austeridade ao direito do exequente que não pode se valer abusivamente de todos os meios executivos, optando pela menor oneração ao executado, garantindo a defesa do seu patrimônio especialmente ao executado de boa-fé, possibilitando a reparação do débito de forma menos gravosa.

Na mesma linha de pensamento, De Sá (2021, p. 475) afirma que, “[...] este princípio está fundado em três balizas fundamentais: a) a dignidade da pessoa humana; b) a boa-fé processual; c) no caráter eminentemente patrimonial da execução.”

Nesse diapasão, o Princípio da Menor Onerosidade garante que a execução não seja excessivamente onerosa. Sobre a aplicação desse princípio, Farias (2015, p. 45) afirma que:

“[...] deve ser feita em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana e proporcionalidade, o que deve ser considerado não como proteção excessiva e insensata o incumprimento ao devedor, mas sim como forma de protegê-lo e também a sua família de uma situação de precariedade, sem obstar a sua sobrevivência.”

Percebe-se que o princípio supracitado tem por objetivo evitar o perecimento do devedor. De acordo com Tartuce (2012, p. 278),

Atento à peculiaridade e à delicadeza da situação, o ordenamento traz também previsões protetoras ao executado para evitar abusos pelo credor e preservar determinadas posições patrimoniais de vantagens alusivas a bens reputados essenciais. A esse propósito, preconiza a utilidade da execução (evitando-se atos expropriatórios inúteis) rechaça o aviltamento do executado (preservando certos bens pela impenhorabilidade) e expressamente ressaltada a diretriz do

² Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados

menor prejuízo possível ao devedor.

Conquanto, o Princípio da Menor Onerosidade busca proporcionar segurança ao executado a fim de proceder de forma menos onerosa para este, não esquecendo da abjuração do exequente que é o objetivo primordial. Para tanto, Neves (2015, p. 197) afirma que este princípio precisa ser “[...] interpretado à luz do princípio da efetividade da tutela executiva, sem a qual o processo não passa de enganação. O exequente tem direito à satisfação de seu direito, e no caminho para sua obtenção, naturalmente criará gravames ao executado. O que se pretende evitar é o exagero desnecessário de tais gravames.”

O estrito respeito ao Princípio da Menor Onerosidade não pode sacrificar a efetividade da tutela executiva. Neves (2015, p. 198) enaltece que “[...] caberá ao juiz, no caso concreto, aplicando as regras da razoabilidade e proporcionalidade, encontrar um “meio-termo” que evite sacrifícios exagerados tanto ao exequente como ao executado”. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de inexistir preponderância em abstrato, do Princípio da Menor Onerosidade para o executado sobre o da efetividade da tutela executiva. Então, Neves (2015, p. 200) explica:

Apesar da redação do artigo 805 do CPC em seu parágrafo único, cabe ao juiz aplicar as regras da razoabilidade e da proporcionalidade na análise da substituição do meio executivo, sendo possível que mesmo meios menos eficazes sejam admitidos quando não representarem sacrifício significativo à efetivação da tutela jurisdicional. Basta que proporcionalmente se perca pouco em termos de efetividade e se ganhe muito em termos de menor onerosidade.

Então a substituição da penhora deve ser norteadada pelo Princípio da Menor Onerosidade, já que não teria sentido por meio dela criar um sacrifício injustificado ao executado sem a devida contrapartida para a satisfação do direito do exequente. Neves (2015, p. 269) menciona que “[...] há hipóteses de substituição da penhora que, a depender da espécie do bem que venha a ser penhorado em um segundo momento, pode gerar uma inversão da ordem legal da penhora. Basta imaginar que um imóvel, previsto pelo art. 805 do Código de Processo Civil, em quinto lugar da ordem de penhora, seja objeto de garantia real; nesse caso, as partes podem pedir a substituição, nos termos do artigo 848, IV, do Código de Processo Civil, por qualquer outra espécie de bem, por exemplo, ações ou cotas sociais de sociedade empresarial, bem previsto em nono lugar da ordem de penhora. Ou ainda a penhora de veículo de via terrestre (em quarto na ordem) com alienação judicial frustrada, quando as partes poderão requerer, nos termos do art. 848, IV, Código de Processo Civil, sua substituição por um imóvel (em quinto na ordem)”.

Pouco resolve manter um bem penhorado inadequado à satisfação do direito, ainda que com isso seja gerada menor onerosidade ao executado. No que se refere à penhora de um bem imóvel locado (arrendado) ressalva Neves (2015, p. 270) “[...] basta imaginar que a substituição da penhora irá levar à garantia do juízo um imóvel do executado que

está locado, quando ele é proprietário de outro em condições similares e que está vazio. Nesse caso, a menor onerosidade exige que o bem que venha a ser penhorado em razão da substituição seja o imóvel vazio.”

Em termos de substituição da penhora, o Princípio da Menor Onerosidade e a ordem legal da penhora merecem destaques relacionados ao requerimento para substituir o bem penhorado por dinheiro. No entendimento de Neves (2015, p. 270) “[...] sendo elaborado o pedido pelo executado, que nesse caso assumiria eventual maior onerosidade derivada da substituição da penhora, entendo que o juiz poderá deferi-la liminarmente, porque nesse caso a medida será sempre favorável ao exequente, que não mais precisará passar pela fase de expropriação do bem para a satisfação de seu direito.”

A substituição da penhora é a maneira de menos onerar a relação jurídica do contrato realizado mutuamente, desde que tenham condições de requerer a substituição dando em garantia do pagamento da dívida o valor em dinheiro, bens imóveis de sua propriedade ou até bens móveis. Há maneiras de proteger o arrendatário que venha a sofrer a interferência no contrato de mútuo. Aplicando o supracitado princípio garante a plenitude do contrato de arrendamento rural, mediante a aplicação do princípio da menor onerosidade, assunto que será tratado na sequência da pesquisa.

A terceira abordagem a ser realizada envolve a temática acerca da garantia promovida pelo próprio contrato de arrendamento rural que se encontra positivado na Lei 4.504/1964 e o Decreto Federal nº 59.566/1966. O arrendamento rural é uma espécie de contrato. Os contratos são uma espécie do gênero negócio jurídico. A diferença entre um contrato e um negócio jurídico consiste no fato de que o aperfeiçoamento do contrato depende “da conjunção da vontade de duas ou mais partes [...] o contrato é o acordo de vontades para fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos” (VENOSA, 2011, p. 372). Dessa forma o arrendamento rural,

[...] é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder a outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de imóvel rural, parte ou partes dele, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias e ou facilidades, como objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel observados os limites percentuais da Lei, sendo esta a definição legal. Portanto, o preço é certo, devendo ser ajustado em dinheiro, mas o pagamento poderá ser em produtos, em que o proprietário ou possuidor (arrendador) não participa dos riscos do negócio (COELHO, 2016, p. 83).

O direito de propriedade, diante da evolução social, passou por várias mudanças, que decorrem principalmente das mutações sociais e da constitucionalização do direito de propriedade. O direito de propriedade confere os poderes de uso, gozo e disposição do bem. Esses poderes poderão ser exercidos pelo próprio proprietário, ou poderá haver cessão onerosa ou gratuita de direitos (SOARES, 2006, p. 100).

O negócio jurídico só se concretizará mediante a vontade das partes, sendo a

vontade, um elemento fundante desse negócio, e com a ausência desse elemento fundante, se configura a inexistência do negócio, que não chega a ser formado por insuficiência para a sua manifestação. Porém, havendo a vontade do declarante, sendo assim, configurando o negócio jurídico, este vem a ser válido ou inválido, dependendo da forma e para qual efeito a vontade, do sujeito, venha a ser manifestada. A invalidade é uma realidade fenomênica do direito e a inexistência é outra realidade (NERY e NERY JUNIOR, 2015, p. 218).

Os contratos regulamentados pelo Direito Agrário constituem relações jurídicas de natureza privada e tem como objetivo principal a exploração da terra mantendo a função social, destinando-se aos imóveis rurais orientados por uma legislação especial alicerçada no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. A função social da propriedade é um compromisso firmado pelo proprietário rural quando o mesmo produz na terra ou quando a propriedade é arrendada, responsabiliza-se o arrendador. Os dispositivos legais que regulam a função social estão alocados no artigo 5º incisos XXII e XXIII da Constituição Federal de 1988, onde o direito individual se alia com o cumprimento da função social. Já no Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002), no artigo 1228, está prevista a prevenção do meio ambiente.

O contrato de arrendamento rural é positivado pela Lei 4.504/1964, que veio a fortalecer a legislação agrária e trazer ideias modernas para aquela época:

O marco legal da política fundiária do novo regime, o Estatuto da Terra, reconhecia o direito de propriedade daqueles que demonstrassem a posse da terra, os direitos daqueles que arrendavam e também daqueles que trabalhavam em terra alheia. Além disso, sancionava a ideia de “função social da propriedade” que serviria de critério para desapropriações de terras visando a reforma agrária no país (REIS, 2012, p. 91).

Conforme citado no tópico anterior, o artigo 92 da Lei 4.504/1964 estabelece que a posse ou o uso temporário da terra serão exercidos em virtude de contrato expresso ou tácito, estabelecido entre o proprietário e os que nela exercem atividade agrícola ou pecuária, sob forma de arrendamento rural, parceria agrícola, etc. No § 1º desse mesmo artigo, afirma que “o proprietário garantirá ao arrendatário ou parceiro o uso e gozo do imóvel arrendado ou cedido em parceria.” Ora, se o proprietário garante o imóvel cedido em parceria, presume-se a garantia necessária para o cumprimento do contrato de arrendamento rural.

O Decreto Federal nº 59.566/1966, conforme disposto no artigo 3, caracteriza-se por ser um Contrato Agrário no qual o proprietário do imóvel rural cede ao arrendatário o uso e gozo do imóvel (no todo ou em partes), podendo ceder, ainda, suas benfeitorias, bens e demais facilidades, por um período de tempo determinado ou não. A finalidade do uso da terra, pelo arrendatário, é o exercício de atividades de exploração agropecuária ou agroindustrial, mediante o pagamento de um determinado valor. O artigo 28 diz que ao verificar a resolução ou extinção do direito do arrendador sobre o imóvel rural, fica garantido

ao arrendatário a permanecer nele até o término dos trabalhos que forem necessários à colheita. O artigo 40, no inciso II, deste mesmo Decreto corrobora com o artigo 92 do Estatuto da Terra, garantindo ao arrendatário o uso e gozo do imóvel arrendado, durante todo o prazo do contrato.

Portanto, as três formas de garantias dos contratos mútuos de arrendamento rural, que se justificam como as mais importantes para a presente pesquisa, são passíveis de proteção dos interesses do arrendatário, no sentido de que ele tenha seu contrato garantido até o final. Após essas considerações, o entendimento jurisprudencial é necessário para fundamentar a presente pesquisa, temática a ser abordada na sequência.

4 | DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DOS EMBARGOS DE TERCEIRO DIANTE DA EXECUÇÃO DA HIPOTECA DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL

A materialização do direito tutelado pelo presente trabalho é dado pela jurisprudência³. A execução da hipoteca será efetivada se o devedor, ora arrendante, não cumprir com a sua obrigação. Porém há um terceiro interessado, ora arrendatário, que ingressa com a ação de Embargos de Terceiro pleiteando a manutenção da posse do imóvel arrendado e do cumprimento do contrato de arrendamento rural.

A hipoteca é um direito real de garantia que afeta bem imóvel para o cumprimento de uma obrigação. Ao existir um direito dessa natureza, afeta um bem do devedor, sujeitando-o através de um laço real, ao resgate da dívida garantida. Diniz (2007, p. 526) afirma que a hipoteca é:

[...] um direito real de garantia de natureza civil, que grava coisa imóvel ou bem que a lei entende por hipotecável, pertencente ao devedor ou a terceiro, sem transmissão de posse ao credor, conferindo a este o direito de promover a sua venda judicial, pagando-se, preferentemente, se inadimplente o devedor. É, portanto, um direito sobre o valor da coisa onerada e não sobre sua substância.

Então, a hipoteca é o direito real que o devedor confere ao credor, sobre um bem imóvel de sua propriedade ou de outrem, para que o mesmo responda pelo resgate da dívida. O que garante a dívida é a substância de um imóvel, no qual continua na posse do proprietário, embora responda pelo resgate do débito. O devedor conserva em suas mãos o bem dado em garantia. Mas, não paga a dívida, o devedor pode alienar judicialmente a coisa. O preço alcançado tem primazia para cobrar-se da totalidade da dívida e de seus acessórios (VENOSA, 2021, p. 597).

No que tange aos Embargos de Terceiro, menciona Pinho (2021, p. 348) que “os embargos de terceiro estão previstos no art. 674 do Código de Processo Civil. São

³ Justificam-se as escolhas destas jurisprudências devido à complexidade da temática e a dificuldade de encontrá-las, não trazendo jurisprudências atualizadas, ou seja, foram apresentadas decisões do ano de 2011, 2012 e 2013.

o remédio processual de defesa do estranho ao processo, contra o esbulho judicial. A delimitação das hipóteses de cabimento é motivo de constante discussão jurisprudencial”.

Os Embargos de Terceiro são, em regra, ações defensivas da posse e da propriedade e quando visam a defesa da primeira, os seus pressupostos objetivos são semelhantes aos das ações possessórias: posse ou lesão ou possibilidade de sua lesão.

Sendo assim, aborda-se duas decisões jurisprudenciais favoráveis e uma decisão desfavorável aos Embargos de Terceiro, bem como uma decisão jurisprudencial sobre o Princípio da Menor Onerosidade.

Os Embargos de Terceiro é instrumento hábil à defesa do arrendamento rural em caso de constrição judicial, não podendo ser afetada a produção agrícola, que é o objeto do contrato. Esta primeira jurisprudência a ser apresentada se constitui no entendimento quanto a Jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, como demonstrado abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO - CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL - CELEBRAÇÃO EM DATA ANTERIOR À AÇÃO EXECUTIVA - CONSTRIÇÃO JUDICIAL - POSSIBILIDADE - PRODUÇÃO DE CAFÉ - OBJETO DO CONTRATO - PATRIMÔNIO DE TERCEIRO - PENHORA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA INDÍCIOS DE FRAUDE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O art. 92, da Lei 4.504/64 - Estatuto da Terra, prescreve que “A posse ou uso temporário da terra serão exercidos em virtude de contrato expresso ou tácito, estabelecido entre o proprietário e os que nela exercem atividade agrícola ou pecuária, sob forma de arrendamento rural, de parceria agrícola, pecuária, agro-industrial e extrativa, nos termos desta Lei.”, não prevendo a Lei 6.015/76 a necessidade de registrá-lo. Os embargos de terceiro é instrumento hábil à defesa do arrendamento rural, em caso de constrição judicial, nos termos do art. 1.046, do Código de Processo Civil, não podendo ser afetada a produção agrícola, que é o objeto do contrato. (TJ-MG - AC: 10140110015249001 MG, Relator: Newton Teixeira Carvalho, Data de Julgamento: 06/06/2013, Câmaras Cíveis / 13ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 14/06/2013)

Tratam-se os Embargos de Terceiro como instituto do nosso direito processual, de ação autônoma, especial e de procedimento sumário, destinada a excluir a constrição judicial os bens de que o terceiro tem a posse ou a posse e o domínio. Cabe salientar que nessa decisão do Egrégio Tribunal de Justiça a ação executiva que originou a constrição judicial foi fruto de um contrato de arrendamento rural no qual foi celebrado anteriormente à penhora efetivada.

O artigo 92 da Lei 4.504/64 - Estatuto da Terra, prescreve que, “A posse ou uso temporário da terra serão exercidos em virtude de contrato expresso ou tácito, estabelecido entre o proprietário e os que nela exercem atividade agrícola ou pecuária, sob forma de arrendamento rural, de parceria agrícola, pecuária, agro-industrial e extrativa, nos termos desta Lei.” O parágrafo 5º deste artigo, versa sobre a vigência destes contratos de uso, dispõe que “a alienação ou a imposição de ônus real ao imóvel não interrompe a vigência

dos contratos de arrendamento ou de parceria, ficando o adquirente sub-rogado nos direitos e obrigações do alienante.”

Entende-se que é possível o manejo dos Embargos de Terceiro pelo arrendamento rural, para proteger o contrato de arrendamento rural. No caso em tela, o contrato de arrendamento rural tem por objeto de exploração a atividade agrícola através do plantio de café, que não pode ser afetado pela constrição judicial, motivo de ressalvar a colheita. O que pode restar ao arrendatário é acionar o arrendante por eventuais perdas e danos. Este é o entendimento desse Tribunal:

EMBARGOS DE TERCEIRO - ARRESTO - ARRENDAMENTO RURAL - ÔNUS DA PROVA. Cabe aos arrendatários de propriedade rural, em embargos de terceiro, a defesa de ameaça através de arresto aos direitos e bens decorrentes do contrato de arrendamento. (TJ-MG - AC: 10035071031732002 Araguari, Relator: Otávio Portes, Data de Julgamento: 04/07/2012, Câmaras Cíveis Isoladas / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/07/2012).

Nesta segunda jurisprudência a ser apresentada se constitui na decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o arrendatário, ora embargante, firmou contrato de arrendamento rural para cultivo de soja no ano de 2003. Não obstante, o arrendador firmou contrato com a embargada com a Cédula de Produto Rural, objeto dos Embargos de Terceiro. Em razão da celebração dos contratos de mútuo e do inadimplemento do arrendatário, eis o litígio, conforme jurisprudência abaixo:

EMBARGOS DE TERCEIROS. CONTRATO DE PARCERIA AGRÍCOLA. EFICÁCIA CONTRA TERCEIROS. AUSÊNCIA DE REGISTRO. POSSIBILIDADE. ESTATUTO DA TERRA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INADMISSIBILIDADE. 1 – Nos termos do art. 92, do Estatuto da Terra, Lei nº 4.504/64, a posse ou uso temporário da terra serão exercidos em virtude de contrato expresso ou tácito, estabelecido entre o proprietário e os que nela exercem atividade agrícola ou pecuária, sob forma de arrendamento rural, de parceria agrícola, pecuária, agro-industrial e extrativa. 2 – Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, “a parceria agrícola, passível de ajuste nas formas escrita e verbal, não se inclui entre os documentos e contratos sujeito a registro para produzir efeitos perante terceiros, diante do disposto nos arts. 127, inciso V, e 129 da Lei n. 6.015/73 (Registros Públicos)”.

(TJ – MG – AC: 10528070023908001 Prata, Relator: Claudia Maia, Data de Julgamento: 07/04/2011, Câmaras Cíveis Isoladas / 13ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/04/2011)

Ressalta-se que na sentença recorrida, o juiz singular julgou antecipadamente o feito, com base no artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, por entender que a inexistência do registro do contrato de arrendamento rural com cláusula de parceria agrícola, implicará em sua ineficácia contra terceiros. Primeiramente, urge ressaltar que embora conste na sentença a solução da lide, o caso concreto diz respeito a possível crédito proveniente de garantia real prevista em Cédula de Produto Rural, o que merece reparo.

Consta no artigo 92, da Lei 4.504/64 - Estatuto da Terra, as diversas formas de posse ou uso temporário da terra. O parágrafo 5º deste mesmo diploma enaltece a vigência destes contratos de uso, dispondo que “a alienação ou a imposição do ônus real ao imóvel não interrompe a vigência dos contratos de arrendamento ou de parceria ficando o adquirente sub-rogado nos direitos e obrigações do alienante”. Da exegese deste dispositivo legal é concluso que pelo intuito da legislação de deferir ao contrato de parceria rural a plena viabilidade, possibilitando sua celebração e produção de efeitos se produzido mesmo de forma verbal, corroborado pelo artigo 11 do Decreto Lei nº 59.566/66. Por sua vez, Barros (2013, p. 118), entende ser uma questão lógica:

[...] os contratos agrários, além da forma expressa ou escrita, podem existir tácita ou verbalmente. A lógica do legislador em permitir a existência dessa forma de contrato reside na própria realidade rural onde a cultura é subsumida pelo trabalho e o fio de bigode ou o apalavrado, pelo documento. Permitir que os contratos agrários somente se caracterizem de forma escrita é dificultar ou até mesmo impedir a demonstração de direitos de quem se buscou proteger.

A própria Lei n. 6.015/73 que trata dos Registros Públicos, não prevê entre o rol de instrumentos dependentes de registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos para sua validade o supracitado tipo contratual. Imprescindível destacar que por serem Leis específicas, estas prevalecem e se sobrepõem perante a regra geral disposta no Código Civil, segundo o qual é exigido o registro público para a vigência dos instrumentos particulares perante terceiros. Nesse mesmo viés, menciona Barros (2013, p. 117) que os contratos agrários:

[...] não podem ser interpretados da mesma forma que os contratos regidos pelo Código Civil. Embora não se negue que a estrutura básica e genérica de qualquer contrato encontra montagem nos fundamentos da legislação civil, como, por exemplo, a existência de agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não proibida em lei, a estrutura sistemática dos contratos que este regramento estabelece ou está calcada na plena autonomia de vontade ou liberdade contratual. Isso significa que as partes são livres contratualmente e o que firmarem terá força de lei entre elas.

É necessário ressaltar que, havendo liberdade das partes para celebração do contrato de arrendamento rural/parceria rural, podendo ser este, inclusive, verbal, seu registro não pode ser exigido para que produza efeitos perante terceiros, principalmente sendo de conhecimento da embargada a sua existência, por constar na própria Cédula de Produto Rural firmada três anos após sua vigência. Assim, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONTRARIEDADE AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. IMÓVEL RURAL. PARCERIA AGRÍCOLA. CONTRATO VERBAL. REGISTRO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. ARTS. 127, V, E 129 DA LEI N. 6.015/73. ALIENAÇÃO DO IMÓVEL. SUB-ROGAÇÃO DO ADQUIRENTE NOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO ALIENANTE. ART. 92, § 5º, DO ESTATUTO DA TERRA. 1 – É improcedente a arguição da contrariedade ao artigo 535,

inciso II, do Código de Processo Civil, quando o Tribunal de origem, ainda que não emita juízo de valor sobre todos pontos suscitados em sede recursal, examina e decide, de forma adequada e suficientemente, as questões que delimitam a controvérsia. 2 – A teor da regra prescrita no § 5º do art. 92 do Estatuto da Terra, mesmo após a alienação do imóvel rural objeto da parceria agrícola, permanecerá este subsistente, independentemente de contrato expresso e de correspondente registro, sub-rogando o adquirente nos direitos e obrigações do alienante. 3 – A parceria agrícola, passível de ajuste nas formas escrita e verbal, não se inclui entre os documentos e contratos sujeitos a registro para produzir efeitos perante terceiros, diante do disposto nos arts. 127, inciso V, e 129 da Lei n. 6.015/73 (Registros Públicos)⁴. 4 – Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.

(STJ, REsp 721231/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 28/04/2008).

Então, merece ser cassada a sentença recorrida, visto que julgado antecipadamente o feito sem a instrução devida e por entendimento que não merece prosperar, impondo-se o processamento dos embargos de terceiro proposto, com a garantia da oportunidade das partes de produzirem amplamente as provas, pois não envolve apenas questão meramente de direito, mas de matéria fática e complexa, pois fere diretamente o arrendatário e sua produção. Nessa decisão foi dado o provimento aos Embargos de Terceiro.

Pela análise dos princípios que regem os contratos agrários, cita Barros (2013, p. 148) que “[...] observa-se uma preocupação do legislador com aquele que em sua visão seria a mais fragilizada na relação contratual e, portanto, merece a sua proteção.”

Em 1964, o Brasil efetivamente tinha uma estrutura agrária primogênita, muito porque as formas de exploração nessa atividade ainda não tinham um grau altamente eficiente e produtivo. Ulterior, o resultado econômico do trabalho do arrendatário era irrelevante, o que exigia uma maior proteção a quem dele dependia. Conquanto, passados mais de cinquenta anos, diz Barros (2013, p. 148):

[...] o Brasil agrário mudou substancialmente, e os índices de produtividade na exploração rural se encontram entre os melhores do mundo. Ademais, muitos arrendadores e parceiros-outorgados são empresas de lastro econômico maior do que o próprio capital constituído da terra pelo arrendatário. Dessa forma, se a preocupação do legislador era proteger o trabalho porque este sofria subsunção do capital, aplicar-se a mesma estrutura legal para quem hoje é verdadeiramente o detentor do capital é praticar injustiça.

Nesta terceira jurisprudência a ser apresentada se constitui em decisão contrária aos embargos, conforme o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferiram acórdão negando provimento aos embargos, visto que a embargante não era parte legítima. Porém, a embargante poderá manter a posse direta sobre o imóvel em razão do contrato de arrendamento rural. Não se denota interesse jurídico em insurgir contra a constrição judicial

⁴ Na parceria agrícola, não há necessidade de incluir entre os documentos e contratos sujeitos a registro público para produzir efeitos perante terceiros. Porém, no arrendamento rural é obrigatório o registro do contrato de arrendamento rural na matrícula.

do bem, visto que a dívida da proprietária não denota a disponibilidade sobre o bem. Eis a decisão:

EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO DE CÉDULA DE CRÉDITO PIGNORATÍCIA E HIPOTECÁRIA. PROPRIEDADE RURAL DADA EM GARANTIA. PENHORA. CONTRATO DE ARRENDAMENTO AGRÍCOLA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO ARRENDATÁRIO. Embargos de terceiro extintos. Preliminar rejeitada. Negado provimento ao recurso. (TJ-SP – APL: 3001873-58.2013.8.26.0218, Relator: Itamar Gaino. Data de julgamento: 15/09/2014, 21ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/09/2014)

A quarta jurisprudência a ser analisada no presente tópico trata-se da aplicabilidade do Princípio da Menor Onerosidade, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais cumpriu a sentença possibilitando a substituição da penhora, a qual incumbe ao devedor comprovar que a substituição da penhora será menos onerosa e que não trará prejuízos ao exequente. Frustradas as tentativas de alienação judicial do imóvel rural penhorado, está autorizada a substituição da constrição para que recaia sobre bem de maior liquidez, qual seja, os créditos oriundos do contrato de arrendamento rural firmado entre a devedora e terceiros. Não houve desrespeito ao Princípio da Menor Onerosidade, pois o imóvel não foi penhorado, apenas rendimentos. Eis a decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL PENHORADO. LEILÕES FRUSTRADOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. CRÉDITO DECORRENTE DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL. POSSIBILIDADE. (TJ-MG – AI: 10710020040741002 Vazante, Relator: Jaqueline Calabria Albuquerque, Data de Julgamento: 06/10/2020, Câmaras Cíveis/10º CÂMARA CÍVEL, Data da Publicação: 15/10/2020)

Fora realizada a penhora sobre o bem imóvel de propriedade da executada. No entanto, restaram frustradas as tentativas de arrematação do bem via leilão, o que motivou a prolação da decisão agravada, por meio da qual autorizou a substituição da penhora que passou a recair sobre crédito pertencente à executada, em razão do contrato de arrendamento do imóvel rural firmado com terceiros. O Princípio da Menor Onerosidade garante que a execução seja feita em proveito do credor, mas com respeito ao postulado que impõe a execução pelo modo menos gravoso ao devedor.

No entendimento jurisprudencial acerca dos Embargos de Terceiro foi permeada pelo princípio da boa-fé contratual, garantindo o cumprimento do contrato de arrendamento rural, bem como reduzir os efeitos da execução da hipoteca. Quanto à questão do princípio da menor onerosidade é notável que se a substituição da penhora traz liquidez a dívida do arrendador será benéfica para todas as partes, garantindo a manutenção da posse da terra, não afetando a produção.

Sendo assim, as hipóteses da asserção da aplicabilidade do Princípio da Menor Onerosidade nos Embargos de Terceiro e da força do próprio contrato de arrendamento rural na execução da hipoteca, durante a vigência do contrato de arrendamento rural, foram confirmadas e a problemática foi solucionada.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao concluir a presente pesquisa, dos Embargos de Terceiro e o Princípio da Menor Onerosidade, garantias para o cumprimento do contrato de arrendamento rural, pode-se dizer que, a legislação, a doutrina e a jurisprudência amparam o arrendatário daqueles que venham a interferir no contrato de arrendamento rural. O contrato em si é garantia certa perante outras reivindicações. A posse do imóvel permanecerá com o arrendatário até o prazo final que estiver estipulado no contrato, potencializado pelo princípio da boa-fé. O Direito Agrário é um direito autônomo e tem força para manter a posse do arrendatário, independente da vontade de terceiros, que porventura vieram a gravar ônus real naquela área.

No que tange ao princípio da menor onerosidade, a substituição da penhora é a maneira de menos onerar a relação jurídica do contrato realizado mutuamente. Basta o arrendador requerer a substituição, dando em garantia do pagamento da dívida o valor em dinheiro, bens imóveis de sua propriedade ou até bens móveis. Há maneiras de proteger o arrendatário que venha a sofrer a interferência no contrato de mútuo. Aplicando o supracitado princípio garantirá a plenitude do contrato de arrendamento rural, mediante a aplicação do princípio da menor onerosidade.

Os Embargos de Terceiro garantem a tranquilidade do arrendatário para exercer as suas funções no meio rural, garantindo o sustento à família, gerando empregos e fazendo com que a economia se desenvolva. Como o mutuário não está cultivando a área de terra, descabe a alegação de impenhorabilidade em sede de Embargos à Execução. Nesse momento, o arrendatário torna-se parte interessada na execução do processo, pois interfere diretamente na relação jurídica com o arrendante que, por hora, é mutuário. Nesse diapasão, caso prevaleça a preferência do mutuante, intercorrerá prejuízo ao arrendatário, que ficará privado do uso e gozo da terra. Então, surge a asserção da aplicabilidade do Princípio da Menor Onerosidade em vez do Ajuizamento da ação de Embargos de Terceiro, como forma de reduzir os efeitos da execução e garantir o pleno cumprimento do contrato de arrendamento rural. Os Embargos de Terceiro se tornam efetivos diante do processo de execução da hipoteca pelo fato de que o contrato de arrendamento rural tem maior força e se sobrepõe na questão da manutenção da posse da terra até findar o contrato de arrendamento, objetivando suprir o interesse do arrendatário por ser a parte fragilizada no processo, com a finalidade de garantir a produção e o cumprimento de seus compromissos.

A jurisprudência divide-se nos julgamentos dos Embargos de Terceiro, apesar das decisões favoráveis corroborarem com o título do trabalho. Na primeira decisão do tópico acima, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais protegeu o contrato de arrendamento rural, assegurando o direito do arrendatário em permanecer na posse da área e ressaltar a colheita, confirmando que a alienação ou a imposição de ônus real ao imóvel não interrompe a vigência do contrato de arrendamento rural.

Na decisão jurisprudencial acerca do Princípio da Menor Onerosidade, o julgador cumpriu a sentença possibilitando a substituição da penhora pelos créditos oriundos do contrato de arrendamento rural firmada entre a devedora e o terceiro - arrendatário. Não houve desprezo ao Princípio e muito menos ao contrato de arrendamento, pelo contrário, a decisão corroborou com a temática central do presente trabalho e trouxe liquidez à dívida do arrendador, beneficiou todas as partes envolvidas e garantiu a manutenção da posse da terra pelo arrendatário, perpassando pelo princípio da boa-fé contratual e garantindo a redução dos efeitos diante da execução da hipoteca.

Doravante, é essencial atualizações nas Leis que regem os contratos agrários, apesar de estarem em consonância com a temática, o Estatuto da Terra é datado do dia 30 de novembro de 1964 e necessita um olhar de modernização, detalhado, uma visão futurística, em razão do poder agrário em nosso Estado, proporcionando maior efetividade nas garantias reais dos contratos de arrendamento rural.

O Estatuto da Terra - Lei nº 4.504/1964 foi afirmativo, pois não restam dúvidas acerca da garantia da aplicação do contrato de arrendamento rural e a garantia do arrendatário em usufruir e gozar do imóvel até o final do contrato. É fundamental a proteção que o Estatuto da Terra estabeleceu, para que o arrendatário usufrua da terra com toda a tranquilidade e o arrendador seja responsável pela manutenção segura da posse perante o contrato.

Por sua vez, o Decreto nº 59.566/1966 já mencionado nesta pesquisa, fundamentou os contratos agrários e suas essências, caracterizando os direitos e deveres aos arrendadores e aos arrendatários. Corrobora, novamente, que a garantia ao arrendatário do uso e gozo do imóvel arrendado, durante todo o prazo do contrato. Qualquer quebra contratual promovida pelo arrendador trará prejuízos ao arrendatário, que terá plenos direitos por perdas e danos e lucros cessantes até o final do contrato. Sendo assim, o arrendatário tem o dever de levar ao conhecimento do arrendador todo e qualquer esbulho ou turbação que, porventura, esteja acontecendo na propriedade arrendada, a fim de que seus direitos contratuais sejam garantidos na forma da legislação agrária e do contrato firmado entre as partes. Portanto, a maior garantia do arrendatário contra execução de hipotecas ou qualquer quebra contratual por parte do arrendador, é o contrato de arrendamento constituído na forma da legislação agrária e civil Brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Código de Processo Civil - Lei 13.105, de março de 2015.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Alexandre de Moraes (Org.) 45. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

BRASIL. Lei nº 10.496 de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. Thomson Reuters (Org.). 11. ed. Atualizada, revisada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Lei nº 4.504 de 30 de novembro de 1964. **Estatuto da Terra. Coleção Saraiva de Legislação**. 24. ed. Atualizada. São Paulo, 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (13. Câmara Cível). **Apelação Cível** 10140110015249001/MG, Apelação cível. Embargos de terceiro. Contrato de arrendamento rural. Celebração em data anterior à ação executiva. Constrição judicial. Possibilidade. Produção de café. Objeto do contrato. Patrimônio de terceiro. Penhora. Impossibilidade. Ausência indícios de fraude. Recurso parcialmente provido. Relator: Newton Teixeira Carvalho, Data de Julgamento: 06/06/2013, Câmaras Cíveis. **JusBrasil**, 2013 Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115588695/apelacao-civel-ac-10140110015249001-mg>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (16. Câmara Cível). **Apelação Cível** 10035071031732002/MG, Apelação cível. Embargos de terceiro. Arresto. Arrendamento rural. Ônus da prova. Relator: Otávio Portes, Data de Julgamento: 04/07/2012, Câmaras Cíveis Isoladas. **JusBrasil**, 2012 Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/944018728/apelacao-civel-ac-10035071031732002-araguari/inteiro-teor-944018876>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (13. Câmara Cível). **Apelação Cível** 10528070023908001/MG, Apelação cível. Embargos de terceiro. Contrato de parceria agrícola. Eficácia contra terceiros. Ausência de registro. Possibilidade. Estatuto da terra. Julgamento antecipado da lide. Inadmissibilidade. Relator: Cláudia Maia, Data de Julgamento: 07/04/2011, Câmaras Cíveis Isoladas. **JusBrasil**, 2011 Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943250725/apelacao-civel-ac-10528070023908001-prata>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial** 721231SP, Processual civil e civil. Imóvel rural. Parceria Agrícola. Contrato verbal. Registro público. Desnecessidade. Alienação do imóvel. Sub-rogação do adquirente nos direitos e obrigações do alienante. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 08/04/2008, T4 – Quarta Turma. **JusBrasil**, 2008 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/603459/recurso-especial-resp-721231-sp-2005-0013874-8/inteiro-teor-100360897>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (21. Câmara de Direito Privado). **Embargos de Terceiro** 30018735820138260218/SP, Embargos de terceiro. Execução cédula crédito pignoratícia e hipotecária. Propriedade rural dada em hipoteca. Penhora. Contrato de arrendamento agrícola. Legitimidade ad causam do arrendatário. Relator: Itamar Gaino, Data de Julgamento: 15/09/2014, Câmara de Direito Privado. **JusBrasil**, 2014 Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/140530292/apelacao-apl-30018735820138260218-sp-3001873-5820138260218/inteiro-teor-140530301>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (10. Câmara Cível). **Apelação Cível** 10710020040741002/MG, Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Alienação de bem imóvel penhorado. Leilões frustrados. Substituição de penhora. Crédito decorrente de contrato de arrendamento rural. Possibilidade. Relator: Jaqueline Calábria Albuquerque, Data de Julgamento: 15/10/2020, Câmaras Cíveis. **JusBrasil**, 2020 Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1114248162/agravo-de-instrumento-cv-ai-10710020040741002-vazante>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/l4504.htm>. Acesso em: 11 novembro 2021.

BRASIL. **Decreto nº 59.566, de 14 de novembro de 1966.** Regulamenta as Seções I, II e III do Capítulo IV do Título III da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, o Capítulo III da Lei nº 4.947, de 06 de abril de 1966, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d59566.htm. Acesso em: 11 novembro 2021.

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de Direito Agrário.** 8. ed. Porto Alegre, 2013.

BARROSO, L.A.; MIRANDA, A. G.; SOARES, M. L. Q. **O Direito Agrário na Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COELHO, José Fernando Lutz. **Contratos agrários: uma visão neagrarista.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

COSTA, José Bezerra. **Arrendamento Rural: direito de preferência.** Goiânia: AB Editora, 1993.

DINIZ, Maria. Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. **Desjudicialização do processo de execução: o modelo português como uma alternativa estratégica para a execução civil brasileira.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 45.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil - Contratos: Teoria Geral.** 11. ed. Saraiva. São Paulo. 2015.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa.** Porto Alegre: .UFRGS, 2009. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cursopgdr/downloadsSerie/derad005.pdf>. Acesso em: 23 out. 2021.

GOMES, O. **Direitos reais.** 21. ed. Atualizador Luiz Edson Fachin. Coordenador Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e Outros Escritos.** São Paulo, 1994.

MARQUES, Benedito Ferreira; MARQUES, Carla Regina Silva. **Direito Agrário Brasileiro.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno.** 2. ed. São Paulo, 2016.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil.** Vol. I. São Paulo.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PARIZATTO, João Roberto. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** Vol. II. 2. ed. São Paulo, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina D. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo.** Disponível em: Minha Biblioteca, (3rd edição). Editora Saraiva, 2021.

REIS, Rossana Rocha. **O direito à terra como um direito humano: a luta pela reforma agrária e o movimento de direitos humanos no Brasil.** São Paulo, 2012. Disponível em: . Acesso: 06 mai. 2018.

RODRIGUES, Domingos Benedetti. **Propriedade Familiar Rural no Brasil Espaço de Conquista da Cidadania.** Série Dissertações de Mestrado. Ijuí RS: Editora Unijuí, 2001.

RODRIGUES, Domingos Benedetti; RODRIGUES, Mhaiandry Benedetti. Aportes Axiológicos Universais e Brasileiros Para o Desenvolvimento Sustentável do Meio Rural. IN. MERA, Claudia Maria Prudêncio de; RODRIGUES, Domingos Benedetti; BORTOLOTTTO, Rafael Pivotto. (Org). **Desenvolvimento Agropecuário Sustentável.** Cruz Alta RS, Editora Ilustração, 2019.

SÁ, Renato Montans D. **Manual de Direito Processual Civil.** Disponível em: Minha Biblioteca, (6th edição). Editora Saraiva, 2021.

SOARES, Rafael Machado. **O direito de preferência no contrato de arrendamento rural à luz da hermenêutica constitucional.** Just. do Direito, Passo Fundo, n. 20, n. 1, 2006. Disponível em: Acesso: 15 out. 2021.

SUBTIL, Antônio Raposo. **O Contrato e a Intervenção do Juiz.** Porto: Ed. Vida Econômica, 2012, p. 32.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 278.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das obrigações e teoria geral dos contratos - 11 ed.** São Paulo: Atlas, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil-Direitos Reais.** Vol. 4, São Paulo: Atlas, 2021.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil,** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZELEDÓN, Ricardo Zeledón. **Derecho agrario contemporáneo.** Curitiba: Juruá, 2009.

ZIBETTI, Darci Walmor. **A importância e relevância da criação do Direito Agrário e da edição do Estatuto da Terra.** DireitoaAgrário.com, 2017. Disponível em: Acesso: 19 jun. 2018.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR

Data de aceite: 04/07/2022

Isabele Maria Freire de Oliveira

Faculdade de Colinas–FACT/UNIESP
Colinas do Tocantins- TO

Izaura Maria Rodrigues de Sousa Vale

Faculdade de Colinas–FACT/UNIESP
Colinas do Tocantins- TO

Projeto de pesquisa apresentado ao Curso de Direito, como requisito parcial para de aprovação na disciplina TCC I, sob a orientação do Prof^a Ma. Aurélia de Pádua.

1 | INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil avoca em seu bojo um novo dispositivo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, IRDR, vindo com o objetivo de evitar várias repetições de processos, no qual há sempre as mesmas controvérsias, necessariamente analisando apenas questões de direito.

O instituto IRDR, por ser novo é necessário a adaptação do processo e a forma como introduzir no dia a dia da atividade jurisdicional, sendo desenvolvido através de pesquisa básica para que sejam melhor entendidos o funcionamento e a aplicação nos novos processos. Realizando a aplicabilidade do IRDR nos casos mais comuns encontrado no mundo jurídico solucionará boa parte da

morosidade da justiça brasileira.

Tal instrumento utiliza uma forma jurídica que decorre do entendimento dos elementos julgadores, para que, advindo de litígios repetitivos que versem sobre os requisitos que contenha demandas sobre a mesma questão e risco de ofensa a isonomia e a segurança jurídica, com a finalidade de ser julgadas de forma idênticas na forma preestabelecida no instituto do IRDR.

Desta forma, busca o CPC/2015 a agilidade, deixando a morosidade processual para trás, para que haja mais efetividade nas decisões, e também uniformizando-as e, sendo a aplicação pelo juízo de segundo grau adequado, no entanto o modelo estabelecido agilize os procedimentos recursais e as demandas do judiciário. O cabimento encontra-se previsto no art. 976 do novo diploma de processo civil, para a adequação das novas formas de julgamentos necessárias para que haja a agilidade tão buscada e esperada pelo meio jurídico.

É interessante salientar que o juízo de primeiro grau funcionara normalmente nos casos concretos que surgem todos os dias, porém ao instalar e julgado o incidente, as demandas repetitivas haverão de ser julgadas na forma do modelo padrão, já definido no órgão de segundo grau.

O legislador mostra preocupação com a normatização das jurisprudências, para que evite sentenças discordantes, assim preservando a segurança jurídica.

Todavia, situações verídicas similares, ainda pode ter tratamento diversificado no que diz respeito ao direito material e contraditório ao princípio da isonomia.

É, finalmente, verificável que a resolução de uma demanda obedece ao princípio da celeridade processual, além disso, haveria um maior desincentivo no momento de ajuizar os pedidos individuais. Compreender a aplicabilidade das demandas repetitivas no contexto processual ajuda muito, apontando os pontos que não são discordantes na resolução do litígio.

2 | TEMA

A presente proposta do trabalho enfatiza o estudo sobre o episódio das causas repetitivas. Considerando a relevância do tema para a área jurídica almeja-se no estudar tal fenômeno de demandas em massa, verificando sobre a necessidade de um próprio regime processual para ser feito a tutelá-lo, é essencial que identifique e saiba a conceituação do que vem a ser em relação a causas repetitivas.

3 | PROBLEMATIZAÇÃO

O processo e procedimento coletivo pode ser apresentado como a solução para a resolução de questões repetidas, entretanto, pode haver situações que acaba por afastar a eficácia em sua aplicabilidade prática, no fato problemático para a solução de demandas em massa.

Sendo por razão que mesmo dotado de regime jurídico propriamente dito para tutelar ações envolvidas o interesse difusos, individuais, homogêneos e coletivos, as demandas e litígios individuais continuaram a persistir e existir multiplicando a cada dia. No entanto o processo coletivo foi realizado e concebido para desestimular o ajuizamento das demandas individuais, mas no entanto a demanda e tutela judicial é molecular sendo objetivo contrapor e atomizar o conflito em demandas múltiplas, mas nunca deixando o acesso à justiça sempre a dispor mas sendo necessário uma releitura, não se pode mais ser incentivado como uma litigância exacerbada, por sendo impetrado várias demandas de forma individual acaba por desfigurar a utilização do processo coletivo. Portanto a grande problema em relação a compreensão desse processo coletivo, principalmente no que fala sobre o correto posicionamento da litispendência e da coisa julgada, fazendo também o controle da respeitosa representação adequada, ajudam para que a tutela coletiva não consiga alcançar os seus objetivos.

4 | HIPÓTESES

O devido processo legal, visto como uma cláusula geral, sendo onde podem extrair outros princípios, relacionado ao princípio da adequação. No entanto podendo o princípio ser mostrado de dois aspectos. O judicial e o legislativo. O aspecto legislativo, o legislador

construindo o procedimento, devendo sempre considerar as peculiaridades do objeto no processo a que servirá e também a tutela jurisdicional. Sendo que o procedimento realizado de forma errada acaba por fazer o direito material por negativa da tutela jurisdicional. Em relação ao aspecto judicial deve o juiz se adaptar ao procedimento e também as peculiaridades de causa que é submetida.

Sendo analisado sob a visão de adequação, sendo que o processo deve ser adequado a realidade no caso do direito material que visa a tutela, sendo, que fica apto a garantir o que vem a dizer sobre o direito específico, pois, sob o âmbito de regras mais apropriadas. O processo devendo está adequado a realidade e os detalhes do caso concreto.

5 | OBJETIVOS

5.1 Objetivo geral

Analisar se o incidente de resolução de demandas repetitivas, regra inédita no ordenamento jurídico positivado, é capaz de atenuar o assoberbamento de trabalho no poder judiciário, evidenciando a importância da ciência processual sobre a forma de resolução de litigiosos que podem se repetir perante uma sociedade. Demonstrar que o sistema processual civil brasileiro sempre visou à uniformização e a obediência dos julgados proferidos pelos Tribunais, em razão da necessidade de segurança jurídica e o iminente instituto, previsto no Projeto de Lei 8.046 / 2010 da Câmara dos Deputados tem também um fabricante de fazer com que haja obediência ao posicionamento exarado pelos Tribunais, resolver parte dos problemas diuturnamente enfrentados pelo Judiciário.

5.2 Objetivos específicos

- Conhecer a evolução dos estudos da tutela coletiva de direitos e da tutela de direitos coletivos.
- Evidenciar a legislação sobre tutela coletiva de direitos e seus pontos de restrição, o que também contribui para o aumento da quantidade de processos individuais, mais especificamente, os que versam litígios de massa.
- Ressaltar a massificação das relações jurídicas, e porque existe uma grande procura pelo Judiciário.
- Entender as adaptações jurídicas para atender essas demandas.
- Conhecer as ineficiências do processo que dão origem a tendência de se obedecer aos posicionamentos exarados pelos Tribunais e de se objetivar os julgados por estes proferidos.

6 | JUSTIFICATIVA

No caso da prevenção em um breve resumo entre o IRDR e o Recurso Especial Repetitivo, esta comparação se refere apenas a dois modelos. A prevenção aqui entende a habilidade que cada instituto tem para impedir o aumento acelerado dos processos e recursos.

No que está previsto no recurso excepcional repetitivo tem a admissibilidade quando já existe a efetiva verificação da repetição dos recursos, sendo que no incidente, precise de mero potencial para que gere uma multiplicação, sendo que não exige a ocorrência de massificação de situação jurídica similar. Segundo a lição de Bastos, 2011:

Importa destacar uma diferença entre os recursos excepcionais repetitivos e o incidente de resolução de casos massificados: é que os primeiros têm cabimento ante a efetiva verificação da repetição, ao passo que o último pressupõe apenas a identificação de controvérsia com o potencial para gerar relevante multiplicação de processos, isto é, não se exige a real ocorrência da massificação, mas a sua mera possibilidade. Enquanto aqueles pressupõem o ato, o ser, o acontecimento real; o último está no plano da potência, no campo do que talvez aconteça, do que pode vir a ser. (BASTOS, 2011).

O IRDR tem caráter mais preventivo e apurado que o recurso repetitivo. Isso porque o uso preventivo no país até então é tardio. Ocorrendo somente após o abarrotamento dos tribunais com o acúmulo incontável de milhares recursos.

A prevenção pela concepção da própria palavra sendo um conjunto de medidas e preparação antecipada.

A peculiaridade do preventivo no recurso especial está limitada a instância especial, assim evitando remessa idêntica para o STJ. Ao passo da prevenção existir ela se limita à uma instância especificada, sempre protegendo e aprimorando somente a jurisdição do STJ.

Tendo, portanto, a então possibilidade do modelo mais eficaz no que tange a prevenção da tal multiplicação de processos. Se bem que os Recursos Repetitivos guardam o caráter preventivo, atuando-o sedimentado e sendo verificado a repetição de demandas sendo tratada da mesma matéria. O IRDR, não exige a real ocorrência da massa e sendo entanto mera questão de direito apresentada.

Destarte, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, igualmente nesse fato, se revela muito criterioso e sensato para que solucione os problemas da letargia jurisdicional e também do volume das causas em tramitação com o poder judiciário, para que antes que o problema da multiplicação das demandas instaure, sempre poupando o funcionamento de toda a instancia da demanda do primeiro grau para decidir causas idênticas. É mais conveniente para o Estado que seja realizado e administrado de forma preventiva o IRDR, pois com o acúmulo de processo ao judiciário, sabe exatamente onde está o déficit e as questões que buscam para ser solucionadas e resolver o grande

problema de demandas repetitivas, pois abarrotada o âmbito do judiciário, prevenindo esta questão será solucionada a repetição de causas do mesmo direito.

7 | REVISÃO DA LITERATURA

Considerando o presente trabalho no intuito de chegar a estudar o fenômeno de demandas em massa, verificando sobre a necessidade de um próprio regime processual para ser feito a tutelá-lo, é essencial que identifique e saiba a conceituação do que vem a ser em relação a causas repetitivas. Segundo Bastos, (2010), sobre as demandas repetitivas:

Cuida-se de demandas-tipo, decorrentes de uma relação-modelo, que ensejam soluções padrão. Os processos que versam sobre os conflitos massificados lidam com conflitos cujos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se assemelham, mas não chegam a se identificar. Cuida-se de questões afins, cujos liames jurídicos materiais concretos são similares entre si, embora não consistam num só vínculo. Podem-se tomar os exemplos de processo em que diversos correntistas buscam a certificação judicial de que a cobrança de certa tarifa bancária é indevida; em que diferentes segurados visam à correção de certo benefício previdenciário; ou em que diversos contribuintes perseguem a devolução do valor pago por determinado tributo, considerando que a lei que o instituiu é inconstitucional. Não se trata da mesma causa de pedir (ex. do mesmo contrato, de uma só relação entre um segurado e a previdência social, nem de uma única relação entre o contribuinte e o fisco etc.), nem de um só pedido (ex. adevolução em dobro do mesmo valor, o reajuste de um único benefício previdenciário, uma só devolução do tributo cobrado indevidamente etc). Não lhes é comum o objeto nem a causa de pedir. Caso fossem idênticos, configurar-se-ia a conexão, nos termos do art. 103 do CPC. Tampouco se trata da comunhão de direitos (ex. como as dos devedores solidários em relação ao devedor comum) ou de obrigações (ex. como os dos devedores solidários em relação ao mesmo credor) relativamente à lide, nos termos do art. 46, I do CPC. As demandas homogêneas se identificam no plano abstrato, no que diz respeito à questão fática ou jurídica em tese, mas não no âmbito de cada situação concreta. Em que pese sejam semelhantes (até porque podem consistir em inúmeros contratos de adesão, contendo obrigações análogas), não se trata do mesmo contrato, isto é, de um só vínculo. A identidade está em determinada relação-modelo. Do ponto de vista de cada relação concreta, comparando-a com as outras do mesmo tipo, não há mais do que mera afinidade. (Bastos, 2010, p. 23).

Interessante mostrar que as definições de demandas da massa não chegam a passar por elementos subjetivos do processo, não vindo ao caso para a verificação do fenômeno, para saber quem são as partes no conflito envolvida.

No elemento causa de pedir e pedido há a identificação da existência simultânea, o que engloba a questão de fato e de direito em discussão, como dito não correspondendo a mesma causa do pedido, mas podendo ser semelhante. Acrescendo entre a predisposição para que seja manso, ou sendo o poder de apresentar em larga escala ao âmbito jurídico, portanto o litígio material atinge números vultuosos considerando de pessoas que tenham

esse tipo de relação similar.

A maioria das vezes este manifesto está estampado no direito previdenciário, direito tributário, direito do consumidor, entre outros, sendo que as normas de ética disciplinadas, atingindo grande número de pessoas em relação a esses ramos do direito.

Um exemplo recente foi o ajuizamento de milhões de demandas sendo objetivo de cobrança do que fala sobre os expurgos da inflação que não repassaram pelos bancos aos seus clientes de poupança no período da grande alta da inflação, no qual houve vários planos econômicos do governo para ser repassado.

Não se tem qualquer identidade relacionada aos sujeitos referente às demandas, muito menos em relação ao que toca sobre a causa de pedir, no qual cada pessoa tem o seu tipo de litígio em relação a sua jurisdição individual. No caso os pedidos também são diferentes, pois cada um tem seu valor específico a receber. Somente em relação às partes é interessante destacar uma grande característica comum das demandas de massa, no qual seja a pessoa do litigante habitual.

Nesse modelo encontra-se os indivíduos compreendidos, possuindo o contato habitual com o judiciário, diferente dos litigantes que são eventuais, ocorrendo com pouca frequência esse contato. Contudo é comum destacar as diversas ações ajuizadas contra as instituições bancárias o plano de saúde e até mesmo contra fazendeiros.

A conformidade é encontrada no plano abstrato, no que diz respeito a tese jurídica, que será apreciada pelo magistrado, que a maioria das vezes já foi correspondida, sendo a mesma tese e resposta. No caso em destaque é se os correntistas teriam ou não direito ao valor da poupança ressarcidos devido os aludidos expurgos inflacionários.

O processo civil é individual, então tal fenômeno é analisado um a um, não causando qualquer preocupação para que seja solucionado de forma individualista, sendo cada caso um caso e então pela principiologia do nosso próprio direito, que poderá haver várias interpretações para cada caso, havendo decisões divergentes sem causar nenhum problema convivendo pacificamente com esta possibilidade.

Não obstante, observando este fenômeno de massificação sendo despertado para um problema bem maior. De premente, é verificado o consumo exagerado de atividades do âmbito jurídico ao se analisar diversas vezes a mesma tese já discutida várias vezes e sempre sendo submetida a apreciação novamente.

Acumulam os cartórios do judiciário, com diversas audiências para o magistrado, acumulando os processos com a mesma frase “concluso para despacho” ou “concluso para sentença”, do mesmo jeito na via recursal. Havendo um consumo demasiado com material para realização dessas audiências, também mão de obras dos serventuários e magistrados entre outros diversos serviços. E é reflexo as demandas individuais na qual necessita de uma análise minuciosa pelo magistrado, certamente sempre ficando de lado, por querer alcançar quantidade e resolvendo os litígios diários sempre de um mesmo problema, colocando essas demandas diferenciadas e trabalhosas em uma vala comum de espera.

Este problema acaba por fazer que a atividade judiciária fique morosa e indo de encontro com os princípios da celeridade, economia e duração razoável dos processos.

De outra forma, considera o litígio em massa proporcionara uma divulgação de informações maiores ao jurisdicionado, sendo geralmente noticiado pela imprensa, ficando cada vez mais difícil aceitar com essas divergências decisórias do judiciário. No entanto como dizer ao lego e justificar que alguém tem direito a receber a poupança da mesma época dele no banco e ele não irá receber? Abalando assim a segurança jurídica e a isonomia, conforme esclarece Leonardo da Cunha, 2010:

É preciso que as demandas de massa tenham “soluções de massa”, ou seja, recebam uma solução uniforme, garantindo-se, inclusive, *o princípio da isonomia*. Realmente, decorre do princípio da isonomia a necessidade de se conferir tratamento *idêntico* a quem se encontra em *idêntica* situação. Daí resulta ser imperioso envidar ingentes esforços no sentido de eliminar as divergências jurisprudenciais, pois não se deve admitir que alguém na mesma situação de outrem, tenha solução judicial diferenciada da que lhe fora conferida. Repugna ao senso comum deparar-se com situações como essa, em que determinado sujeito não logra êxito em sua demanda judicial, quando outra pessoa, na mesma condição, teve seu pleito atendido, ainda mais quando se trata de *demandas de massa*, em que a situação dos interessados se revela absolutamente idêntica. (CUNHA, 2010).

Por mais essas razões se vê a necessidade da análise em massa desses litígios, no intuito que proporcione menos consumo aos atos jurisdicionais e que acima de tudo, consiga encontrar a possibilidade padrão de todas as causas, elevando a força preliminar. Sendo por essa razão que o novo Código de Processo Civil, prevê o instituto de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, cujo sistema será analisado mais adiante detalhadamente, que é para justamente trazer a economia processual para o judiciário. No caso o Incidente das Demandas Repetitivas o tramite ficara suspenso na primeira instância no aguardo daquele julgamento que provocou a instauração ao incidente no tribunal. E então quando o tribunal solucionar sentenciando a demanda, o julgamento vinculará em todos os juízes de primeiro grau, proporcionara a economia e acelerando o sistema acima de tudo a isonomia e a segurança jurídica e também no pensamento de diminuir a morosidade e as escolhas a dedo dos processos.

Considerando o presente trabalho no intuito de chegar a estudar o fenômeno de demandas em massa, verificando sobre a necessidade de um próprio regime processual para ser feito a tutelá-lo, é essencial que identifique e saiba a conceituação do que vem a ser em relação a causas repetitivas. Segundo Bastos, 2010:

Cuida-se de demandas-tipo, decorrentes de uma relação-modelo, que ensejam soluções padrão. Os processos que versam sobre os conflitos massificados lidam com conflitos cujos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se assemelham, mas não chegam a se identificar. Cuida-se de questões afins, cujos liames jurídicos materiais concretos são similares entre si, embora não consistam num só vínculo. Podem-se tomar os exemplos de processo em que diversos correntistas buscam a certificação judicial de que

a cobrança de certa tarifa bancária é indevida; em que diferentes segurados visam à correção de certo benefício previdenciário; ou em que diversos contribuintes perseguem a devolução do valor pago por determinado tributo, considerando que a lei que o instituiu é inconstitucional. Não se trata da mesma causa de pedir (ex. do mesmo contrato, de uma só relação entre um segurado e a previdência social, nem de uma única relação entre o contribuinte e o fisco etc.), nem de um só pedido (ex. a devolução em dobro do mesmo valor, o reajuste de um único benefício previdenciário, uma só devolução do tributo cobrado indevidamente etc). Não lhes é comum o objeto nem a causa de pedir. Caso fossem idênticos, configurar-se-ia a conexão, nos termos do art. 103 do CPC. Tampouco se trata da comunhão de direitos (ex. como as dos devedores solidários em relação ao devedor comum) ou de obrigações (ex. como os dos devedores solidários em relação ao mesmo credor) relativamente à lide, nos termos do art. 46, I do CPC. As demandas homogêneas se identificam no plano abstrato, no que diz respeito à questão fática ou jurídica em tese, mas não no âmbito de cada situação concreta. Em que pese sejam semelhantes (até porque podem consistir em inúmeros contratos de adesão, contendo obrigações análogas), não se trata do mesmo contrato, isto é, de um só vínculo. A identidade está em determinada relação-modelo. Do ponto de vista de cada relação concreta, comparando-a com as outras do mesmo tipo, não há mais do que mera afinidade. (Bastos, 2010).

Interessante mostrar que as definições de demandas da massa não chegam a passar por elementos subjetivos do processo, não vindo ao caso para a verificação do fenômeno, para saber quem são as partes no conflito envolvida.

No elemento causa de pedir e pedido há a identificação da existência simultânea, o que engloba a questão de fato e de direito em discussão, como dito não correspondendo a mesma causa do pedido, mas podendo ser semelhante. Acrescendo entre a predisposição para que seja manso, ou sendo o poder de apresentar em larga escala ao âmbito jurídico, portanto o litígio material atinge números vultuosos considerando de pessoas que tenham esse tipo de relação similar.

A maioria das vezes este manifesto está estampado no direito previdenciário, direito tributário, direito do consumidor, entre outros, sendo que as normas de ética disciplinadas, atingindo grande número de pessoas em relação a esses ramos do direito.

Um exemplo recente foi o ajuizamento de milhões de demandas sendo objetivo de cobrança do que fala sobre os expurgos da inflação que não repassaram pelos bancos aos seus clientes de poupança no período da grande alta da inflação, no qual houve vários planos econômicos do governo para ser repassado.

Não se tem qualquer identidade relacionada aos sujeitos referente às demandas, muito menos em relação ao que toca sobre a causa de pedir, no qual cada pessoa tem o seu tipo de litígio em relação a sua jurisdição individual. No caso os pedidos também são diferentes, pois cada um tem seu valor específico a receber. Somente em relação às partes é interessante destacar uma grande característica comum das demandas de massa, no qual seja a pessoa do litigante habitual.

Nesse modelo encontra-se os indivíduos compreendidos, possuindo o contato

habitual com o judiciário, diferente dos litigantes que são eventuais, ocorrendo com pouca frequência esse contato. Contudo é comum destacar as diversas ações ajuizadas contra as instituições bancárias o plano de saúde e até mesmo contra fazendeiros.

A conformidade é encontrada no plano abstrato, no que diz respeito a tese jurídica, que será apreciada pelo magistrado, que a maioria das vezes já foi correspondida, sendo a mesma tese e resposta. No caso em destaque é se os correntistas teriam ou não direito ao valor da poupança ressarcidos devido os aludidos expurgos inflacionários.

O processo civil é individual, então tal fenômeno é analisado um a um, não causando qualquer preocupação para que seja solucionado de forma individualista, sendo cada caso um caso e então pela principiologia do nosso próprio direito, que poderá haver várias interpretações para cada caso, havendo decisões divergentes sem causar nenhum problema convivendo pacificamente com esta possibilidade.

Não obstante, observando este fenômeno de massificação sendo despertado para um problema bem maior. De premente, é verificado o consumo exagerado de atividades do âmbito jurídico ao se analisar diversas vezes a mesma tese já discutida várias vezes e sempre sendo submetida a apreciação novamente.

Acumulam os cartórios do judiciário, com diversas audiências para o magistrado, acumulando os processos com a mesma frase “concluso para despacho” ou “concluso para sentença”, do mesmo jeito na via recursal. Havendo um consumo demasiado com material para realização dessas audiências, também mão de obras dos serventuários e magistrados entre outros diversos serviços. E é reflexo as demandas individuais na qual necessita de uma análise minuciosa pelo magistrado, certamente sempre ficando de lado, por querer alcançar quantidade e resolvendo os litígios diários sempre de um mesmo problema, colocando essas demandas diferenciadas e trabalhosas em uma vala comum de espera. Este problema acaba por fazer que a atividade judiciária fique morosa e indo de encontro com os princípios da celeridade, economia e duração razoável dos processos. Abalando assim a segurança jurídica e a isonomia, conforme esclarece Leonardo da Cunha, 2020:

É preciso que as demandas de massa tenham “soluções de massa”, ou seja, recebam uma solução uniforme, garantindo-se, inclusive, *o princípio da isonomia*. Realmente, decorre do princípio da isonomia a necessidade de se conferir tratamento *idêntico* a quem se encontra em *idêntica* situação. Daí resulta ser imperioso envidar ingentes esforços no sentido de eliminar as divergências jurisprudenciais, pois não se deve admitir que alguém na mesma situação de outrem, tenha solução judicial diferenciada da que lhe fora conferida. Repugna ao senso comum deparar-se com situações como essa, em que determinado sujeito não logra êxito em sua demanda judicial, quando outra pessoa, na mesma condição, teve seu pleito atendido, ainda mais quando se trata de *demandas de massa*, em que a situação dos interessados se revela absolutamente idêntica. (CUNHA, 2010).

Por essas razões se vê a necessidade da análise em massa desses litígios, no intuito que proporcione menos consumo aos atos jurisdicionais e que acima de tudo,

consiga encontrar a possibilidade padrão de todas as causas, elevando a força preliminar. Sendo por essa razão que o novo Código de Processo Civil, prevê o instituto de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, cujo sistema será analisado mais adiante detalhadamente, que é para justamente trazer a economia processual para o judiciário. No caso o Incidente das Demandas Repetitivas o tramite ficara suspenso na primeira instância no aguardo daquele julgamento que provocou a instauração ao incidente no tribunal. E então quando o tribunal solucionar sentenciando a demanda, o julgamento vinculará em todos os juizes de primeiro grau, proporcionara a economia e acelerando o sistema acima de tudo a isonomia e a segurança jurídica e também no pensamento de diminuir a morosidade e as escolhas a dedo dos processos.

Para o caráter individual que norteia as demandas individuais, resume a ineficácia para solução das demandas em massa. E o procedimento de análise caso a caso inviabiliza a jurisdição sendo um dos fatores geradores da morosidade, não sendo apenas esse indicador, mas se torna o mais importante para que isso aconteça.

O processo e procedimento coletivo pode ser apresentado como a solução para a resolução de questões repetidas, entretanto, pode haver situações que acaba por afastar a eficácia em sua aplicabilidade prática, no fato problemático para a solução de demandas em massa.

Sendo pela razão que mesmo dotado de regime jurídico propriamente dito para tutelar ações envolvidas o interesse difusos, individuais, homogêneos e coletivos, as demandas e litígios individuais continuaram a persistir e existir multiplicando a cada dia.

No entanto o processo coletivo foi realizado e concebido para desestimular o ajuizamento das demandas individuais, mas no entanto a demanda e tutela judicial é molecular sendo objetivo contrapor e atomizar o conflito em demandas múltiplas, mas nunca deixando o acesso à justiça sempre a dispor mas sendo necessário uma releitura, não se pode mais ser incentivado como uma litigância exacerbada, por sendo impetrado várias demandas de forma individual acaba por desfigurar a utilização do processo coletivo. Portanto a grande problema em relação a compreensão desse processo coletivo, principalmente no que fala sobre o correto posicionamento da litispendência e da coisa julgada, fazendo também o controle da respeitosa representação adequada, ajudam para que a tutela coletiva não consiga alcançar os seus objetivos.

O primeiro apontamento a ser realizado em relação a solução dos litígios e demandas está relacionado aos legitimados. Tendo um grande índice de propositura de ação coletiva pelo Ministério Público e atualmente também pela defensoria pública e quase não é visto a participação das pessoas envolvidas a demanda. Resumindo assim que esses setores estão em grande déficit por não ter na realidade costume e também falta de incentivo por parte do judiciário e advogados também e com isso os processos estão sempre abarrotando e cada vez em números maiores, sendo que maioria dos processos impetrados é consideravelmente de muitas demandas sobre o mesmo assunto, sendo

repetitivas das que já se encontram no judiciário, sendo de grande variação em suas linhas de atuação.

A dificuldade só aumenta, pois, os doutrinadores e a jurisprudência própria sobre o processo coletivo, discute sobre a legitimidade do Ministério Público ao impetrar ações coletivas que venha a envolver o direito tributário. O Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados é divergente em relação ao reconhecimento da legitimidade do Ministério Público. Segue sobre a discussão acórdãos representando essas controvérsias. Sobre Defesa da Ilegitimidade do Órgão do Ministério Público:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTO DE RENDA. GASTOS COM EDUCAÇÃO. DEDUÇÃO ILIMITADA. ILEGITIMIDADE PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

O STJ possui o entendimento de que o Parquet não possui legitimidade processual para, em Ação Civil Pública, deduzir pretensão relativa a matéria tributária.

Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag 1102503/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 02/03/2011).

Em sentido a favor do órgão Ministerial:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC NÃO VIOLADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO EM MATÉRIA DE DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há falar em vícios no acórdão nem em negativa de prestação jurisdicional, uma vez que todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia foram analisadas e decididas.

2. O magistrado não está obrigado a responder a todos os argumentos das partes, quando já tenha encontrado fundamentos suficientes para proferir o decisum.

3. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal “a quo” (Súmula 211/STJ).

4. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia” (Súmula 282/STF).

5. Não há falar em violação aos arts. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85,

81 do CDC e 5º, II, a, e III, b, da Lei Complementar 75/93, diante da legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública na tutela do patrimônio público em matéria de direito tributário, dada a sua natureza difusa.

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1000906/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 26/05/2011).

Necessário ressaltar que esse problema não é apenas em relação a jurisprudência. A Lei 7.347/85, no art. 1º parágrafo único, com redação na medida provisória 2.180-35/2001, proíbe expressamente a ajuizamento de ação civil pública no que diz respeito a matéria tributária e também com relação aos fundos institucionais como o FGTS, no qual os beneficiários são determinados a cada pessoa individualmente. E com isso o judiciário passa a discutir se há legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento ou não das ações coletivas, fazendo com que o direito coletivo e difuso deixa de ser solucionado, e é neste momento que o indivíduo busca a tutela individual para conseguir resolver e lograr êxito na sua demanda, pois o processo coletivo já deveria estar sentenciado, mas ainda estão a discutir sobre a legitimidade, se tornando prejudicada toda ação coletiva.

Outro problema está na questão da eficácia em relação a subjetividade da sentença coletiva, de forma que seu regimento não contribui para os quesitos repetitivos julgados nas ações coletivas não sendo definitivamente solucionado, de forma que a sentença deverá sempre ser eficaz de forma favorável ou não aos interessados na sentença coletiva. Mas a eficácia da sentença coletiva poderá sempre beneficiar os seus interessados, mas jamais podendo prejudicar os seus direitos individuais como regra encontrada no art. 103 e parágrafos 1º e 2º do Código Processo Civil de 1973.

Sobre a eficácia da sentença subjetiva coletiva, resume a seguinte justificativa, se houver julgamento da ação coletiva improcedente, logo após a produtividade de prova plena e a consignação exauriente, no caso não poderá ser reproposta a ação coletiva. Se o motivo de ter havido improcedência no pedido for em relação a insuficiência de provas, não irá operar o efeito *erga omnes*, muito menos *ultra partes*, mas nos termos do art. 103, incisos I e II do Código de Defesa do Consumidor, pode então ajuizar nova demanda, fazendo com que a pretensão do processo coletivo é devidamente evitar a multiplicação dessas ações individuais causando a resolução molecular do conflito, como já explicado. Entretanto considerando que a ação coletiva e diversas ações paralelas individuais, não contém identidade de elementos, podendo a parte do polo passivo ser demandado em ações individuais por pessoas que não aderiu ao pleito coletivo.

No entanto se apresenta como um importante meio de solução de demandas envolve os direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos, portanto o processo coletivo não se mostra suficiente para que enfrente com efetividade, o caso de fenômeno da litigiosidade em massa, sendo necessário introduzir ao sistema processual mecanismos com aplicação especificamente para estes problemas de causas repetidas que lotam o judiciário, provocando a morosidade e a não efetividade no processo. Por isto tais razões mostra a necessidade do processo legal para as demandas de natureza repetidas.

Portanto é a necessidade de identificar um regime especial para que tutele as causas repetitivas, e consiga fazer com que todos se adaptem ao novo procedimento.

O devido processo legal, visto como uma cláusula geral, sendo onde podem extrair outros princípios, relacionado ao princípio da adequação. No entanto podendo o princípio

ser mostrado de dois aspectos. O judicial e o legislativo. O aspecto legislativo, o legislador construindo o procedimento, devendo sempre considerar as peculiaridades do objeto no processo a que servirá e também a tutela jurisdicional. Sendo que o procedimento realizado de forma errada acaba por fazer o direito material por negativa da tutela jurisdicional. Em relação ao aspecto judicial deve o juiz se adaptar ao procedimento e também as peculiaridades de causa que é submetida.

Sendo analisado sob a visão de adequação, sendo que o processo deve ser adequado a realidade no caso do direito material que visa a tutela, sendo, que fica apto a garantir o que vem a dizer sobre o direito específico, pois, sob o âmbito de regras mais apropriadas. O processo devendo está adequado a realidade e os detalhes do caso concreto.

Todas as garantias asseguradas pelo devido processo legal, faz realizar uma preocupação no que diz a respeito do litígio em massa.

A preocupação sobre o litígio é de forma mundial, procurando instrumentos para conseguir enfrentar as demandas tem sido uma preocupação para muitos países. No Brasil não está sendo diferente, tanto que o novo Código de Processo Civil trouxe o instituto para implantá-lo sendo uma nova forma de tentar amenizar esses problemas diário do judiciário.

O diferencial a ser encontrado está entre a preocupação da prestação jurisdicional e a razoabilidade na duração do processo sem invadir os direitos processuais garantidos. A necessidade da produção em grande escala para assim combater os fenômenos das grandes demandas, podendo em situações ir ao encontro do modelo constitucional do Brasil. Para os autores Alexandre Bahia, Dierle Nunes e Humberto Theodoro Junior, 2009:

A defesa da limitação desses meios de impugnação das decisões se torna uma constante, lastreada na preocupação e busca de um “acesso à justiça” quantitativo, que longe de se adequar às diretrizes típicas do movimento de “socialização processual, típico do século XX, do qual se alega derivar, mais se aproximam de uma Justiça de alta produtividade que pouco se preocupa com o impacto decisório (jurídico, social e econômico) nos discursos de aplicação normativa. Existe toda uma veste socializadora nos discursos processuais, de busca de compensação dos déficits de igualdade material entre as partes e de inclusão social de todos os cidadãos ao sistema de “prestação jurisdicional”, mas que na prática se desnatura numa busca desenfreada de rapidez procedimental e produtividade industrial de decisões desgarradas de nosso modelo constitucional de processo, que garante estruturas processuais que apliquem a normatividade com toda a amplitude e de modo legítimo. (BAHIA, 2009, p.22).

Propriamente para evitar os grandes prejuízos das garantias processuais assegurado pela Constituição Federal Brasileira, devendo ser identificados processos peculiares no momento do julgamento das demandas repetitivas, tendo a interpretação diferente dessas garantias, sendo amoldado a realidade em comento. Esta nova técnica processual para ser apresentada e colocado em prática deve estar adequada com o processo e os objetivos lançados pelo legislador, para assim solucionar esses inúmeros casos. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, sobre os escopos do processo e também sobre a técnica processual:

Tem-se por *técnica* a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade. Daí a ideia de que todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica constituída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados. Nesse contexto bipolar, acontece então que se todo instrumento, com tal, destina-se a ajudar o homem a obter determinados resultados, por outro lado ele exige do homem manipulação segundo normas adequadas, sob pena de inutilidade ou distorção: “não há instrumento, por simples que seja, que por sua vez não requeira algo de quem pretende utilizá-lo para a consecução dos seus próprios objetivos”. A técnica está a serviço da eficiência do instrumento, assim como este está a serviço dos objetivos traçados pelo homem e todo o sistema deve estar a serviço deste.

Sendo necessário dizer que essa técnica processual é compreendida como predisposição ordenada para os meios necessários para que se realize o escopo processual.

Na demanda em massa, algumas vertentes até podem ser traçadas para que determine o propósito predeterminados.

Na atualidade a ciência processual e ondas de renovação do processo, evidencia o emprego de técnicas fazendo com que os novos institutos venham alcançar o melhor resultado para os consumidores relacionados ao jurisdicional, sendo, o cidadão.

Não podendo esquecer do pensamento atual de processos de resultado, como consequência, há várias características do processo, devendo este instrumento proporcionar ao titular o direito material em diversificação ao litígio da possibilidade de aproveitar e usufruir do direito assegurado ao Estado, sendo o exercício da jurisdição.

O acesso à justiça proporciona o grande aumento vultuoso dos processos em relação ao judiciário, sendo que não houve nenhuma adaptação dessa técnica para conseguir resolver os problemas dessa realidade.

As estruturações dos órgãos compõem o direito de apresentar sem nenhum tipo de alteração, a forma de trabalhar está totalmente ultrapassada para a realidade atual, portanto a técnica para resolver o problema processual mais adequado a ser empregado ao litígio de massa para proporcionar a busca do resultado útil, com efeitos positivos ao meio jurídico.

Com o novo Código de Processo Civil trazendo o Instituto de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a melhoria de condições é provável que passará por aspectos mais que processuais, com a nova melhora dos instrumentos judiciário da matéria humana, e outros. Como veremos ainda nesse trabalho sobre essa aplicabilidade.

8 | METODOLOGIA

Para a elaboração deste trabalho foi utilizada a pesquisa bibliográfica, a partir de

estudos de publicações de fontes públicas, livros, artigos e periódicos, bem como, trabalhos desenvolvidos e fontes eletrônicas especializadas sobre o tema em estudo. Segundo Marconi e Lakatos, 2008:

A pesquisa bibliográfica tem o objetivo de manter conforme aquele que fez uma pesquisa uma ligação com conhecimentos já notados, tanto de aspecto de escrita, dita ou até mesmo filmada, consistindo em seu alvo de determinar a informação essencial na procura por novas conclusões. (MARCONI E LAKATOS, 2008, p.89).

Para a construção deste trabalho foi necessária muita leitura de material como livros, resoluções e pesquisas bibliográficas. A coleta de dados para a revisão de literatura foi realizada a partir da leitura de livros, jornais, artigos e documentos relacionados a tema e a partir de informações adquiridas em palestras, conferencias, congressos, oficinas e minicursos sobre o tema em evidência.

O presente projeto foi elaborado no primeiro semestre de 2022, o qual foi baseado nas orientações propostas pela universidade. É importante ressaltar que as informações adquiridas durante a pesquisa bibliográfica serviram de base para se obter um entendimento maior sobre a realidade que acompanha um processo que incide as Demandas Repetitivas. Segundo Silva e Menezes, 2001:

A função da metodologia é mostrar como andar no caminho das pedras da pesquisa, ajudando o pesquisador a refletir e instigar um novo olhar sobre o mundo: um olhar curioso, indagador e criativo (SILVA; MENEZES, 2001).

Partindo do pensamento do autor, será necessário para a construção trabalho conhecer o código Penal Brasileiro bem como a literatura jurídica, suas diretrizes e as leis que defendem o direito dos cidadãos em relação a busca de defesas em situações complexas e que demandam os serviços jurídicos.

Ao realizar o levantamento bibliográfico acerca do tema foram selecionadas obras literárias que abordam a situação em evidência, levando em consideração as relevâncias acadêmicas de cada obra. Ao levantar discursões sobre os dados almejados são evidenciados os pontos de vistas dos autores, esse fato possibilita o enriquecimento da pesquisa e do entendimento sobre o tema.

Descrever em forma de relatório os resultados obtidos na pesquisa facilita a discursão dos resultados, bem como o entendimento da temática abordada. A metodologia apresentada muito facilitará na construção do presente trabalho.

9 | CRONOGRAMA

Este cronograma contém os passos metodológicos respectivos a proposição da temática, e suas respectivas atividades do projeto, no qual deve ser imposto no decorrer do primeiro semestre do ano letivo de 2022.

ETAPAS/PERÍODOS	MARÇO				ABRIL				MAIO				JUNHO				
	1	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Elaboração do projeto	■	■															
Revisão bibliográfica			■	■	■												
Coleta dos dados					■	■	■										
Tabulação dos dados									■	■	■						
Análise dos dados												■	■	■			
Redação preliminar do trabalho													■	■	■		
Redação final, digitação, encadernação														■	■	■	
Entrega final																	■

10 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Judiciário está com vários problemas em relação a litigiosidade em massa, pois a economia tornou muito crescente referente a massificação das relações individuais. Como o código de Defesa do Consumidor e também as leis que são específicas do juizado especial, sendo verdadeiro marco na história, sendo proporcionado ao indivíduo o acesso ao judiciário, mas este acesso se tornou desenfreado, tornando desequilibrado, excessivo e repetitivo a litigiosidade.

A legislação do processo civil, sendo de caráter totalmente individual, não se mostrando apta de forma a enfrentar a grande demanda em massa, sendo que a solução para cada conflito deve ser de forma individualista.

As demandas realizadas em massa têm a principal característica no tratamento de situações juridicamente homogêneas, sempre relacionado a direito individual homogêneos. É interessante lembrar que existem dois tipos de litigante o eventual e o outro é aquele está sempre na pauta do judiciário, sendo nas audiências, publicações e sentenças entre outras formalidades da lei.

O fenômeno de demandas em massa não acontece apenas no Brasil, existem vários países que passaram e ainda passa por este problema, mas desenvolvem técnicas para os julgamentos desses processos em massa, no caso a solução dada para determinado processo será a mesma para as diversas que se enquadrem na mesma situação jurídica. Exemplo: Na Alemanha, o *Musterverfahren*, Inglaterra as *Group Litigation Orders* – GLO e Portugal a instituição de agregação.

Logo este julgamento em massa, apresenta importante ferramenta para enfrentar as demandas em massa, proporcionando assim, de igual modo, minimizar o problema no Brasil, a tal jurisprudência lotérica. Obtendo o efeito principal das demandas de massa, por discutirem, os direitos individuais homogêneos e também por ser ajuizados em vários órgãos do Poder Judiciário recebendo decisões contraditórias, embora sendo situações

jurídicas iguais.

A coletividade de modo geral, não aguenta mais essa situação. A liberdade que o juiz tem de julgar não pode ultrapassar o princípio constitucional da isonomia e da segurança jurídica. Sendo que as situações idênticas devendo receber uniforme as soluções do Judiciário.

Uniformizando as decisões levará a sociedade a crê e ter confiança no judiciário. O indivíduo conhecendo a decisão vai ser adequar ao comportamento que é exigido, diminuindo assim consideravelmente o número dos litigantes que chegam a apostar no fator sorte para assim ter êxito em seus litígios.

As técnicas brasileiras de julgamento em blocos são de observância do precedente, tendo resultados satisfatórios, ainda quando se fala em Tribunais Superiores, os tribunais também de segunda instância ainda precisavam de ferramentas específica que tragam o julgamento em grupo.

Seguindo o modelo de inspiração no procedimento alemão, a comissão de jurista responsável pela novo Código de Processo Civil, criando assim o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, como está elencado do art. 976 a 987 do Novo Código de Processo Civil.

Com o novo Código de Processo Civil, trouxe que a demanda identificada com potencialidade de gerar demandas múltiplas que venha a comprometer a segurança jurídica do sistema, o juiz o relator, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública e as demais pessoas legitimadas para as ações coletivas, devendo requerer que o Tribunal instaure o Incidente de Demandas Repetitivas.

Admitindo que assim o incidente de todos os processos ajuizados que discute na mesma situação jurídica será suspensa e aguarda o julgamento do incidente. Formando no tribunal um amplo contraditório produzido pelas partes do processo que causou o incidente, por todos aqueles que existem demandas idênticas, produzindo também a participação do *amicus curiae*.

Sendo julgado o incidente pelo tribunal, esta decisão vincula ao próprio tribunal e todos os juízes monocráticos. Se o juiz julgar contrário ao precedente, admite a figura da reclamação para acatar a decisão do precedente.

O IRDR, traz importante contribuição para os juízes monocráticos e tribunais enfrentando assim os problemas da demanda em massa.

Primeiramente, quando os incidentes forem instaurados admitira os julgados, existira uma economia ao trabalho no primeiro grau da jurisdição, porque os processos tratam de situação jurídica de forma equivalente ao do incidente sendo todos suspensos, devido a isto diminuirá os serviços cartoriais, como despachos, intimações, mandados e muitos outros, dando a juiz mais tempo para cuidar das demais demandas. Indubitavelmente o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, contribuirá muito para a diminuição do lapso temporal que existe entre a petição inicial e entrega do direito.

Entretanto, o melhor dos resultados que esse Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, é enfrentar as demandas em massa, vindo quando o litigante habitual perceber a realidade de que o direito brasileiro agora está preparado para resolver essas demandas em massa. Focando que a morosidade não será mais problema para o âmbito judiciário e os litígios não serão maiores negócios para os litigantes habituais que usava essa demora para forçar acordos prejudiciais ao autor.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Litigiosidade em massa e a repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de processo**. São Paulo, n. 177, nov. 2009, p. 22.

BASTOS, Antonio Adonias A. **A potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do Incidente de Resolução de Causas Repetitivas no Projeto do novo CPC**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**: Estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 33.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. “**Situações jurídica homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa**”. In: **Revista de Processo**. n. 186. São Paulo: RT, Agosto. 2010, pp. 97-104.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. **O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas**. Disponível em: http://uerj.academia.edu/AntonioCabra/Papers/144617/O_novo_Procedimento_Modelo_Musterverfahren_alemao_uma_alternativa_as_acoes_coletivas. Acesso em 18 maio 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil**. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Editora RT, março 2011, v. 193

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O regime processual das causas repetitivas**. In: **Revista de Processo** n. 179. São Paulo: RT, jan. 2010, pp. 139-174.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10ª ed. São Paulo. Malheiros, 2002.

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204239850/agravo-em-recurso-especial-are-sp-708238-sp-2015-0099698-8>. Acesso em 20 de 18 maio 2022.

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/180424203/recurso-especial-resp-1482811-sp-2014-0187017-0>. Acesso em 05 maio 2022.

MACHADO, Fábio Cardoso. **Sobre o escopo jurídico do processo: o problema da tutela dos direitos.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 343, 15 jun. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5330>>. Acesso em 12 maio 2022 .

PADRÕES DECISÓRIOS E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Data de aceite: 04/07/2022

Amilcar Cordeiro Teixeira Filho

Advogado na empresa Gomes & Teixeira Advogados Associados. Doutorando. Membro do Núcleo de Pesquisas Jurisdição e Democracia (CNPq) no projeto Jurisdição constitucional e dimensões da legitimidade.

Bolsista pela CAPES no programa de Doutorado em Direitos Fundamentais e Democracia UNIBRASIL

William Soares Pugliese

Pós-doutor pela UFRGS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Unibrasil. *Gastforscher* no *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (OAB/PR). Advogado

RESUMO: O Código de Processo Civil brasileiro trouxe, entre outras inovações, a criação, por lei, de uma “doutrina de precedentes” judiciais. A intenção legislativa da formação de um arcabouço de precedentes judiciais, na prática foi desregada com a criação e imposição vertical de teses hierarquizadas pelos Tribunais Superiores. Dentro do limite temporal de nossa época, as novas tecnologias são incorporadas ao direito processual e a rotina dos Tribunais, sem uma necessária “filtragem” e de forma independente entre Tribunais. Constatado um enorme acervo

de processos pendentes de solução nos Tribunais Superiores, a Inteligência Artificial e o *machine learning* surgem como alternativas para solução de demandas, otimizando prazos e qualificando as decisões. Entretanto o uso indiscriminado de novas tecnologias, sem que sejam consolidadas discussões éticas sobre o tema, podem gerar distorções quando da tomada de decisões, total ou parcialmente apoiada pela inteligência artificial.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial. *Machine Learning*. Precedentes. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The Brazilian Civil Procedure Code brought, among other innovations, the creation, by law, of a “doctrine of judicial precedents”. The legislative intention of forming a framework of judicial precedents, in practice, was unregulated with the creation and vertical imposition of hierarchical theses by the Superior Courts. Within the time limit of our time, new technologies are incorporated into procedural law and the routine of the Courts, without a necessary “filtering” and independently between Courts. Having found a huge collection of pending solutions in the Superior Courts, Artificial Intelligence and machine learning emerge as alternatives for solving demands, optimizing deadlines and qualifying decisions. However, the indiscriminate use of new technologies, without consolidating ethical discussions on the subject, can generate distortions when making decisions, fully or partially supported by artificial intelligence.

KEYWORDS: Artificial Intelligence, Machine Learning, Precedent, Fundamental Rights.

1 | INTRODUÇÃO

A intenção legislativa presente no Código de Processo Civil, entre outras inovações, seria a de criação de um sistema de precedentes judiciais, fomentando a integridade do direito, sob uma perspectiva lógico-argumentativa de interpretação¹, permitindo, entre outros fatores, maior transparência e previsibilidade na tomada das decisões judiciais, que passam a ser obrigatoriamente justificadas (e não apenas motivadas), sendo, segundo alguns, uma garantia à contenção do arbítrio.²

Propõe-se o presente artigo em analisar, dentro de apertada síntese, a possibilidade de engessamento das decisões futuras em um cenário onde a fixação de teses pelos Tribunais Superiores e a utilização indevida de novas tecnologias³ possam replicar erros ou discriminações existentes (quer nos dos algoritmos de inteligência artificial, quer nas decisões pré-concebidas) sendo possível, ainda, a existência de prejuízos ao pleno acesso à Justiça e às decisões dos Tribunais Superiores, considerando a possibilidade, em tese, de perpetuação da jurisprudência defensiva, por exemplo, em razão da adoção de precedentes vinculantes replicados algorítmicamente. Esse possível paradoxo de rigidez das decisões e tomada de soluções mecânicas provocada pelo abuso da informática pode provocar a perversão no âmbito da integridade do direito e de sua interpretação, com prejuízo a toda uma teoria da decisão, da argumentação e do discurso no meio jurídico.

Novas tecnologias foram incorporadas à rotina de todos, sendo que seu incremento no direito processual é benéfico como instrumento de redução do acervo judicial e qualificação dos precedentes judiciais.

Sendo fato que “os mesmos direitos que as pessoas têm *off-line* também devem ser protegidos *on-line*”⁴, o uso pernicioso das novas tecnologias podem gerar um *looping* onde todas as primeiras decisões formadas por algoritmos podem ser repetidas, reproduzindo eventuais vieses existentes na formação desses algoritmos, em razão da aproximação dos casos, onde a formação lógica de precedentes é perseguida.

No campo processual a questão merece maior preocupação uma vez que culturalmente, para evitar o acesso aos Tribunais Superiores e seu abarrotamento, uma jurisprudência defensiva, onde objetivamente se obviam a análise de fatos da causa⁵,

1 Cf. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

2 Cf. VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 443p.p. 96.

3 Durante todo o artigo não houve a preocupação em clarificar os conceitos formais de algumas novas tecnologias. Assim, os termos inteligência artificial, *machine learning*, decisões automatizadas, *deep learning*, julgamento por máquinas, softwares, algoritmos, entre outros termos são adotados em seu sentido coloquial, e dentro do apertado do presente, normalmente se referem à base das decisões realizadas sem a participação humana.

4 Cf. *Human Rights Council 32a. Session Agenda item 3 A/HRC/32/L.20*, Oral revisions of 30. Jun., 27 jun. 2016. O original da Resolução HRC/32/L.20 é assim redigido: 1. *Affirms that the same rights that people have offline must also be protected online [...]*(tradução nossa)

5 Conforme STRECK: “...Goodhart propõe que a *ratio decidendi* seja determinada a partir da verificação dos fatos, tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz”. in STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2ª. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020, 486 p. p. 351

o que se demonstra incompatível, a princípio, com uma teoria dos precedentes como tradicionalmente concebida.

Outro problema que se pretende analisar, em apertada síntese, é a formação hierarquizada de teses⁶, em substituição aos precedentes judiciais tradicionais da leitura do direito comparado, teses formadas “de baixo para cima”, não sendo fruto da conformação e confecção gradual de certezas, reproduzidas na figura dworkiana do “romance em cadeia” onde cada autor complementa a obra de seu antecessor, qualificando-a.

Ao justaporem-se precedentes e algoritmos que reproduzem essa jurisprudência, com destaque à jurisprudência defensiva dos Tribunais, a análise dos contornos éticos desses algoritmos merecem maior atenção, uma vez que a simples análise instrumental (redução do acervo de processos) não basta como ideal de distribuição de Justiça.

21 O PROJETO - PRECEDENTES COMO TESES

Constatando um número absurdo de processos ajuizados diariamente, somados ao acervo de processos em tramitação e sem solução, o colapso do sistema judicial que se apresentava moroso⁷, ineficiente e fragmentado restou evidenciado, exigindo novas soluções para a demanda decorrente da frenética e constante transformação social ocorrida a partir da promulgação da Constituição Federal⁸, principalmente.

Para resolver esse “problema”, ao longo das últimas décadas tentou-se das mais diversas e criativas formas, apresentar soluções que se demonstraram, individualmente consideradas, insatisfatórias.

Desde as sucessivas alterações legislativas⁹ realizadas, que extinguíam recursos e criavam outros, que alteravam o processo de execução¹⁰ ou se propunham a criação *por lei* de súmulas vinculantes¹¹ ou incidentes de julgamento de recursos repetitivos¹², os motivos que impeliam essas alterações da norma, sempre foram motivadas pela redução

6 Questiona STRECK: “Diante disso, como se poderia falar em *precedentes* em um contexto no qual a *ratio* já **nasce como tese** do Tribunal que “lança” o “**precedente**”? **Id. Ibidem.** p. 351 (grifos nossos). Ainda, segundo STRECK: “A conclusão é nítida: (...) **em nenhum desses entendimentos é possível equiparar a ratio de um caso a uma tese generalizante**, enunciada pelo Tribunal previamente com esse fim. Como vimos, pois, eis aí uma clara – e importantíssima distinção entre o *stare decisis* do *common law* e o “precedente” brasileiro. **Id. Ibidem.** p. 352 (grifos nossos).

7 Para PEIXOTO & BONAT, desde a promulgação da Constituição Federal destacam-se “a morosidade, a ausência de convergência argumentativa e a flexibilização da isonomia” como dificuldades da prestação jurisdicional. *In* PEIXOTO, Fabiano Hartmann e BONAT, Debora; **Racionalidade no direito: Inteligência artificial e precedentes.** 1 ed. Curitiba: Alteridade. 2020. 144p. p. 71.

8 Para WAMBIER: “A consagração da ampla possibilidade de acesso à justiça como decorrência da garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional foi, sem dúvida, extraordinariamente positiva, sobretudo na medida em que assegura o acesso ao Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça a direito. Mas, por outro lado, acarretou uma verdadeira avalanche de processos judiciais” *in* WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Inteligência artificial e sistemas multiportas:** uma nova perspectiva do acesso à justiça. Revista dos Tribunais, São Paulo v. 1000, ano 108, p. 301-307, fev. 2019. p. 302.

9 Após a Constituição Federal de 1988, até a entrada em vigor da atual lei 13.105 de 15 de março de 2015, o Código de Processo civil sofreu 53 (cinquenta e três) alterações. Cf. <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=5869&ano=1973&ato=297UTTU5EenRVT15b>>. Acesso em 26 abr. 2021.

10 Destacamos a lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005 e a lei 11.382 de 06 de dezembro de 2006.

11 Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

12 Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008

dos prazos de julgamento e a redução do acesso aos tribunais superiores.

No Judiciário, o que se chama de jurisprudência defensiva¹³, foi a ferramenta utilizada pelos Tribunais, ao longo dos anos, para se esquivar do julgamento de mérito¹⁴.

Não bastasse essa resistência ao julgamento, analisado caso a caso, os Tribunais Superiores editaram Enunciados de Súmulas para obviar, *ab initio*, o acesso a instância superior, em um juízo preliminar de admissibilidade recursal.

Já na exposição de motivos¹⁵, o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) relata a existência dessa realidade que demonstra a fragilidade da prestação jurisdicional¹⁶, a qual seria prestada de forma insegura, fragmentada¹⁷, divergente e incompatível muitas vezes com o ordenamento em vigor.

Optando por acrescentar integridade, coerência, isonomia e estabilidade às decisões judiciais, de forma complementar ao sistema da *civil law*, a lei 13.105/2015 pretendeu conferir segurança ao ordenamento jurídico, criando estímulos para a uniformização dos julgados, aproximando-se da doutrina *treat like cases alike*.¹⁸

Como vimos, a fim de conferir agilidade¹⁹ e evitar o colapso do acesso aos Tribunais Superiores, pretendeu-se via legislativa²⁰, organizar e uniformizar os entendimentos

13 CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Um basta à perversidade da jurisprudência defensiva**. Revista Consultor Jurídico-Conjur. São Paulo, 2014. Disponível em: <www.conjur.com.br/2014-jun-24/basta-perversidade-jurisprudencia-defensiva>. Acesso em: 30 mar. 2021. No mesmo sentido: MEDINA, José Miguel García. **Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia?** São Paulo, 2013. Disponível em: <www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>. Acesso em: 30 mar. 2021.

14 Questões processuais, como complementação de centavos em guias recursais (há casos de recursos não conhecidos por 10 centavos como - TRT-15 - AI: 27636 SP 027636/2002, Relator: LUÍS CARLOS CÂNDIDO MARTINS SOTERO DA SILVA, Data de Publicação: 14/11/2002), ou recursos negados por não haver prova antecipada de feriados municipais, ou outra prova da causa legal de prorrogação, suspensão ou interrupção do prazo recursal, como nos RE nº 358.232-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 11.04.03; AI nº278.220-AgR, rel. Min. MAURICIO CORRÊA, DJ de 27.04.01; AI nº371.066-AgR, rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 11.10.2002; AI nº475.377-AgR, rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 16.04.04; AI nº 457.062-AgR, rel. Min. ELLEN GRACE, DJ de 02.04.04. Ainda há negativas de seguimento, por recursos apócrifos, TST - Ag: 741001420085150062, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 03/12/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: 06/03/2015, Obrigatória comprovação da gratuidade da justiça quando da interposição do recurso, STJ - REsp: 1457020 MG 2014/0128460-4, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Publicação: DJ 13/04/2020

15 Código de processo civil e normas correlatas. – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.313 p. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 26 abr.2021.

16 Extrai-se: “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos” **id. ibidem**. p. 27

17 Do texto: “Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade” **id. ibidem**. p. 27

18 Do Livro IV, CPC/2015: “A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”. PUGLIESE, antes mesmo da entrada em vigor do CPC, já observava: “Em síntese, o que se defende é a adoção, pelo Poder Judiciário brasileiro, da doutrina do *stare decisis*, que pode muito bem ser representada pela noção de tratar os casos iguais de forma igual. Essa medida representará grande contribuição na busca por todos os valores até aqui suscitados, como a segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade e, talvez o mais importante, igualdade”. PUGLIESE, William Soares. **Teoria dos precedentes e interpretação legislativa**. 107 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 13

19 Da exposição de motivos: “O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”. **Código de processo civil e normas correlatas**. p. 25. Ainda: “Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça. A simplificação do sistema recursal, de que trataremos separadamente, leva a um processo mais ágil.” **id. ibidem**. p.27.

20 Segundo a Exposição de Motivos o CPC visa “Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas e concretizar, na vida

jurisprudenciais, reduzindo prazos e otimizando recursos.

O novo Código de Processo Civil concretizou, assim, o início de um sistema precedentalista²¹. Se estamos de acordo que o novo Código de Processo Civil altera o formato que as decisões judiciais serão proferidas *daqui para frente*²², nova problemática surge ao constatarmos que estamos despreparados para essa nova tradição de julgamentos.

Copiados os modelos de procedimentos para julgamento da tradição secular da *common law* o que se extrai é que somos pouco hábeis para aplicar de imediato essa tradição, como está ocorrendo na prática, passados 5 (cinco) anos da vigência do CPC²³.

Não estudamos os casos como ocorre nos adeptos da *common law*, restringindo-nos a discutir a teoria do sistema de precedentes, sem que, de fato, haja na prática seu entendimento. Magistrados, procuradores, advogados, estudantes se preparam para o exercício da interpretação da lei, não para a confecção de teses que visem formar ou aproximar os precedentes. Em nossas escolas de direito²⁴, não há sinais aparentes de reforma em sua grade curricular que contemplem a análise de casos relatados pela doutrina²⁵ e estudem a formação e aplicação de precedentes, ao contrário do que é

da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia. Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o assobramento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional." **Id. ibidem**. p. 29.

21 Para VIANA & NUNES, não existe no Brasil precedente judicial, ao menos no modo considerado no direito inglês e americano. Ver: VIANA & NUNES. **Precedentes**. p. 224.

22 Para BARBOZA "Na medida em que os precedentes podem ser entendidos como decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões subsequentes, é possível afirmar que aplicar lições do passado para solucionar problemas atuais e futuros faz parte da **razão humana prática**" BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law** *Stare decisis*, integridade e segurança jurídica. Tese (Doutorado em Direito) 264 f Pontifícia Universidade Católica do Paraná: Curitiba. p. 167, citando: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth, 1997, p. 2. Sobre a atuação "no passado" atuando o julgador com vistas a identificação ou correção de erros cometidos por outros juízes, ver: TARUFFO, Michele. **El vértice ambiguo**. *Ensayos sobre la Casación civil*. Lima: Palestra Editores, 2005. p. 13-15.

23 STRECK, pergunta: "... por que não *explicamos* à comunidade jurídica que, no *common law*, não se constroem precedentes para servirem de 'teses' ou 'leis' para o futuro(...)? Ainda: "...como explicar que o Judiciário se substitui ao legislador? Para melhor entendimento, outras "questões persistentes" são reveladas por STRECK. **Dicionário de Hermenêutica**. p. 354-355. Ver também: STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodium, 2018.

24 O Brasil reúne mais faculdades de direito que China, Estados Unidos da América e Europa juntos. Cf. TENENTE, Luiza. Brasil tem mais faculdades de direito que China, EUA e Europa juntos; saiba como se destacar no mercado. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/guia-de-carreiras/noticia/brasil-tem-mais-faculdades-de-direito-que-china-eua-e-europa-juntos-saiba-como-se-destacar-no-mercado.ghtml>> Acesso em 30 abr. 2021. **O curso de Direito** é o que possui o maior número de estudantes universitários do Brasil com 1.154.751 alunos. Esse cenário foi revelado com base nos dados do Censo da Educação Superior 2017 divulgado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). Disponível em: <<https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/enem/direito-e-graduacao-com-maior-numero-de-estudantes-universitarios-do-pais>> . Acesso em 25 abr. 2021. O Brasil é o país com maior número de faculdade de Direito. Entre 1995 (235 cursos) e 2018 (1502 cursos) houve o crescimento de 539% no número de cursos. *in* FREITAS, Hyndara. Brasil tem mais de 1.500 cursos de Direito, mas só 232 têm desempenho satisfatório. Disponível em: <<https://www.jota.info/carreira/brasil-tem-mais-de-1-500-cursos-de-direito-mas-so-232-tem-desempenho-satisfatorio-14042020>>. Acesso em 26 abr. 2021.

25 "O ensino do direito através de aulas expositivas não fornece uma base satisfatória para alunos de direito para entender situações fáticas que lhes sejam apresentadas com o objetivo de análise, pesquisa ou previsibilidade. O ensino do direito nos Estados Unidos requer participação ativa do estudante de direito no processo de aprendizagem. Os alunos são chamados a participar nas aulas através de respostas a perguntas orais e gerais referentes ao material indicado para ser previamente preparado. É sumamente importante que o aluno esteja preparado para cada aula e que participe da mesma para obter a confirmação das conclusões atingidas durante a preparação para aquela aula. Pesquisa extensiva e redação ocorrem durante o primeiro ano de direito, com grande parte do tempo durante a experiência obtida no primeiro ano, dedicada a exigir do estudante que aprenda a analisar casos, identificar fatos relevantes e questões de direito, e entender como deve entender e utilizar adequadamente o precedente dos casos estudado" COLE, Charles D.

ensinado na academia dos países da tradição da *common law*, e objeto da prática judicial.²⁶

Não havendo estudos, desde a graduação ensino prático sobre o tema, a realidade revela que noções de *ratio decidendi*, *obiter dictum* e distinção são pouco tratados nos Tribunais.²⁷

Assim, Súmulas²⁸, Enunciados, Orientações de nossos Tribunais Superiores são confeccionadas em desalinho aos procedimentos havidos com a tradição secular dos países da *common law*, como já visto.²⁹

Vejam os exemplos das Súmulas vinculantes³⁴ criadas com a Emenda Constitucional 45/2004³⁵. Sem nos estendermos no tema, o fato é que Súmulas vinculantes deveriam ser editadas apenas *após reiteradas decisões*, como consta textualmente da Constituição Federal em seu artigo 103-A. Não foi entretanto o caso da Súmula Vinculante n. 11³⁶ que teve origem única no HC-91952 STF³⁷

Esse efeito vinculante vertical encontra-se presente no Judiciário em outras searas. Apesar de não ter normatizado esse caráter inflexível de sua jurisprudência, tem sido profícuo na pró-atividade judicial com sucessivas criações de Súmulas, Enunciados e Orientações Jurisprudenciais³⁰, normalmente relacionados a carência legislativa, criando normas processuais e materiais, formulando *teses* que muitas vezes substituem o processo legislativo.

Desvirtuando a teoria de precedentes, o atual procedimento do Poder Judiciário revela uma intenção de edição de súmulas e precedentes de forma abrupta, sem o enfrentamento e amadurecimento das teses jurídicas prevalentes³¹, com a finalidade de adequar, e até mesmo limitar, o que encontra-se previsto em lei, demonstrando, em um primeiro momento, o descaso com a elaboração de um precedente íntegro, estável, uniforme e coerente, que seja fruto da maturação do posicionamento jurisprudencial tomado ao longo dos anos e não

Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. *Revista dos Tribunais*, v. 87, n. 752, jun./1998, p. 11

26 Sobre a importância do Sistema integrado de Relatórios de Casos (*Law Reports*) num sistema de precedentes judiciais ver: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Tese de Doutorado**. p. 166

27 Neste sentido o Prefácio da obra de VIANA e NUNES escrito por Humberto Theodoro *in* VIANA e NUNES. **Precedentes**. p. XII, do Prefácio.

28 Para FÁRIA “a elaboração dos enunciados de súmulas não possibilita a aferição de seu real sentido, revelando situações cuja precariedade de sua construção não permite ao intérprete identificar com precisão os casos que efetivamente comportam sua aplicação” FÁRIA, Gustavo Castro. **Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p.114

29 Para LENIO: “Um precedente – ou seja, o nome que se dá a um enunciado com pretensão generalizante – não nasce para vincular. Ele obriga contingencialmente (dimensão de integridade). Um precedente não nasce precedente, torna-se. STRECK. **Dicionário de Hermenêutica**. p. 352-353. (grifos nossos).

30 Sobre as noções fundamentais e diferenciação entre precedentes, enunciado de súmula e jurisprudência ver: VIANA & NUNES. **Precedentes**. p. 203-224.

31 “[...] a consolidação dos precedentes no modelo brasileiro não pode ser prejudicada – como têm sido – pelo objetivo de resolver um problema numérico de tramitação de processos judiciais. Carreando esta informação com a velocidade em que as súmulas são editadas, enquanto enunciados genéricos e abstratos, verifica-se uma incoerência com o ideal de estabilidade e isonomia na aplicação do direito, corolários do fortalecimento de um direito jurisprudencial, posto que as súmulas na forma como estão sendo editadas, não asseguram o adequado e eficaz exame da *ratio decidendi*, tampouco de outras técnicas ínsitas ao sistema de precedentes, como o *distinguishing* e o *overruling*, a dar conformação aos precedentes, em detrimento do seu rigor inadequado” *in* MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia obrigatória dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica brasileira**. - Rio de Janeiro, 2013. f. Dissertação Mestrado em Direito Universidade Estácio de Sá, 2013. p. 169

tomada fortuitamente para limitar eventual avanço legislativo, por exemplo.

Aparece a idéia aqui da necessidade de um “diálogo jurídico continuado” no sentido adotado por LORENZETTO³², onde qualquer decisão judicial deve ter em mente a necessidade da justificação de um diálogo já iniciado por “outros”, cujo argumento (decisão atual) dará sua contribuição para continuidade da discussão.

Ainda como prática, não são poucas as decisões proferidas que se podem considerar jurisprudência defensiva³³ dos Tribunais.

Esse sistema interpretativo viciado é organizado para impedir a análise efetiva dos fatos do processo (como exemplos, as Súmulas 126-TST³⁴ e 7-STJ³⁵, 284-STF³⁶),³⁷ produzindo efeitos jurídicos dos mais diversos. Mesmo tendo por base o mesmo suporte fático e a aplicação da mesma norma jurídica, existem decisões divergentes, sendo que os Tribunais, por conta da celeridade, da eficiência³⁸ e da redução de demandas, omitem-se em prestar seu dever constitucional de julgar o caso concreto.

Entretanto, para a formação dos precedentes, é necessário o cotejo fático³⁹ que assemelhe o precedente ao caso dos autos. Obviar o processamento dos recursos aos Tribunais Superiores por ser impossível o reexame de fatos é um paradoxo, que impede a formação de precedentes, nos moldes tradicionais, inegavelmente.

Como vimos, a fim de conferir agilidade⁴⁰ e evitar o colapso do acesso aos Tribunais

32 LORENZETTO, Bruno Meneses e KOZICKI, Katya. **Constituindo A Constituição:** entre paradoxos, razões e resultados. Artigo. Revista Direito GV, São Paulo, v. 11, n. 2, jul./dez. 2015. 623-648 p. 642; Ver: ESKRIDGE, William. **Dy-namic Statutory Interpretation.** University of Pennsylvania Law Review, v. 135, 1987 *apud* LORENZETTO e KOZICKI, ob. cit.

33 Ver a insurgência da OAB e entidades contra a prática, na matéria de VITAL, Daniel. **OAB-DF pede ao STJ critérios objetivos para admissibilidade de recursos**, Revista Consultor Jurídico-Conjur de 02 julho de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-02/oab-df-stj-criterios-objetivos-admissibilidade>> Acesso em 24 abr. 2021.

34 Súmula nº 126 do TST RECURSO. CABIMENTO Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, “b”, da CLT) para reexame de fatos e provas.

35 Súmula 7-STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

36 Súmula 284-STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”

37 Interessante analisar a pesquisa realizada pelo IDP, sobre o “dique” de contenção de recursos e as súmulas utilizadas para vedação ao acesso aos Tribunais superiores. Cf. CARNEIRO, Rafael Araripe. **STJ em números:** improbidade administrativa. Jota. 06 de junho de 2020. <https://wpcdn.idp.edu.br/idpsiteportal/2020/06/STJ-em-numeros_-improbidade-administrativa-JOTA-Info-1.pdf> Acesso em 21 abr. 2021.

38 Para NUNES & PAOLINELLI: “A noção de acesso à justiça que orienta o discurso no sentido de que as soluções tecnológicas podem importar num “aumento” estatístico da resolução de demandas, com frequência, parte de uma aposta exclusivamente numérica, orientada pela lógica neoliberal e, tão somente, pela retórica da eficiência. Dentro dessa perspectiva do acesso à justiça: fornecê-lo significa estruturar mecanismos para permitir que o maior número de demandas seja resolvido, de qualquer maneira, a qualquer custo (desde que sejam resolvidas).” *in* NUNES, Dierle e PAOLINELLI, Camilla Mattos. **Novos designs tecnológicos no sistema de resolução de conflitos:** ODR, e-acesso à justiça e seus paradoxos no Brasil.” Revista de Processo. Revista dos Tribunais online. vol. 314/2021. Abril 2021. DTR/2021\3403 p. 395-425. Disponível em: <https://www.academia.edu/45607938/NOVOS_DESIGNES_TECNOL%C3%93GICOS_NO_SISTEMA_DE_RESOLU%C3%87%C3%83O_DE_CONFLITOS_ODR_E_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A_E_SEUS_PARADOXOS_NO_BRASIL>. Acesso em 29 abr. 2021.

39 Para TUCCI: “... todo precedente judicial é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório” *in* TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

40 Da exposição de motivos: “O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”. **Código de processo civil e normas correlatas.** p. 25. Ainda: “Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça. A simplificação do sistema recursal, de que trataremos separadamente, leva a um processo mais ágil.” **Id. ibidem.** p.27.

Superiores, pretendeu-se via legislativa⁴¹, organizar e uniformizar os entendimentos jurisprudenciais, reduzindo prazos e otimizando recursos.

Entretanto, a combinação de teses verticais e decisões automatizadas geram preocupações aos operadores do direito, conforme veremos.

31 AS FERRAMENTAS - INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PRECEDENTES JUDICIAIS⁴²

A Inteligência Artificial surge como alternativa a correção de vieses⁴³ (comportamentos, preconceitos e erros) na tomada de decisão. Por certo a eliminação de preconceitos e vieses dos julgadores⁴⁴ contribuem para a imparcialidade exigida pelo direito, onde o comportamento de Pedro (alcoholizado ou sóbrio) não afetaria o julgamento, algoritmicamente pré-concebido.

Mesmo sendo evidentes os benefícios trazidos por essa nova era digital⁴⁵, a opção por julgamentos previamente concebidos também pode ser um problema. Decisões discriminatórias em processos decisórios automatizados também podem ocorrer e, ainda, de forma mais perniciosa. Algoritmos são desenvolvidos por meio da apropriação de um determinado número de dados históricos. Contendo esses dados preconceitos, vieses ou erros, a *machine learning* tende a replicar essa anomalia, em um percentual ainda mais negativo do que o comportamento humano enviesado pode causar.

41 Segundo a Exposição de Motivos o CPC visa “Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia. Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o assobramento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional.” **Id. ibidem**. p. 29.

42 Ver: MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas** – do controle a interpretação da jurisprudência ao precedente. 3ª. ed. São Paulo: 2017.

43 Para FERRAJOLI: “por mais que o ser humano se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 46.

44 CHEN demonstra que a análise judicial é recheada de fatores extra-legais que influenciam as decisões dos juízes nas mais variadas nuances. Anomalias comportamentais na tomada de decisões judiciais oferecem uma compreensão intuitiva da relevância que o uso de *machine learning* pode auxiliar a limitar os desvios de comportamento. Afirmando ter digitalizado 380.000 casos e um milhão de votos de juízes demonstra alguns comportamentos preocupantes quando da tomada de decisões. Por exemplo, o acirramento da diferença de votos no trimestre anterior a uma eleição entre juízes democratas e republicanos (p. 6), a redução de pena considerando a data de aniversário do Réu, ou sua presença ao julgamento (p. 12), a alteração da concessão ou não de asilo pelos juízes de Louisiana de acordo o resultado do time de futebol americano de sua preferência, e a presença ou não de advogado em audiência (p. 14/15). Para aprofundamento das conclusões ver: CHEN, Daniel L., **Judicial Analytics and the Great Transformation of American Law**. Journal of Artificial Intelligence and the Law, Forthcoming, (October 14, 2018). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3306071>>. Acesso: 08 mar. 2021.

45 Para POBLET e KOLIEB: “a questão de saber se as ferramentas digitais servem para fortalecer a lei ou minar seus princípios ainda não tem uma resposta clara” in POBLET, Marta & KOLIEB, Jonathan. (2018). **Responding to Human Rights Abuses in the Digital Era: New Tools, Old Challenges**. Stanford Journal of International Law. 54. 259-283. p. 261 (tradução nossa). No original: “More broadly, the question of whether digital tools serve to strengthen international law or undermine its principles has no clear answer yet.”

Como solução aos problemas da demanda⁴⁶ e visando conferir organicidade⁴⁷, foi promulgado em 2015, o Código de Processo Civil⁴⁸, que, entre outras ferramentas, buscou criar, *por lei*, um sistema de precedentes que alicercem a tomada de decisão, evitando a dispersão da jurisprudência, e promovendo a isonomia dos julgamentos⁴⁹.

Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁵⁰ em seu relatório Justiça em números 2020, destacam a transparência do Poder Judiciário desde sua apresentação⁵¹, revelando um “estoque” de cerca de 77,1 milhões de processos em tramitação no fim do ano de 2019⁵², sendo que houve a redução histórica desse acervo⁵³, em comparação aos anos anteriores, demonstrando o aumento de produtividade de magistrados⁵⁴ e servidores nesse período, estimando uma taxa de congestionamento de processos de 68,5%⁵⁵, enfatizando o alto grau de litigiosidade em detrimento dos esforços do CNJ realizados desde 2006 para o incentivo de uma “cultura de conciliação”

No contexto do presente artigo, destaca-se no relatório Justiça em números 2020, o lançamento do Datajud – Base Nacional de Dados do Poder Judiciário⁵⁶, destacando-se a “Aceleração na virtualização da Justiça” que confirma a virtualização da Justiça brasileira, destacando que: “Nove em cada dez ações judiciais foram iniciadas em um computador, um celular ou um *tablet* – dez anos antes, a proporção era de um a cada dez”, com um volume 23 milhões de processos novos eletrônicos, apresentados em 2019, remanescendo,

46 Sobre a diminuição do acesso aos Tribunais Superiores: “A tendência à diminuição do número de recursos que devem ser apreciados pelos Tribunais de segundo grau e superiores é resultado inexorável da jurisprudência mais uniforme e estável.” in Código de processo civil e normas correlatas. – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.313 p. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 26 abr.2021. p.29

47 Seriam estes os objetivos do CPC: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.” **Id. ibidem.** p. 26

48 Para PEIXOTO & BONAT, a preocupação com a redução do acervo processual e o impacto das decisões judiciais foram alguns dos motivos que levaram a adoção de um sistema de precedentes judiciais. in PEIXOTO & BONAT. **Racionalidade no direito.** p. 71.

49 PEIXOTO & BONAT analisam que “a ampliação do rol dos direitos fundamentais, a independência dos magistrados, maior liberdade interpretativa, a adoção de conceitos mais vagos e fluidos” transformaram o Judiciário e foram vetores importantes na adoção de um sistema de precedentes. in PEIXOTO & BONAT **Racionalidade no direito.** p. 73.

50 Cf. **Justiça em Números 2020:** ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 26 abr.2021.

51 Cf. apresentação do Ministro Dias Toffoli, Presidente do CNJ, p. 5.

52 Sendo que 55,8% destes 77 milhões de processos encontram-se em fase de execução. **Id. ibidem.** p. 150.

53 Segundo o Sumário Executivo **Justiça em Números 2020:** ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça 35,4 milhões de casos foram baixados.

54 Destaca-se a informação de que o Ministro Alexandre de Moraes (STF) em seus quatro anos de trabalho teria reduzido o número de processos pendentes para julgamento de 6.597 para 635 em relação ao acervo original, sendo distribuídos 20.268 novos processos ao ministro nesse período. Cf. <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-09/anos-stf-ministro-alexandre-reduz-acervo-90>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

55 Segundo o Sumário Executivo da Justiça em Números 2020: “Os processos de execução fiscal representam 39% do total de casos pendentes e 70% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 87%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2019, apenas 13 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 8,1 pontos percentuais, passando de 68,5% para 60,4% em 2019.” **op. cit.** p. 6.

56 **Id. ibidem** p. 6

apenas 27% dos processos em suporte papel.⁵⁷

A virtualização passou a ser o objetivo dos nossos Tribunais⁵⁸, onde sobre o aparente manto da produtividade e da eficiência, a celeridade tem sido enaltecida.

Interessante que os Tribunais reconhecem exercer a jurisdição total ou parcialmente apoiados por novas tecnologias, desde o juízo de admissibilidade, realizado como em “uma linha de produção”⁵⁹, e, como no caso do STJ, por sistemas de inteligência artificial como o Athos (que se propõe a realizar uma triagem de processos semelhantes, bem como identificar processos que possam ser submetidos à afetação para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos) e o *software* Sócrates 2.0 (que se vale da *machine learning* para compartimentar as controvérsias apresentadas no recurso especial, exercendo a comparação das decisões do Tribunal com o acórdão do tribunal de origem, separando a jurisprudência relacionada ao tema em discussão, apresentando, inclusive, uma sugestão de minuta).

A constatação simples é de que processo e inteligência artificial tornaram-se inseparáveis, sendo esta imprescindível ao funcionamento dos Tribunais, atualmente.

Novo dilema se apresenta, ao verificarmos que a formação de precedentes foi substituída pela fixação de teses, como já visto. E, pelo que consta das reportagens noticiadas, para agilizar a tomada de decisões judiciais, e reduzir o acervo de histórico de processos, a constatação é que tem havido a delegação de funções decisórias (total ou parcialmente) para as máquinas⁶⁰, não sendo crível, apesar do eufemismo (decisões apoiadas), que as decisões sejam apenas decisões apoiadas em inteligência artificial, dado o elevado número de processos e de decisões tomadas.

Houvesse, de fato, total transparência, essas minutas automatizadas indicadas nas matérias institucionais dos Tribunais Superiores, se não são necessariamente julgamentos,

57 Cf. Sumário Executivo da Justiça em Números 2020, p. 10.

58 Sobre o ideal de um Supremo 100% digital ver a matéria: “**STF Digital**: nova plataforma integra sistemas e aprimora prestação jurisdicional”, onde consta a percepção do Ministro Dias Toffoli, então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF). Para o Ministro: “A elevada produtividade permitiu que se avançasse sobre a longa pauta de julgamentos dos colegiados, gerando, com isso, maior segurança jurídica e previsibilidade quanto à resolução de temas de grande relevância para o País”. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=450698&ori=1>>. Acesso em 26 abr. 2021.

59 Na matéria institucional “**Núcleo da presidência do STJ contribuiu para a redução do acervo processual da corte**” o Superior Tribunal de Justiça (STJ), afirma que o Núcleo de Admissibilidade e Recursos Repetitivos (Narer) vinculado à Presidência do tribunal, atuou na baixa definitiva para a origem de mais de 100 mil processos, reduzindo em 7,1% o acervo processual. Segundo a matéria o STJ recebeu em torno de 345 mil processos em 2020. Desse total, o Narer analisou mais de 177 mil recursos, elaborou minutas para cerca de 130 mil decisões e devolveu para a origem um volume de aproximadamente 101 mil processos. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/11032021-Nucleo-da-presidencia-do-STJ-contribuiu-para-a-reducao-do-acervo-processual-da-Corte.asp>>. Acesso em 26 abr. 2021.

60 Sobre o tema: FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Eric Navarro. **Arbitrium ex machina**: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. Revista dos Tribunais online, v. 995, p. 1-16, set. 2018. Disponível em: <<http://governance40.com/wp-content/uploads/2018/11/ARBITRIUM-EX-MACHINA-PANORAMA-RISCOS-E-A-NECESSIDADE.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2021. Sobre o assunto, NUNES & VIANA alertam para os perigos de se deslocar a função decisória para as máquinas. NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio. **Deslocar função estritamente decisória para máquinas é muito perigoso**. Revista Consultor Jurídico-Conjur. 22. Jan. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-22/opiniao-deslocar-funcao-decisoria-maquinas-perigoso>> Acesso em: 22. Fev. 2021

dentro da própria *accountability* festejada pelo CNJ, deveria mencionar também, qual seria o percentual de rejeição ou aprovação dessas minutas pré-concebidas, obedecendo a transparência na formação dos dados, e a possibilidade de correção de vieses.

E isto não é dizer que essa a inovação trazida com as novas tecnologias é ruim⁶¹. Ao contrário, o elevado número de processos torna impossível a tomada de decisões, no tempo e no modo devidos, com base no fator puramente humano.

A tomada de decisões por máquinas, por vezes, é preferível à tomada de decisões humanas⁶². A função que temos é de questionar a legitimidade dessas práticas e como elas nos atingem.

Para além do Judiciário, a transição de uma sociedade baseada na riqueza para uma sociedade baseada na informação criou, de fato, uma nova estrutura de poder⁶³. Dados são monetizados, usados como moeda política, como influência social. A felicidade é o que você posta nas mídias sociais.

Esses fatos condensados demonstra a necessidade de avaliações permanentes do impacto das novas tecnologias nos direitos humanos⁶⁴, em cada etapa do desenvolvimento e implantação de sistemas de inteligência artificial, inclusive e principalmente quando da tomada de decisões judiciais.

As tecnologias digitais fornecem meios para defesa dos direitos fundamentais, podendo, de forma perversa suprimir, limitar e violar os direitos humanos e o Judiciário não está livre desses questionamentos.⁶⁵

Assim, questiona-se na parte final desse artigo, problematiza-se a justaposição de

61 Para MAGRANI: "... uma abordagem metarregulatória no campo da automação legal deve nos permitir determinar se, e até que ponto, **os legisladores** não devem (ou não podem) delegar decisões a sistemas automatizados. Além disso, o enfoque deve ser sobre o impacto da tecnologia no Estado de Direito, no próprio papel da lei e em como a tecnologia compete com outros sistemas regulatórios. Devemos também prestar atenção aos princípios e valores que estão em jogo ao delegarmos a tomada de decisão a sistemas automatizados, nomeadamente com questões de interpretação e deliberação." in MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs**: ética e privacidade na era da hiperconectividade. Rio de Janeiro: Ed. Arquipélago, 2019. p. 255.

62 Ver como exemplo as plataformas Datalawyer. Disponível em: <<https://www.datalawyer.com.br/>> Acesso em 30 abr. 2021; Jurimetria Neural- <<https://bernardodeazevedo.com/conteudos/playtest-como-funciona-a-jurimetria-neural/>>. Acesso em 30 abr. 2021. LegalNeoway, Disponível em: <<https://www.neoway.com.br/solucoes/neoway-legal>> Acesso em 30 abr. 2021. Digesto, Disponível em: <<https://www.digesto.com.br/>>. Acesso em 30 abr. 2021. Softplan, Disponível em: <<https://www.softplan.com.br/>>. Acesso em 30 abr. 2021. E outros como Neuralmind, Turivius, Deep Legal, Fore Legal, conforme dados da Associação Brasileira de Lawstechs e Legalstechs (ab2l.org.br) indicados na matéria de MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Inteligência artificial e Direito: ensinando um robô a julgar**. Revista Consultor Jurídico-Conjur. de 04 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-04/limite-penal-inteligencia-artificial-direito-ensinando-roboto-julgar>>. Acesso em 30 abr. 2021.

63 Para BOSTROM: "Se a economia mundial mantiver a sua taxa de crescimento dos últimos cinquenta anos, o mundo será aproximadamente 4,8 vezes mais rico em 2050 e aproximadamente 34 vezes mais rico em 2100, em comparação ao que é hoje", in BOSTROM, **Superinteligência**, p. 23.

64 Ver o procedimento exigido de *due diligence* lembrado no item 39, da 74ª. Sessão da Assembleia Geral da ONU, o Relatório A/74/821 de 29 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/>>. Acesso em 17 jul.2020.

65 Para BRAGANÇA & BRAGANÇA: "fica claro que a constituição dos sistemas se faz a partir das preferências dos programadores ou dos adquirentes do produto e são reflexo das opiniões e prioridades desses sujeitos. A máquina, por conseguinte, não é inteiramente isenta, uma vez que depende de uma atividade humana preliminar de seleção de informações; o que gera uma preocupação quanto a esses desvios cognitivos." in BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. **Revolução 4.0 no Poder Judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos Tribunais brasileiros**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, jul./out. 2019. p. 69. Disponível em: <<https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n46p65-76>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

um sistema de “precedentes”, nos moldes acima delineados e a utilização de sistemas inteligentes de julgamento.

4 | A LINHA DE PRODUÇÃO⁶⁶ - REPLICANDO DECISÕES

Nos tópicos que antecederam ao presente fizemos uma breve abordagem quanto a existência de um sistema precedentalista (item II), constatando o incremento de novas tecnologias no apoio a decisão judicial (item II.1).

Segundo SOURDIN⁶⁷ a tecnologia está remodelando o sistema de justiça em pelo menos três frentes. Primeiro, em um nível básico, a tecnologia é utilizada como instrumento de informação, apoio e aconselhamento às pessoas envolvidas com o sistema de justiça (tecnologia de apoio). Em segundo lugar, a tecnologia pode substituir funções e atividades que anteriormente eram realizadas pelo ser humano (tecnologias de substituição). Em uma terceira frente, a tecnologia altera a forma de trabalho efetivo dos julgadores, proporcionando formas de justiça diversas das tradicionais, (tecnologia disruptiva)⁶⁸, onde, situações como análise preditiva podem reformular o papel do juiz.⁶⁹

A Fundação Getúlio Vargas, através do Centro de Inovação, Administração e Investigação Jurídica (CIAPJ/FGV), sob a coordenação do Ministro Luis Felipe Salomão, realizou estudos quanto a utilização da inteligência artificial no sistema de justiça, dentro dos projetos de desenvolvimento sustentável da Agenda da ONU para 2030 no Brasil. Esse inquérito sobre a utilização de inteligência artificial nos tribunais brasileiros, concluíram que mais de 50% já adotam algum tipo de sistema de Inteligência artificial, o que acarretará na possibilidade de cruzar estes dados para verificar o impacto da IA na velocidade, eficiência e produtividade dos tribunais.⁷⁰

66 A expressão consta da matéria institucional “Núcleo da presidência do STJ contribuiu para a redução do acervo processual da corte” anteriormente citada.

67 Ver SOURDIN, Tania Michelle. “Justice and technological innovation.” *Journal of Judicial Administration*, Vol. 25, 2 (1 de dezembro de 2015). pp. 96 - 105. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2713559>>. Acesso em 06 mar. 2021.

68 Segundo a metodologia de SOURDIN, *supportive technology, replacement technologies e disruptive technology*. Ver SOURDIN, Tania Michelle. *Judge v. Robot: Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making*. *UNSW Law Journal*, v. 41, n. 4, 2018, p. 1114 –1133. p. 1117. Disponível em: <<https://goo.gl/hxbXri>>. Acesso em 06 mar. 2021.

69 Id. *ibidem*. De forma similar, MORAIS DA ROSA & BOING, falam sobre a existência de um robô-classificador, um robô-relator e um robô-julgador. Ver: MORAIS DA ROSA, Alexandre e BOEING, Daniel Henrique Arruda. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

70 Segundo o ministro Luis Felipe Salomão, o movimento de digitalização da Justiça é cada vez mais necessário para a boa gestão dos tribunais, com eficiência, celeridade e qualidade, diante do elevado volume processual. Ver: **Inteligência artificial está presente em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo inédito**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx>>. Acesso em: 27 abr. 2021. Consta ainda da matéria que: “O Projeto Sócrates já se encontra em sua versão 2.0, elaborada em resposta a um dos principais desafios dos gabinetes – a identificação antecipada das controvérsias jurídicas do recurso especial. Entre as funções da ferramenta, está apontar, de forma automática, o permissivo constitucional invocado para a interposição do recurso, os dispositivos de lei questionados e os paradigmas citados para justificar a divergência.” Id. *ibidem*. Além da referência ao *software* Sócrates, a matéria institucional menciona o sistema Athos (que principalmente localiza as matérias dos recursos repetitivos, monitorando entendimentos dos órgãos internos do STJ) destacando o sistema e-juris (utilizado para extração das referências legislativas e jurisprudenciais do acórdão, além da indicação dos acórdãos principal e sucessivos sobre um mesmo tema jurídico) e a criação de uma quarta ferramenta com base na Tabela Unificada de Assuntos (TUA) que visa

Assim, tanto a tecnologias de apoio, quanto as tecnologias de substituição e disruptiva não são mais um exercício de ficção, mas uma realidade presente em nosso Judiciário.

A preocupação é com a possível amálgama entre novas tecnologias e precedentes vinculantes, dentro da lógica de diminuição do acervo processual, sem outros cuidados.

A intenção, principalmente dos Tribunais Superiores, de fortalecimento de um regime precedentalista tupiniquim, seria inicialmente, moldar o ordenamento jurídico⁷¹, evitando a disjunção argumentativa das decisões judiciais. Entretanto, não se pode tirar de vista que a intenção da criação de um regime precedentalista também teria como objetivo reduzir o número de processos que tramitariam perante as Cortes Superiores.

Ainda, a realização de imposição de teses, de forma vertical, faz necessária a reflexão sobre a legitimidade desta prática, que, sob um pretense manto de legalidade, podem provocar a banalização de direitos fundamentais em prol da pretensa eficiência e produtividade conferida pelos “sistemas” de inteligência artificial.

Para PEIXOTO & BONAT:

O sistema de precedentes foi arquitetado no Brasil para cumprir funções muito específicas: melhorar o desempenho do Judiciário com a diminuição do acervo e promover a convergência argumentativa. Mas sua introdução ocorreu impositivamente mediante legislação específica, que atribuiu caráter vinculante às decisões de Tribunais de vértice. Tal situação poderá gerar a ineficiência do sistema ou promover um momento de reflexão da comunidade jurídica para procurar o aperfeiçoamento e melhoria na prestação jurisdicional.⁷²

Muito se escreve sobre os precedentes judiciais no Brasil e muito se escreve sobre a inteligência artificial. E a cada dia, novas reflexões são necessárias.

Os benefícios do uso de novas tecnologias, quanto a capacidade de redução de prazos e rotinas, onde a interferência humana se faz cada vez menos presente, não desafiam maiores preocupações.

Entretanto, quando em prol dessa eficiência e celeridade essas ferramentas são utilizadas para tomada, ou apoio à decisão judicial, a inquietação permeia toda e qualquer reflexão.

Toda a construção de uma racionalidade jurídica que supere o solipsismo⁷³ não pode

a identificação automatizada do assunto do processo para fins de distribuição. **Id. ibidem.**

71 Para VIANA & NUNES: “... vem ganhando força uma corrente doutrinária que, aderindo à dinâmica estrangeira, aposta alto nos tribunais de elevada hierarquia, atribuindo-lhes a missão de **moldar o ordenamento jurídico**, algo irrealizável nas instâncias inferiores, pois nestas impera a dispersão decisória”. in VIANA & NUNES. **Precedentes**. p. 225.

72 PEIXOTO & BONAT. **Racionalidade no direito**. p. 110.

73 Para STRECK: “o juiz solipsista torna-se um agente arbitrário e que potencializa o déficit democrático de decisão judicial” in STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 105. Ainda, segundo STRECK: “O juiz dá às palavras o sentido que quer porque ele é, como Humpty Dumpty diz, o *chefe*. [...] O juiz solipsista *sabe* que a integridade do Direito o constrange; mas como “viciado em si mesmo”, ignora o constrangimento epistemológico em favor da discricionariedade” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista!** Revista Consultor Jurídico-Conjur de 21 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>> Acesso em 29 abr. 2021. Ver ainda: STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?**

desembocar em um decisionismo tecnológico⁷⁴

A análise da política escolhida pelo Judiciário que, em prol da agilidade⁷⁵, arriscam a possibilidade de tomada de decisões *ex ante*⁷⁶, interferindo em todo sistema jurídico também deve ser questionada.

No mesmo diapasão, a possibilidade da tomada de decisões padronizadas, mesmo que não correspondentes ao mérito, como se observa das matérias em mídia citadas no corpo desse artigo, em que se cita, por exemplo, o sistema e-juris do STJ, expõem um dos gargalos do processo judicial, no caso o acesso ao Recurso Especial, cuja análise passa obrigatoriamente pelo sistema informatizado, que exige uma série de requisitos formais cada vez mais aproximado da leitura de um código exigido por máquinas, em substituição à leitura humana.

A constatação de julgamentos realizados total ou parcialmente por máquinas (sob o eufemismo do julgamento apoiado), ainda trazem a indagação da possibilidade da replicação do mesmo resultado, quer com o engessamento⁷⁷ jurisprudencial, quer com a replicação de possíveis vieses advindos da perpetuação das bases informatizadas de julgamento.⁷⁸

ROQUE & SANTOS propõem três premissas básicas para que as decisões judiciais possam ser tomadas, parcialmente, por inteligência artificial:

[...] como requisitos para a utilização da inteligência artificial na tomada de decisões judiciais: (i) toda decisão judicial tomada com o auxílio de inteligência artificial deve conter essa informação em seu corpo; (ii) decisões tomadas exclusivamente por robôs devem ser de alguma forma submetidas à revisão humana, sendo assegurado pela Carta Magna o direito público

Revista Novos Estudos Jurídicos vol. 15, n.1, p.158-173. p. 162. Disponível em: <<http://www.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 20 abr.2021.

74 Segundo NUNES & MARQUES: “[...] atribuir-lhes (às máquinas) a função de tomar decisões, atuando de forma equivalente a um juiz, pode significar a ampliação ainda maior de desigualdades que permeiam nosso sistema Judiciário, respaldando-o, ademais, com um decisionismo tecnológico.” Cf. NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho.

Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas, Revista de Processo, n. 285, nov. 2018. pp. 421-447.

75 Ver: **Tribunais investem em robôs para reduzir volume de ações.** Valor Econômico, 18 de mar. de 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/noticia/2019/03/18/tribunais-investem-em-robos-para-reduzir-volume-de-acoes.ghhtml>>. Acesso em 05 mar. 2021. Para NUNES & VIANA: o número de novos processos judiciais não pode ser a única justificativa para se acolher “toda e qualquer técnica ou tecnologia que prometa reduzir o acervo de casos a serem decididos” in NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio.

Deslocar função estritamente decisória para máquinas é muito perigoso.

76 A França proibiu a jurimetria de dados de julgamento do Judiciário, com utilização de inteligência artificial dada a possibilidade real de se poder prever o resultado de julgamentos. Neste sentido: RODAS, Sérgio. **França proibe divulgação de estatísticas sobre decisões judiciais.** Revista Consultor Jurídico-Conjur de 05 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-05/franca-proibe-divulgacao-estatisticas-decisoes-judiciais>>. Acesso em 24 abr. 2021. Segundo a matéria: “A corte considerou que os parlamentares franceses buscaram impedir que a coleta de dados em massa seja usada para pressionar juízes a decidir de determinada forma ou para desenhar estratégias que possam prejudicar o funcionamento do Judiciário.”. **Id. ibidem.**

77 Segundo VIANA: “[...] num cenário ainda mais corrosivo, a jurimetria, alinhada aos precedentes obrigatórios, poderia ensejar um engessamento do Direito em função de uma possível aplicação irrefletida” in VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Juiz-robô e a decisão algorítmica:** a inteligência artificial na aplicação dos precedentes in Inteligência artificial e processo. Isabella Fonseca Alves (organizadora) 1. ed., 3. reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, p. 27

78 FERRARI et. al., simplificam o entendimento: “Algoritmos aprendem pelo exemplo. Se os dados aos quais expostos refletirem o preconceito (consciente ou inconscientemente) presente na sociedade, as decisões daí derivadas irão refleti-lo e reforçá-lo. ‘Garbage in, garbage out’ (‘lixo entra, lixo sai’), como diz o aforismo repetido por programadores”. in FERRARI; BECKER; WOLKART. **Arbitrium ex machina.** p.

subjetivo de acesso aos juízes; e (iii) sempre que opostos Embargos de Declaração invocando a ocorrência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material contra decisão proferida com o auxílio de inteligência artificial assim atestada, estes deverão ser apreciados pelo juiz da causa, sem a utilização de mecanismos de formulação automatizada de decisões judiciais, sob pena de nulidade.⁷⁹

A União Européia já se preocupava com a tomada de decisões automatizadas, confeccionando regras especiais que, ao tratar da proteção de dados, tecendo parâmetros sobre a possibilidade de decisões formadas por máquinas.⁸⁰

Em seu Artigo 22.º a RGD⁸¹ trata de decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis pessoais, onde: *“1. O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar”*⁸²

Ainda no Considerando 71, e no artigo 22, § 2, a) e c) da RGD, o “consentimento explícito” do titular dos dados, e quando da celebração ou execução de um contrato, autoriza-se a tomada de decisões exclusivamente automatizadas, sendo que a RGD ressalva ao titular dos dados, além das “garantias adequadas” o “direito à informação”, bem como “o direito de obter a intervenção humana” e o “direito à explicação⁸³” sobre a decisão tomada.

Uma vez conhecidos os parâmetros da tomada do padrão decisório, pela inteligência artificial, a opacidade algorítmica⁸⁴ ficaria reduzida, assegurando transparência, contraditório e possibilitando a pretendida *accountability* de todo processo.

A segunda premissa de necessidade do fator humano na tomada de decisões, estaria, na visão de Roque e Santos, de acordo com o princípio do juiz natural sendo que *“... o Poder Judiciário não pode prescindir da necessária humanização”* Estabelecendo a premissa que *“...seria inconstitucional a tomada de decisões exclusivamente por robôs, sem que suas decisões sejam de alguma forma submetidas à revisão humana, sendo assegurado pela Carta Magna o direito público subjetivo de acesso aos juízes”*.⁸⁵

A obrigatoriedade da presença do fator humano na tomada de decisões, mesmo que de forma parcial, no momento em que este artigo é escrito, ainda é a regra. Com o passar

79 Ver: ROQUE, André Vasconcelos; SANTOS, Lucas Braz Rodrigues dos. **Inteligência artificial na tomada de decisões judiciais**: três premissas básicas. Revista Eletrônica de Direito Processual –REDPRio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. Janeiro a Abril de 2021. p. 74.

80 RGD. art. 22, § 1, 3; 13, § 2 f.; 14, § 2, alínea g; 15, § 1 Hs. 2, alínea h.

81 RGD é o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR, em inglês). Publicado pelo Parlamento Europeu em maio de 2016 sua vigência iniciou em maio de 2018.

82 RGD. art. 22, § 1, 3;

83 O RGD. art. 13, § 2 f. estabelece que a pessoa afetada pela decisão automatizada pode “informações úteis relativas à lógica subjacente, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados”. Referido regulamento é consentâneo ao entendimento de ROQUE & SANTOS onde: “toda decisão judicial tomada com o auxílio de inteligência artificial deve conter essa informação em seu corpo” in ROQUE & SANTOS. **Inteligência artificial na tomada de decisões judiciais**. p. 70.

84 **Id. ibidem**. p. 70

85 **Id. ibidem**. p. 71.

dos anos e com a adequação dos procedimentos e desenvolvimento da *machine learning*, somadas à profusão dados, sua estruturação e qualificação, provavelmente esta discussão será travada no sentido de que a eficiência da inteligência artificial pode suplantar o entendimento humano na tomada de decisões⁸⁶, possibilitando soluções autônomas, sem a presença obrigatória do humano, apesar de provável resistência a este entendimento e inevitáveis discussões sobre legitimidade e legalidade.

Como terceiro requisito, desenvolvem Roque e Santos a tese de que, mesmo após uma decisão onde ocorra a conjugação da transparência algorítmica e a revisão humana, existe a possibilidade de, em casos de omissão, obscuridade, contradição ou erro material em decisão proferida com o auxílio de inteligência artificial, se possa recorrer da decisão, cuja clarificação e integração do julgado deva ocorrer exclusivamente pelo humano, sem participação da inteligência artificial⁸⁷.

O que se extrai é que a efetiva contribuição do uso concomitante de inteligência artificial e da adoção de um sistema de precedentes eficiente, se bem utilizados, contribuem para a facilitação da atividade jurisdicional e promoção do maior acesso à justiça⁸⁸. Entretanto o pesadelo pode advir na constatação que algoritmos podem falhar apresentando possibilidade de enviesamentos e opacidades⁸⁹, bem como quando não permitem a explicação explícita de sua causalidade.

Da forma como as matérias de mídia noticiadas neste artigo são apresentadas⁹⁰, os responsáveis enaltecem as conquistas institucionais, sendo que a tomada de decisões, na forma indicada, se dão **como em uma linha de produção**, revelando a utilização de

86 Ver: MORAIS DA ROSA e Alexandre BOEING, Daniel Henrique **Ensinando um robô a julgar**: Pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário. 1. ed. Florianópolis: Emais Academia, 2020. Quanto a crítica ao livro: STRECK, Lenio Luiz **Um robô pode julgar? Quem programa o robô?** Revista Consultor Jurídico-Conjur de 03 setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum-roboto-julgar-quem-programa-roboto>>. Acesso em 23 abr. 2021. Em resposta a STRECK, MORAIS DA ROSA afirma: “Embora tenhamos apontado robustez e alto grau de acurácia em casos simples, o leitor atento percebe que todo o livro propõe a supervisão humana da operação, excluindo, **por enquanto**, a decisão exclusivamente por máquinas.” MORAIS DA ROSA. **Inteligência artificial e Direito: ensinando um robô a julgar** (grifos nossos)

87 **Id. ibidem**. p. 72-73. Esse direito de revisão/clarificação das decisões automatizadas sem a utilização de inteligência artificial nos parece impraticável e indesejado, um uma vez que pode reabrir toda a discussão anterior, de obrigatoriedade de participação humana, o que tornaria a exigência uma porta aberta para novos recursos, atravancando ainda mais o sistema. Ademais, a utilização do expediente no modo sugerido (Embargos Declaratórios) parece-nos inadequada. O questionamento poderia ser realizado diretamente para um segundo grau de jurisdição apontando a nulidade, por exemplo.

88 PEIXOTO & BONAT afirma que o Brasil, por meio da plataforma Victor do STF se destaca na área tecnológica. Relata que o Victor consegue classificar, nos temas de repercussão geral, casos semelhantes, indicando o precedente melhor aplicado ao caso. Com a análise de sentença, acórdão, recurso e contra-razões o algoritmo chegaria a uma acurácia de 0.911 F1 Score. Ver: PEIXOTO & BONAT. **Racionalidade no Direito**. p. 126.

89 Para FERRARI et. al: “...ao mesmo tempo em que traz benefícios, o uso de algoritmos apresenta riscos não evidentes, derivados especialmente: (i) de *data sets* viciados; (ii) da opacidade na sua forma de atuação, consequência das técnicas de *machine* e *deep learning*; (iii) da possibilidade de promoverem a discriminação ainda que bem estruturados.” in FERRARI; BECKER; WOLKART. **Arbitrium ex machina**. p.3. Mais sobre o tema: FERRARI, Isabela e BECKER, Daniel. **Direito à explicação e decisões automatizadas**: reflexões sobre o princípio do contraditório. in: NUNES, Dierle et al. **Inteligência Artificial e Direito Processual –os impactos da virada tecnológica no direito processual**, 1ª. edição, Salvador: JusPodium, 2020, p.199-225

90 Como outro exemplo, em matéria institucional, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) vangloria-se do julgamento de 280 processos, em um click. **TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual**. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.Y1s5-bVKJIU>>. Acesso em 26 abr. 2021.

inteligência artificial de forma autônoma e abundante, a fim de cumprir com os prazos e metas estabelecidas, sem muita preocupação com a questão de fundo, e sem a análise da legitimidade e legalidade do procedimento, ao que parece.

Seguindo com a análise das matérias institucionais, para que se possa ascender aos Tribunais Superiores, da forma como a divulgação institucional se dá, há que se preencher um formulário, com um *layout* pré-estabelecido, sob pena de não conhecimento de seu recurso pelo e-juris, no caso do STJ, por exemplo.

A possibilidade de replicação de vieses trazem, necessariamente, questionamentos sobre ética, legalidade, moralidade, legitimidade e legalidade do uso de inteligência artificial na tomada de decisões judiciais.

Em qualquer dos casos, a preocupação com a fixação de princípios éticos e salvaguardas fortes na utilização da inteligência artificial, onde se permita a melhor governança⁹¹ possível, com ampla transparência e explicabilidade dos procedimentos de tomada de decisão, são obrigatórios para o desenvolvimento e uso da Inteligência Artificial no Poder Judiciário.

Para BORDONI & TONET:

Ao tempo em que a inteligência artificial traz benefícios na análise de dados relativos aos conflitos e também no auxílio de tomadas de decisões, tanto públicas como privadas, deve-se observar que estas podem não estar isentas de erro, de forma que são necessários princípios básicos para o seu uso e formas de controle, inclusive de auditoria para que seja transparente em todas as suas etapas.⁹²

Assim, o processo conduzido por máquinas ou sistema de inteligência artificial deve se conformar com a Constituição e obedecer seus princípios fundamentais, sendo inafastáveis princípios de transparência, responsabilidade⁹³, supervisão e reparação que devem ser atualizados, considerando o advento de novas tecnologias e a ductilidade até mesmo conceitual ao longo do tempo.

51 CONCLUSÃO

A centralidade dos direitos humanos⁹⁴ se é reconhecida no mundo *off-line* deve ser

91 Sobre governança, ética e transparência no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário, ver a Resolução n. 332, de 21 de agosto de 2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

92 BORDONI, Jovina d'Avila; TONET, Luciano. **Inovação e tecnologia no judiciário**. Revista Themis, Fortaleza, v. 18, n. 2, p.149-168, jul./dez. 2020, p. 165.

93 Mecanismos que garantam a responsabilidade e a prestação de contas de novos sistemas de IA, seus resultados, desenvolvimento, implantação e uso, devem ser obrigatórios. Neste sentido European Commission. **Ethics Guidelines for Trustworthy AI**. Bruxelas, 2019. p.19. Disponível em: https://ai.bsa.org/wp-content/uploads/2019/09/AIHLEG_Ethics-Guidelines-for-Trustworthy-AI-EN.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021. Extrai-se desse guia ético que a inteligência artificial deve respeitar três diretrizes ao longo de criação, execução e utilização do sistema: (1) deve obedecer às leis e regulamentos; (2) deve ser ética; e (3) deve ser robusta, tanto técnica como socialmente, no sentido que mesmo bem intencionada a Inteligência Artificial pode causar não intencionais.

94 Quanto a primazia dos direitos fundamentais ver: SANTOS, Fabio Marques Ferreira. **O uso da inteligência artificial como um “meio” de melhoria e eficiência dos direitos e das garantias fundamentais no Estado constitucional**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 105. Jan-Fev/2018. p. 29-53.

ainda mais considerada no mundo *on-line*.

O entrelaçamento entre a adoção de um sistema de precedentes, alicerçados em uma imposição de teses, pretensamente vinculantes, com objetivo do qual não se exclui a redução do acúmulo de processos, com a inteligência artificial, e a tomada de decisões automatizadas, total, ou parcialmente, passa a ser preocupante.

As garantias processuais (contraditório, ampla defesa, justificação, argumentação, isonomia) passam a ter novo significado a partir dos novos institutos incorporados ao Direito, quais sejam a adoção de um sistema de “precedentes” e a necessária inovação tecnológica que transpassa todo ordenamento. Fala-se, inclusive em um “devido processo tecnológico”, de uma “virada tecnológica no direito processual”.⁹⁵

Uma Justiça baseada exclusivamente em dados, sujeita a replicar decisões anteriores, pode trazer uma política desumanizante, não sendo imunes a preconceitos, erros e discriminações provocadas pelos algoritmos. A questão é que o mau uso intencional da ferramenta tecnológica expõe com mais cores a fragilidade do próprio Estado de Direito, arreganhando seu déficit democrático na tomada de decisões.

Se por um lado promove-se a eficiência do sistema com economia de tempo e de valores⁹⁶; a possibilidade de dificuldades ao acesso pleno ao Judiciário, a reprodução dos preconceitos algorítmicos e o engessamento das decisões arruinam todo o sistema processual.

A tecnologia não é boa, nem má⁹⁷, nem neutra.⁹⁸ A solução que confira segurança, integridade e estabilidade na tomada de decisões, passa pela avaliação ética não apenas das novas tecnologias, mas pela política Judiciária que não pode afastar a preponderância dos direitos humanos pelo discurso de maior produtividade.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law** *Stare decisis*, integridade e segurança jurídica. Tese (Doutorado em Direito) 264 f Pontifícia Universidade Católica do Paraná: Curitiba.

BORDONI, Jovina d'Ávila; TONET, Luciano. **Inovação e tecnologia no judiciário**. Revista Themis, Fortaleza, v. 18, n. 2, p.149-168, jul./dez. 2020.

95 Neste sentido: NUNES & PAOLINELLI. **Novos designs tecnológicos**. p. 17.

96 Segundo OLIVEIRA: “Essa revolução digital faz com que o Poder Judiciário melhore exponencialmente a execução de suas atividades, com ganhos de produtividade e transparência, flexibilizando formalidades e prescindindo de práticas pouco eficazes, otimizando, assim, a tutela jurisdicional.” *in* OLIVEIRA, Alexandre Machado de: **A pandemia do coronavírus e a revolução digital no Poder Judiciário**. Revista Consultor Jurídico, 13 de abril de 2020, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/opiniao-pandemia-revolucao-digital-poder-judiciario>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

97 Cf. CASTELLIS, Manuel. **The rise of the network society**. Blackwell: Oxford, 1996. p. 96.

98 Segundo O'NEIL: “Crucial para entendermos a ausência de neutralidade dos modelos matemáticos. Um modelo depende de escolhas acerca dos dados e informações importantes de serem considerados nessa versão reduzida da realidade. Existem pontos-cegos em todos os modelos que “refletem os julgamentos e prioridades de seus criadores”. *In* O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction: How Big Data increases inequality and threatens democracy**. New York: Broadway Books, 2017. 275 p. p. 21 e ss

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. Revolução 4.0 no Poder Judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos Tribunais brasileiros. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, jul./out. 2019.

CARNEIRO, Rafael Araripe. **STJ em números**: improbidade administrativa. Jota. 06 de junho de 2020. <https://wpcdn.idp.edu.br/idpsiteportal/2020/06/STJ-em-números_-_improbidade-administrativa-JOTA-Info-1.pdf>

CASTELLIS, Manuel. *The rise of the network society*. Blackwell: Oxford, 1996.

CHEN, Daniel L., *Judicial Analytics and the Great Transformation of American Law*. *Journal of Artificial Intelligence and the Law*, Forthcoming, (October 14, 2018).

COLE, Charles D. **Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos**. O sistema de precedente vinculante do *common law*. *Revista dos Tribunais*, v. 87, n. 752, jun./1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Um basta à perversidade da jurisprudência defensiva**. São Paulo, 2014. Disponível em: <www.conjur.com.br/2014-jun-24/basta-perversidade-jurisprudencia-defensiva>.

ESKRIDGE, William. *Dynamic Statutory Interpretation*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 135, 1987

FARIA, Gustavo Castro. **Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Eric Navarro. **Arbitrium ex machina**: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. *Revista dos Tribunais online*, v. 995, p. 1-16, set. 2018.

FERRARI, Isabela e BECKER, Daniel. **Direito à explicação e decisões automatizadas**: reflexões sobre o princípio do contraditório. *in*: NUNES, Dierle et al. *Inteligência Artificial e Direito Processual – os impactos da virada tecnológica no direito processual*, 1ª. edição, Salvador: JusPodium, 2020, p.199-225

LORENZETTO, Bruno Meneses e KOZICKI, Katya. **Constituindo A Constituição**: entre paradoxos, razões e resultados. Artigo. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, jul./dez. 2015.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents*: a comparative study. England: Dartmouth, 1997.

MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs**: ética e privacidade na era da hiperconectividade. Rio de Janeiro: Ed. Arquipélago, 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Pelo fim da jurisprudência defensiva**: uma utopia? São Paulo, 2013. Disponível em: <www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes judiciais vinculantes**: a eficácia obrigatória dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica brasileira. - Rio de Janeiro, 2013. f. Dissertação Mestrado em Direito Universidade Estácio de Sá, 2013

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas** – do controle a interpretação da jurisprudência ao precedente. 3ª. ed. São Paulo: 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre BOEING, Daniel Henrique **Ensinando um robô a julgar**: Pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário. 1. ed. Florianópolis. Emais Editora. 2020.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Inteligência artificial e Direito: ensinando um robô a julgar**. Revista Consultor Jurídico-Conjur de 04 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-04/limite-penal-inteligencia-artificial-direito-ensinando-robo-julgar>>.

NUNES, Dierle; PAOLINELLI, Camilla Mattos. **Novos designs tecnológicos no sistema de resolução de conflitos**: ODR, e-acesso à justiça e seus paradoxos no Brasil.” Revista de Processo. Revista dos Tribunais online. vol. 314/2021. Abril 2021. DTR\2021\3403.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. **Inteligência artificial e direito processual**: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas, Revista de Processo, n. 285, nov. 2018.

NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio. **Deslocar função estritamente decisória para máquinas é muito perigoso**. Revista Consultor Jurídico-Conjur. 22. Jan. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-22/opiniao-deslocar-funcao-decisoria-maquinas-perigoso>>

OLIVEIRA, Alexandre Machado de: **A pandemia do coronavírus e a revolução digital no Poder Judiciário**. Revista **Consultor Jurídico**, 13 de abril de 2020, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/opiniao-pandemia-revolucao-digital-poder-judiciario>>. O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction: How Big Data increases inequality and threatens democracy**. New York: Broadway Books, 2017. 275 p.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann e BONAT, Debora; **Racionalidade no direito**: Inteligência artificial e precedentes. 1 ed. Curitiba: Alteridade. 2020. 144p.

POBLET, Marta & KOLIEB, Jonathan. (2018). **Responding to Human Rights Abuses in the Digital Era: New Tools, Old Challenges**. Stanford Journal of International Law. 54.

PUGLIESE, William Soares. **Teoria dos precedentes e interpretação legislativa**. 107 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

RODAS, Sérgio. **França proíbe divulgação de estatísticas sobre decisões judiciais**. Revista Consultor Jurídico-Conjur de 05 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-05/franca-proibe-divulgacao-estatisticas-decisoes-judiciais>>.

ROQUE, André Vasconcelos; SANTOS, Lucas Braz Rodrigues dos. **Inteligência artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas.** Revista Eletrônica de Direito Processual –REDPRio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. Janeiro a Abril de 2021.

SANTOS, Fabio Marques Ferreira. **O uso da inteligência artificial como um “meio” de melhoria e eficiência dos direitos e das garantias fundamentais no Estado constitucional.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 105. Jan-Fev/2018.

SOURDIN, Tania Michelle. “*Justice and technological innovation.*” **Journal of Judicial Administration**, Vol. 25, 2, (1 de dezembro de 2015). pp. 96 – 105.

SOURDIN, Tania Michelle. *Judge v. Robot: Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making.* **UNSW Law Journal**, v. 41, n. 4, 2018, p. 1114 –1133.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.** 2ª. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020, 486 p

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015.** Salvador: Juspodium, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Revista Novos Estudos Jurídicos vol. 15, n.1, p.158-173.

STRECK, Lenio Luiz. **Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista!** Revista Consultor Jurídico-Conjur de 21 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>.

STRECK, Lenio Luiz **Um robô pode julgar?** Quem programa o robô? Revista Consultor Jurídico-Conjur de 03 setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum-robo-julgar-quem-programa-robo>>.

TARUFFO, Michele. **El vértice ambíguo.** *Ensayos sobre la Casación civil.* Lima: Palestra Editores, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação do ônus argumentativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2018. 443p.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Juiz-robô e a decisão algorítmica: a inteligência artificial na aplicação dos precedentes in Inteligência artificial e processo.** Isabella Fonseca Alves (organizadora) 1. ed., 3. reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido.

VITAL, Daniel. **OAB-DF pede ao STJ critérios objetivos para admissibilidade de recursos**, Revista Consultor Jurídico-Conjur de 02 julho de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-02/oab-df-stj-criterios-objetivos-admissibilidade>>

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Inteligência artificial e sistemas multiportas**: uma nova perspectiva do acesso à justiça. Revista dos Tribunais, São Paulo v. 1000, ano 108, p. 301-307, fev. 2019.
Human Rights Council 32a. Session Agenda item 3 A/HRC/32/L.20, Oral revisions of 30. Jun., 27 jun. 2016.

Matérias em mídia

FREITAS, Hyndara. **Brasil tem mais de 1.500 cursos de Direito**, mas só 232 têm desempenho satisfatório. Disponível em: <<https://www.jota.info/carreira/brasil-tem-mais-de-1-500-cursos-de-direito-mas-so-232-tem-desempenho-satisfatorio-14042020>>.

TENENTE, Luiza. **Brasil tem mais faculdades de direito que China, EUA e Europa juntos**; saiba como se destacar no mercado. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/guia-de-carreiras/noticia/brasil-tem-mais-faculdades-de-direito-que-china-eua-e-europa-juntos-saiba-como-se-destacar-no-mercado.ghtml>>

“Núcleo da presidência do STJ contribuiu para a redução do acervo processual da corte”. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/11032021-Nucleo-da-presidencia-do-STJ-contribuiu-para-a-reducao-do-acervo-processual-da-Corte.aspx>>.

STF Digital: nova plataforma integra sistemas e aprimora prestação jurisdicional, Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=450698&ori=1>>.

TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.YIs5-bVKjIU>>.

Tribunais investem em robôs para reduzir volume de ações. Valor Econômico, 18 de mar. de 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/noticia/2019/03/18/tribunais-investem-em-robos-para-reduzir-volume-de-aco-es.ghtml>>.

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Acesso à justiça 101, 221, 222, 223, 224, 226, 229, 230, 233, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 397, 405, 408, 409, 417, 421, 430, 434, 436

Adoção 8, 109, 111, 120, 121, 128, 129, 184, 224, 242, 244, 281, 282, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 319, 339, 376, 416, 418, 423, 430, 432

Alienação parental 317, 318, 320, 321, 322, 323, 324, 328, 329, 330, 331, 332, 333

Alimentos avoengos 298, 299, 300, 302, 303, 304

Arrematação judicial 355, 356, 363, 364

Arrendamento rural 370, 371, 372, 373, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395

Ativismo judicial 3, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 102

C

Constituição 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 52, 61, 62, 75, 76, 78, 79, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 103, 106, 111, 112, 114, 115, 116, 120, 122, 124, 125, 138, 140, 148, 149, 151, 153, 169, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 188, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 199, 206, 207, 208, 213, 215, 218, 219, 222, 224, 232, 233, 235, 236, 240, 241, 242, 244, 245, 247, 248, 250, 256, 257, 260, 267, 268, 270, 272, 278, 279, 281, 282, 283, 284, 287, 289, 294, 297, 298, 299, 301, 302, 305, 311, 318, 319, 323, 332, 336, 341, 344, 346, 347, 349, 354, 368, 373, 377, 384, 392, 394, 408, 417, 420, 421, 423, 425, 431, 433

Contrato 18, 30, 98, 228, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 266, 292, 358, 359, 360, 363, 370, 371, 372, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 395, 400, 403, 429

D

Demandas repetitivas 234, 396, 397, 398, 399, 400, 402, 405, 408, 409, 410, 412, 413

Democracia 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 30, 53, 68, 81, 83, 85, 87, 90, 91, 125, 134, 137, 169, 194, 197, 207, 208, 209, 211, 212, 215, 216, 248, 415

Direito 1, 2, 4, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 26, 27, 29, 30, 41, 50, 52, 53, 55, 56, 58, 61, 65, 69, 70, 71, 73, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 158, 161, 163, 169, 171, 176, 177, 178, 180, 181, 183, 184, 188, 191, 192, 195, 197, 198, 207, 208,

209, 210, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 226, 228, 229, 231, 232, 233, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 250, 252, 253, 254, 255, 256, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 270, 271, 272, 273, 277, 278, 279, 282, 286, 287, 288, 289, 290, 292, 294, 295, 297, 298, 305, 306, 307, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 318, 320, 329, 330, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 347, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 389, 390, 391, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 425, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437

Direito Civil 12, 260, 261, 265, 267, 272, 297, 298, 336, 341, 343, 344, 346, 354, 357, 359, 360, 364, 368, 369, 375, 394, 395, 437

Direito Constitucional 11, 12, 14, 22, 29, 30, 78, 84, 94, 102, 122, 123, 178, 183, 197, 219, 220, 226, 238, 316, 374, 415, 431, 435, 437

Direito processual civil 122, 237, 238, 334, 340, 344, 362, 394, 395, 415

Direitos da criança 198, 323

Direitos da mulher 148, 150, 152, 154, 158, 160, 166, 169, 171, 179

Direitos e deveres individuais e coletivos 17, 69, 71

Direitos Humanos 1, 6, 9, 11, 12, 19, 20, 60, 65, 66, 74, 92, 94, 95, 96, 101, 103, 115, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 152, 154, 156, 157, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 177, 178, 179, 186, 200, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 233, 237, 241, 246, 254, 285, 395, 425, 431, 432, 437

E

Educação 9, 10, 35, 97, 147, 148, 149, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 164, 165, 166, 171, 200, 201, 202, 203, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 232, 235, 236, 238, 243, 272, 278, 280, 287, 299, 302, 336, 344, 406, 419, 437

F

Função social 93, 209, 252, 253, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 287, 347, 357, 359, 360, 373, 374, 375, 377, 380, 384

J

Judicialização da saúde 89, 92, 100

L

Liberdade de expressão 8, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 212, 268

M

Movimentos separatistas 181, 182, 183, 186, 191, 195

Multipropriedade 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353

P

Padrões decisórios 415

Perdão político 55, 56, 57, 59, 61, 62, 63, 64, 65

Práxis 40, 123

Presidencialismo de coalizão 31, 33, 34, 35, 52, 53

R

Responsabilidade Civil 263, 264, 265, 266, 267, 268, 270, 272, 273, 274, 275, 279, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 292, 293, 295, 296, 297, 341

T

Turismo reprodutivo 167, 172, 173, 177, 178

U

Usucapião 355, 356, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368



www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

O DIREITO

e sua práxis



www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

O DIREITO

e sua práxis

 **Atena**
Editora
Ano 2022