

KAROLINE MAFRA SARMENTO BESERRA
MARIANA FALCÃO SOARES
JESSICA ALINE CAPARICA DA SILVA

ORGANIZADORAS

Coletânea de Artigos

Direito e Interdisciplinaridade

Volume I



GRUPO TIRADENTES

Luiz Alberto de Castro Falleiros

Mozart Neves Ramos

Conselho de Administração

Jouberto Uchôa de Mendonça Júnior

Superintendente Geral

Temisson José dos Santos

Superintendente Acadêmico



Ihanmarck Damasceno dos Santos

Superintendente de Relações Institucionais

Saumíneo da Silva Nascimento

Superintendente Administrativo Financeiro

UNIVERSIDADE TIRADENTES

Jouberto Uchôa de Mendonça

Reitor

Amélia Maria Cerqueira Uchôa

Vice - Reitora



EDITORA UNIVERSITÁRIA TIRADENTES

Cristiane Porto

Diretora

Ronaldo Nunes Linhares

Gabriela Maia Rebouças

Ricardo Luiz C. de Albuquerque Júnior

Álvaro Silva Lima

Conselho Editorial



*KAROLINE MAFRA SARMENTO BESERRA
MARIANA FALCÃO SOARES
JESSICA ALINE CAPARICA DA SILVA*

Coletânea de Artigos

Direito e Interdisciplinaridade

Volume I

Aracaju - Sergipe
2018

Produção Editorial

Ana Messias- Revisão

Igor Bento - Capa e Diagramação

Todos direitos desta edição reservados à / Depósito legal à

Editora Universitária Tiradentes

Edunit

Av. Murilo Dantas, 300 Farolândia

Bloco F - Sala 11 - 1º andar

CEP 49032-490 Aracaju/SE

Telefone (79) 3218 2138

editora@unit.br

www.editoratiradentes.com.br



Editora Filiada



C689

Coletânea de artigos direito e interdisciplinaridade / organização [de] Karoline Maíra Sarmiento Bezerra, Mariana Falcão Soares, Jessica Aline Caparica da Silva - Aracaju: EDUNIT, 2018.
v. 1 ; 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-85-68.102-40-4

1. Violência. 2. Direitos Humanos. 3. Políticas Públicas 4. Educação. I. Bezerra, Karoline Maíra. (org.) II. Soares, Mariana Falcão. (org.) III. Silva, Jessica Aline Caparica da. (org.) IV. Título.

CDU: 34.001.2

SIB- Sistema Integrado de Bibliotecas

É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio.
A violação dos direitos de autor (lei n° 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

SOBRE OS ORGANIZADORES

KAROLINE MAFRA SARMENTO BESERRA

Doutoranda pela Universidade do Minho – Braga/Portugal. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Pós-Graduada em Direito Processual, com metodologia do Ensino Superior e Graduada em DIREITO pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió – CESMAC. Tem experiência na advocacia na área de Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Constitucional. Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Tiradentes – UNIT. Coordenadora Pedagógica da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas. Diretora Tesoureira da OAB/AL gestão triênio 2013-2015.

MARIANA FALCÃO SOARES

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2007) e mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2010). Atualmente é professora adjunta I do UNIT/AL, professora orientadora no Núcleo de Práticas Jurídicas UNIT/AL e, assessora da Coordenação de Graduação do Centro Universitário Tiradentes – Unit/AL.

JESSICA ALINE CAPARICA DA SILVA

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2011) e mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, com ênfase em Direito Civil Constitucional (2015). Atualmente é professora do curso de Direito do Centro Universitário UNIT/AL. Professora substituta na Universidade Federal de Alagoas – UFAL.

SUMÁRIO

1	Apresentação.....	11
---	-------------------	----

I PARTE

O PROCESSO CIVIL EM TRANSFORMAÇÃO

1	O precedente vinculante e a estabilização das decisões judiciais.....	17
2	O stare decisis brasileiro: uma nova roupagem do controle de constitucionalidade difuso dos tribunais de apelação?.....	33
3	A possibilidade de estabilização da tutela antecipada incidental e de evidência.....	47
4	O código de processo civil e a valoração da efetividade: a atividade jurisdicional como direito fundamental e como mecanismo de obtenção e concretização de direitos.....	69
5	A vulnerabilidade das partes nas negociações processuais atípicas.....	97
6	Mediação e conciliação pós vigência do novo código de processo civil brasileiro.....	121
7	A utilização da tutela antecipada no instituto da arbitragem: uma análise acerca da necessidade anterior à instituição arbitral.....	145

8	O estado em juízo: da (im)pertinência do reexame necessário para o devido processamento do procedimento arbitral.....	171
9	Possibilidade de reparação civil não exclusivamente pecuniária nas relações de família, em especial, no abandono afetivo.....	195
10	Por uma mediação rizomática.....	223

II PARTE VIOLÊNCIA, ESTADO E SOCIEDADE

1	A audiência de custódia e o combate à violência policial:os substitutivos penais na era do grande encarceramento,a resolução do tribunal de justiça de Alagoas nº 21/2015 e a possível eficácia na repressão da tortura policial em Maceió/AL.....	239
2	Considerações politico-criminais da lei 13.260/16 (Antiterrorismo) e sua construção discursiva.....	265
3	Homicídio e gênero: a vulnerabilidade da população LGBT no Brasil.....	291
4	O reflexo do direito penal do inimigo na lei de drogas e no caso Rafael Braga.....	309
5	Infiltração de agentes: limites e imunidades.....	333

III PARTE
DIREITOS HUMANOS E O DIREITO DAS MINORIAS

- 1 A liberdade de expressão e o diálogo com os demais direitos humanos.....361**
- 2 A cultura da impunidade no continente africano: uma análise de sua manutenção patriarcal sob o viés dos crimes de assédio sexual.....385**

IV PARTE
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E INSTRUMENTOS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO

- 1 A efetivação do direito fundamental de igualdade de gênero no mercado de trabalho: o gender GAP.....403**
- 2 Direito ao desenvolvimento: a fraternidade como vetor da sustentabilidade.....419**
- 3 Transexualidade e o mercado de trabalho: obstáculos e o papel do estado no combate à transfobia.....441**
- 4 Direitos essenciais e o bicho-do-pé: recorte da realidade de Maceió.....455**
- 5 O debate jurídico e político acerca da PEC 241/55.....469**

6	As sanções políticas como instrumento de cobrança de impostos pelo poder público e a proteção constitucional ao contribuinte.....	491
----------	--	------------

V PARTE
EDUCAÇÃO, ESTADO E SOCIEDADE

1	O bullying no ambiente escolar e a responsabilidade civil das escolas particulares.....	519
2	Homeschooling: o direito dos pais à educação domiciliar no brasil.....	549
3	Educação inclusiva das pessoas com síndrome de down e uma visão breve de ações no estado de alagoas.....	569
4	A avaliação do processo de ensino-aprendizagem nos cursos jurídicos: em busca de paradigmas concretos para a melhoria do ensino do direito no Brasil.....	585

APRESENTAÇÃO

A pesquisa científica em direito nunca foi tradição no Estado de Alagoas. As faculdades restringiam-se a buscar tão somente fornecer ao aluno o que consideravam um ensino de qualidade, olvidando-se do conhecido tripé da formação discente – ensino, pesquisa e extensão.

Sem desmerecer, evidentemente, a necessidade daquele primeiro, a pesquisa e a extensão possuem um papel crucial em uma formação profissional, afinal de contas a mera recepção de informações por conduto de exposições orais constrangidas pelos muros acadêmicos tem um perigoso potencial reacionário, quando divorciado do ato revolucionário da pesquisa. Sim, um ato potencialmente revolucionário por natureza. O momento no qual os fluxos de dois poderosos rios se encontram: o da percepção verticalizada com o do uso da criatividade, cuja comunhão provoca a erupção do discurso perlocucionário das ciências.

A própria academia, quando busca seu sustentáculo tão somente na atividade de ensino, está fadada a um de dois destinos: ou se perpetuar em falso ou tombar à primeira lufada de vento. Ela deve sempre aspirar, por excelência, o lugar de produção e difusão de conhecimento, em um ciclo contínuo e autopoietico – produz-se para difundir-se para produzir. Retirar este da cadeia reduz o ambiente acadêmico à mera caixa de ressonância, a um artista vaticinado a ser eterno “cover”, a uma existência de baixa intensidade.

A própria sociedade privada de uma máquina de produção de saberes acaba por ser condenada a uma *bios* – a vida política – estática, afinal é no âmbito da reflexão sobre o mundo-da-vida, sobre si e sobre o próprio processo de refletir que se põem em xeque estruturas anacrônicas e se desenvolvem processos mais acurados de visibilidade. O bom pesquisador, tal qual o bom marinheiro, sabe concentrar sua luz no melhor campo do mar revolto da ignorância para poder navegar com cautela e sabedoria.

É nesse cenário que se torna indispensável louvar a iniciativa do curso de direito do Centro Universitário Tiradentes (UNIT-AL) de instituir o Primeiro Colóquio de Direito, tendo como escopo propiciar um ambiente fértil para debates científicos que ultrapassem a fronteira dos manuais – necessários, mas tão somente básicos para a formação profissional –, para estimular a pesquisa, fincando trincheiras de resistência à absoluta redução do ensino jurídico ao mero preparo para concursos públicos.

Esse, por óbvio, não deve ser desconsiderado, dada sua relevância no ingresso de muitas das mais variadas carreiras jurídicas, mas, desde outro lado, jamais se deverá perder de vista sua essência de meio e não de fim; o profissional de qualidade não é o que é bem sucedido em concursos públicos, mas sim aquele que, ao ingressar em sua profissão, consegue enxergar além da lógica reducionista das questões fechadas; é aquele que, tributário de uma formação acadêmica suficientemente polivalente, teve o condão de transformar o sucesso em processos seletivos em algo relativamente simples, visto estar apto a lidar com questões de maior magnitude, presentes na inelutável complexidade da vida humana.

Vale destacar, que uma das maiores preocupações do Colóquio fora a de justamente contemplar as mais variadas ramificações da pesquisa jurídica, apresentando os grupos de trabalhos que ora compõem as seis partes desta obra, a saber: o processo civil em transformação; violência, Estado e sociedade; direito civil na contemporaneidade; direitos humanos e o direito das minorias; jurisdição constitucional, políticas públicas e instrumentos de intervenção do estado e educação, Estado e sociedade.

Ainda, é possível ver nos capítulos de cada uma das partes mencionadas, a marca indelével da interdisciplinaridade. Nossa estrutura educacional, filha da modernidade, ainda insiste no reducionismo cartesiano, fundante do “separar para aprender”, quando o pensamento complexo contemporâneo clama por “juntar para aprender mais”. Analisar problemas científicos multifacetados pelo prisma de tão somente uma disciplina (compartimentalização mais ou menos arbitraria da malha cog-

nitiva dotada de valor científico) não só não responde mais aos anseios sociais como padece do grave risco de análises enviesadas e, conseqüentemente, perniciosas.

Estabelecer pontes dialogais entre as disciplinas jurídicas e, além, entre os mais variados saberes, ainda que transversalmente, é de fundamental importância para a compreensão de que menos que em uma árvore com seus ramos, com começo meio e fim, os saberes se interligam em uma formação rizomática, na qual tudo é meio, e os demais elementos se tornam opções de recorte para análise. Os saberes não se dividem em ramos, eles são fluxos de força contínua, como já dito, potencialmente revolucionária.

Por fim, não posso deixar de destacar a profunda felicidade com que recebi o convite para realizar esta apresentação. Tal escolha perpassa por várias questões, mas todas implicam no depósito de grande confiança na capacidade analítica do apresentador.

“*A-present-ar*” possibilita certo jogo de linguagem com seu radical, aqui desprezioso quanto à sua matriz etiológica. Entre o “fazer se tornar *presente*” e o *presentear* destaque, deliberadamente, dois efeitos: o *presente* que eu recebi com tão honroso convite e aquele que todos nós recebemos ao sermos agraciados com tão relevante obra, não só para firmar um importante capítulo na história da pesquisa do UNIT/AL, mas na própria história da pesquisa jurídica alagoana.

Caso esteja certo quanto ao potencial revolucionário do saber, conclamo você, leitora ou leitor, a encarar esta obra não como um mero instrumento de transmissão de resultado de pesquisas, mas como convite de luta contra a colonização do mundo pelo *doxa* e pela construção de um novo amanhã.

Maceió, outubro de 2017.

André Rocha Sampaio

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), pós-graduado em Ciências Criminais pela ESAMC, graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas.

**O PROCESSO CIVIL EM
TRANSFORMAÇÃO**

Parte I

**Coletânea de Artigos
Direito e Interdisciplinaridade
Vol. I.**

***O PRECEDENTE VINCULANTE
E A ESTABILIZAÇÃO DAS
DECISÕES JUDICIAIS***

Marcos Adilson Correia de Souza

Advogado; Professor de Processo e Prática Trabalhista – CESMAC/UNIT;
Especialista em Direito Processual – Cesmac; Mestre Universidade de São
Paulo – UNICID; Doutorando em Direito pela PUC-RS-CESMAC. E-mail:
marcosadilsonadvogado@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Sem a pretensão de exaurir o tema, diante da construção que vem ocorrendo no Brasil, em relação ao uso dos precedentes, diante dos sistemas defendidos pela doutrina e jurisprudência (civil law, common law e híbrido), o objeto do presente artigo não poderia ser, senão, o de discutir se, efetivamente, o instituto predito é capaz de estabilizar as decisões judiciais, sem ofender os princípios constitucionais da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia.

Por óbvio, a metodologia a ser usada na pesquisa é baseada, sobretudo, em documentos, aqui entendidos em sua acepção ampla, reunindo a coleta de textos normativos junto às fontes oficiais, consulta jurisprudencial e bibliográfica.

Igualmente, o tratamento hermenêutico dispensado às fontes de pesquisa será, em sua essência, jurídico, atentando para o emprego dos métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico no exame dos textos normativos colhidos, bem como para a análise normativa dos precedentes de jurisprudência e da literatura relacionada à hipótese de trabalho, com vistas à adequada compreensão do objeto analisado.

Nesse caminhar, consabido, no Brasil, o novel Código Processual Civil recepcionou o sistema de utilização dos precedentes normativos (arts. 926/927, adiante debatidos, com maior destaque), destinados a regular o alcance das decisões judiciais, fato este que tomou forma com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, ao consolidar a presença das súmulas vinculantes (art. 8º)¹.

Na verdade, quando consideradas as características dos sistemas *common lawe civil law*, poder-se-ia supor que o mais adequado seria *uni-los*, no sentido de ofertar maior celeridade, segurança jurídica, proteção e isonomia às decisões judiciais e, sobretudo, aos jurisdicionados (sistema híbrido). Todavia, o sis-

1 Art. 8º As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.

tema de precedentes, até perante a Justiça do Trabalho (aqui, em face da implantação do novel sistema recursal, por força da Lei nº 13.015/2014), de há muito, buscava uniformizar e estabilizar a jurisprudência, pressupostos inafastáveis à garantia da efetividade do processo.

Nesse passo, é preciso lembrar que tratando-se do sistema *civil law* (adotado no Brasil, mas com reservas), o precedente apenas pode orientar o julgamento de casos posteriores sobre a mesma matéria, pois não possuem efeito vinculante obrigatório. É dizer: nessa hipótese, os magistrados são (seriam) livres para seguir ou não os julgados dos Tribunais Superiores sobre matéria idêntica.

2 STARE DECISIS E COMMON LAW

Não é o que acontece com o sistema *commonlaw* (ou Anglo-Saxônico) que, por seu turno, traduz-se pelo fato de que os precedentes judiciais possuem caráter de norma geral, de modo que o entendimento dos Tribunais Superiores vincula os seus próprios julgamentos (**eficácia vinculante horizontal**) e as decisões dos órgãos inferiores (**eficácia vinculante vertical**).

Nesse caminhar, alia-se ao predito sistema a *staredecisis* (respeitar as coisas decididas), ou seja, os Tribunais são compelidos a seguirem as suas próprias decisões, proferidas anteriormente. Daí o porquê da divisão supradita.

Nas palavras de Donizete (internet, 2015), esclarece-se a questão:

No Brasil, podemos dizer que vige o *staredecisis*, pois, além de o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal terem o poder de criar a norma (teoria constitutiva, criadora do Direito), os juízos inferiores também têm o dever de aplicar o precedente criado por essas Cortes (teoria declaratória).

Logo, considerando o teor do art. 103-A², da Carta da República, não será em excesso fixar as diferenças entre três institutos, que, antes da chegada do novel CPC, já incentivam o acolhimento das decisões judiciais, ainda que amparada, *a priori*, no sistema *civil law*, sendo eles e seus conceitos:

Por **Jurisprudência**, tem-se o conjunto de decisões que demonstram a posição de uma Corte sobre uma matéria. Para isso, é preciso haver **repetidas decisões** a respeito de um mesmo assunto. Já a **Súmula**, é criada, elaborada, com a finalidade de orientar; é **um resumo** da jurisprudência sobre certo tema. Exige um procedimento processual para garantir que o entendimento está bem consolidado e não será alterado a todo o momento. Enquanto que, a **Súmula Vinculante**, só pode ser editada pelo STF e, nesse caso, **obriga** magistrados e órgãos públicos a decidirem da mesma forma³.

Ademais, na sociedade contemporânea, a sensação de justiça, na maioria das vezes, se traduz em buscar, perante o judiciário, a reparação de conflitos sociais. Até na seara trabalhista este sentimento não é (nem nunca foi) diferente, sobretudo quando se sabe que os direitos trabalhistas são privilegiados sobre quaisquer outros.

Anote-se que a alusão à seara trabalhista adveio, como dito alhures, pela alteração, necessária e substancial, do sistema recursal, pela Lei nº 13.015/2014, a qual, dentre outros aspectos, nos termos do art. 896, §§3º/4º, Consolidados, fixou a uniformização de suas decisões, o que, nada mais é do que senão a vinculação dos precedentes à estabilização dos julgados:

Art. 896 - omissis

§ 3º Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência e aplicação, nas causas

2 Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta**, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (Grifou nosso).

3 AGU - <http://www.juslegis.com.br/> Acesso em: 22 jun. 2016

da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, **o incidente de uniformização de jurisprudência** previsto nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). (Grifou-se).

§ 4o Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, **a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência**. (Grifou nosso).

Inobstante, para se conseguir a tão almejada justiça, é necessário a compreensão da importância que esta expressão carrega.

Nesse caminhar, inafastável é reconhecer que a teoria da justiça encontra-se vinculada à segurança jurídica, à teoria dos precedentes e busca a isonomia das decisões. Segundo Gargarella (2009), as instituições públicas (leia-se, o judiciário, em sua integralidade) devem produzir decisões justas, sob pena de serem reformadas ou banidas.

Nesse passo, Rawls (apud GARGARELLA, 2009) faz uma distinção entre os princípios insertos na sociedade: posição original (preocupação do direito à liberdade, com o fim de que os agentes públicos, em suas decisões, não os prejudiquem ou os discriminem) e princípio da diferença (supõe a ideia de uma justiça distributiva, habitual e igualitária).

Nesse instante brota a segurança jurídica que produz, inicialmente, a vinculação dos Tribunais nas decisões que são proferidas, ou seja, segunda a nova ordem criada pela Lei nº 13.015/2015, há vinculação na sede dos recursos ali insertos, por força de que, elas, germinam a denominada teoria dos precedentes.

3 VINCULAÇÃO E ESTABILIZAÇÃO DAS DECISÕES

A vinculação, pela amplitude da teoria dos precedentes, pode ser dividida em vertical (de cima para baixo) e horizontal (vincula, como dito alhures, o próprio Tribunal).

Macêdo (2015), p. 12, ao tratar do tema, além de trazer à lume as bases da teoria dos precedentes (Civil Law e Common Law), esclarece que, por conceito, poder-se-ia tê-lo como a “[...] decisão judicial que pode servir como fonte de normas jurídicas.” Dito de outro modo: precedente é fonte de direito e, como tal, junto com a decisão, deve vincular as decisões do judiciário.

Ademais, segundo Ataíde Júnior (2012, p. 20) o precedente “[...] se volta a solucionar com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia as demandas de massa, as causas repetitivas, ou melhor, as causas cuja relevância ultrapassa os interesses subjetivos das partes”.

Nesse contexto, já há a necessidade de se relembrar que o instituto da segurança jurídica atrai a vinculação que os precedentes buscam, sem se afastar da isonomia.

Nesta procura associativa, Ávila (2006) assegura que a segurança jurídica divide-se em vários aspectos constitucionais. Em razão da vinculação ao que se discute neste trabalho, basta-se destacar os seguintes: (i) Estado Democrático de Direito; (ii) Observância às normas de proteção ao devido processual legal (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada); (iii) Regras da legalidade; e (iv) Igualdade.

Pensamento igual é alcançado por Zaneti Júnior (2015, p. 33), quando estabelece que a compatibilidade entre os precedentes normativos vinculantes, observa “[...] os princípios da legalidade, da separação dos poderes, da independência judicial e a vinculação do juiz”, isto porque “[...] a verdadeira razão para adoção de precedentes é a universalização”. É dizer, parafraseando o predito autor: as decisões devem ser as mesmas em casos análogos.

Aliás, ainda para Zaneti Júnior (2015) a utilização dos precedentes dá-se em função da necessidade de corrigenda das 'disfunções políticas' e visa garantir a normatização das regras jurídicas existentes no Estado Democrático de Direito.

Por mais, sobre a vinculação, o autor predito ainda alerta que, no Brasil, os sistemas *common law* e *civil law* funcionam de forma híbrida, ou seja, aplicar a lei ao caso concreto e tornar esta decisão *staredecisis* (ZANETI JÚNIOR, 2015).

Inobstante, para aclarar a necessidade de se usar, ao menos em tese, uma *staredecisis mais flexível* (FACCHINI NETO, 2013, p. 113), ocorre porque: "[...] a máquina legislativa é pesada; frequentemente é demasiadamente lenta para satisfazer tempestivamente as novas e urgentes necessidades da sociedade". E, prossegue o autor, esclarecendo a presença dos precedentes, da vinculação e estabilização das decisões: "[...] um fenômeno comum a todas as democracias avançadas é a expansão crescente do papel da jurisdição".

Desta forma, a teoria da justiça, considerando seu alcance jurídico que visa atingir os valores individuais e coletivos, deve estar aliada à teoria dos precedentes, isto porque poder-se-á assegurar a consistência do direito, a previsibilidade e a igualdade das decisões judiciais.

É perguntar, para, no decorrer desta pesquisa, responder: a padronização dos precedentes realiza ou não o valor constitucional da justiça?

Nesse contexto, a presente pesquisa justifica-se em razão de buscar um critério jurídico que possa servir para discutir o alcance dos precedentes na vinculação das decisões judiciais, sem retirar do cenário jurídico o princípio da equidade, tão bem descrito por Rawls, quando estabelece que a busca pela justiça (e sua efetividade) começa pelo uso do princípio do utilitarismo, no intento de afastar o denominado "véu da ignorância" (SANDEL, 2014)

Ademais, para se agrupar o tema discutido neste trabalho, cuja abrangência se instala na estabilização das decisões judiciais, Marinoni (2013), ao discutir o alcance da Lei nº 9.868/1999 (art. 27 – declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo

STF), estabelece que deve haver a utilização dos “conceitos indeterminados de ‘segurança jurídica’ e de ‘excepcional interesse social’”.

Não é diferente o pensamento trazido por Brandão (2015) quando se refere à nova lei trabalhista (13.015/2014): reforça a importância à segurança jurídica, do princípio da proteção da confiança e isonomia das decisões, trazendo à discussão o teor dos arts. 926, §§ 1º/2º e o §4º, do 927, do novel Código de Processo Civil:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§1o Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§2o Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§4o A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Logo, impulsionando a estabilidade das decisões judiciais, o §5º, do predito artigo (927), reforça: “§5o Os tribunais darão publicidade a seus **precedentes**, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores” (Grifou nosso).

É nesse sentido que a estruturação lógica dos pontos de investigação apresentados neste trabalho de pesquisa se mostra adequada e justificada. Assim, deve-se reconhecer que a compreensão do direito contemporâneo, sob o manto constitucional, estabelece antes uma análise das transformações sofridas pela

sociedade atual, baseando-se no limite em que as decisões judiciais são proferidas.

Dessa forma, é irrenunciável debater-se acerca da influência que os precedentes têm para que possam vincular decisões judiciais, sem que, todavia, haja afastamento aos princípios constitucionais da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, inserto no §4º, do art. 927, do NCPC, alhures transcrito.

Por conseguinte, a vinculação das decisões dos Tribunais, mesmo com a chegada do novel CPC, ainda busca respostas às indagações que têm sido motivo de extremada preocupação por parte da doutrina brasileira: (i) A padronização das decisões judiciais, pela via dos precedentes, realiza ou não o valor constitucional da justiça? (ii) A vinculação das decisões judiciais procura(rá) obedecer o princípio da segurança jurídica e da isonomia?

A dimensão e as decorrências de tais indagações têm posto em agitação os cultores da ciência jurídica, já que, se a vinculação das decisões judiciais pode não ocupar todos os espaços legais, levando-se ofensa direta ao devido processo legal, nesse caminho, não faltarão argumentos para invalidar seus fundamentos, mesmo que sejam distantes daquilo que o cidadão considera como juridicamente razoável. E se isso acontecer – isto é, se uma decisão vincular o próprio Tribunal julgador, estar-se-á garantindo aos jurisdicionados a segurança jurídica?

Destarte, em face desta nova perspectiva, surgida com a edição das Lei nº 13.015/2014 (CLT) 13.015/2015 (NCPC), poder-se-ia pensar num modelo de tutela que padronize os precedentes normativos, produzindo estabilização das Decisões judiciais, como instrumento de realização da justiça, como bem ensina Brandão (2015):

Pode-se afirmar que, com a modulação, cessarão muitos debates na comunidade jurídica em geral e na própria sociedade, muitas vezes **surpreendida com verdadeiras guinadas na rota traçada pelos tribunais na interpretação da legislação e afirmação da questão jurídica.** (Grifo nosso).

Além do mais, surge, em destaque, a necessidade de se estabelecer um critério jurídico para se evitar que decisões judiciais se afastem do valor constitucional de justiça.

Tudo isto é resultado da inclusão dos precedentes na reforma do sistema recursal processual civil e trabalhista, por força das Leis nº 13.015/2014 e 13.015/2015, destacando-se os arts. 896-B, 896-C e dos já mencionados 926 e 927, os quais tratam do recurso de revista, ou seja, é a inclusão do que Brandão (2015) denomina de **precedente vinculante**.

Aliás, nesse caminho Didier Jr. e Macêdo (2015, p. 122), estabelecem que “quando se fala, por exemplo em ‘aplicação do precedente’, o que se está aplicar, a rigor, é a norma que se constrói a partir do precedente.”

Por este motivo, Medina e Freire (2013, p. 688) oferecem uma extensão ao precedente judicial destacando: “[...] é uma decisão judicial estabelecida em um caso jurídico anterior que seja vinculante ou persuasiva para o mesmo órgão judicial ou para outro ao decidir casos semelhantes com questões jurídicas ou fatos similares”.

Aliás, não se deve deslembrar de que a justiça apressada, em todas as suas vertentes, com o fim de atender ao princípio constitucional da celeridade processual (art. 5º, inciso LXXVIII)⁴, não está isenta de golpear direitos e valores fundamentais.

Ademais, imperioso é rememorar para que haja estabilização das decisões judiciais, é preciso que os julgadores alcancem que o sistema dos precedentes almeja unificar, de forma equânime, os julgamentos, sem tratar de modo diferente casos iguais (MARINONI, 2016).

Nessa perspectiva, o pensamento de Marinoni (2016, p. 1082) define, sem contradição, a indispensabilidade dos precedentes, isto porque “[...] é um valor em si, pois é algo indispensável para que se tenha unidade do direito e uma ordem jurídica coerente, requisitos para a racionalidade do direito”.

Em síntese, associando a certeza jurídica como causa importante destinada à instituição do *staredecisis*, diz o autor supradito

⁴ LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

(MARINONI, 2016, p. 1082): “[...] Aliás, reconhece-se, em importante doutrina de *civil law*, não só que a lei não é necessária para a garantia da previsibilidade, como o *staredecisis* tem grande eficácia para tanto”.

Por óbvio, mesmo em sede de vinculação e estabilização, três temas integram o cotidiano jurisdicional, sendo eles: (i) a ***rationedecidendi***, isto é, quando se diz do dever de se aplicar determinado precedente, estar-se-á indicando que o precitado sistema é parcela obrigatória do precedente judicial (MACEDO, 2015); (ii) ***Obiter-Dictum*** (coisa dita de passagem): refere-se às questões apreciadas, porém não são suficientes para a resolução das questões ou pontos relevantes no caso concreto (PEIXOTO, 2015).

Para Taruffo (2015), tratando-se da *rationedecidendi*, deve haver a “[...] individualização da norma aplicável ao suporte fático”, na medida em que não basta uma simples *revelação* ou *reconhecimento* da melhor norma a ser aplicada ao caso; para se solucionar a demanda, as razões de decidir devem concentrar ‘hipóteses’ ou ‘modelos de decisão’.

Por mais, arremata Taruffo (2015, on-line), acerca do conceito e amplitude do *obter dictum*:

[...] em sentido estrito refere-se especificamente a enunciados que o juiz formula para além da estrutura justificativa do discurso...Independentemente da validade da justificação racional contida na motivação, ou mesmo da própria existência desta justificação, o *obter dictum* serve para colocar a decisão, ou alguns de seus enunciados em que se consubstancia, em uma determinada ordem de ideias, de princípios e de valores, sobre o qual se pressupõe existente um acordo dentre aqueles para quais a motivação é endereçada.

O enfoque adotado acima, explicita que, em ambos os sistemas, para se decidir é necessário a exigência da motivação. A este respeito, dois outros métodos se associam aos anteriores, no intento de, analisados, sustentarem a decisão e sua consequente vinculação e estabilização do julgado: a) ***distinguishing*** ou *distinção*: *constitui-se, segundo* Cruz e Tucci (2004, 174), na técnica

de confronto “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”; b) ***overruling ou mudança de regra, consiste no fato de um Tribunal (STF, STJ ou TST) modificar um precedente ou anulá-lo.***

Ademais, ainda seguindo o pensamento de Taruffo (2015, on-line), tem-se que:

De um lado, não é apropriado dizer que o precedente da *common law* é vinculante, no sentido de que derive uma verdadeira e própria obrigação do segundo juiz de acompanhar o precedente. É notório que, mesmo no sistema inglês, que parece ser aquele em que o precedente é dotado de maior eficácia, os juízes usam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas entre as quais o *distinguishing* e o *overruling*, a fim de não se considerarem vinculados ao precedente que não pretendem seguir.

De se registrar, por necessário, Ataíde Júnior (2011, p. 62) acentua que “[...] o fundamento do precedente judicial está em produzir uma norma jurídica (legal rule) com potencial de aplicar-se a uma infinidade de análogos casos futuros”.

É cediço, ante as novas exigências destinadas à prolação de decisões, conforme estatuiu o art. 489, §§1º/3º, do novel CPC, então, que a distinção está relacionada à motivação, prevista, também, na Carta Constitucional, na forma do art. 93, IX.

4 CONCLUSÕES

Diante do que se debateu ao longo deste trabalho, não resta dúvida de que os precedentes vinculam e produzem estabilização das decisões judiciais.

Não pretendem, pois, confrontar princípios jurídicos-constitucionais, a exemplo da segurança jurídica, da isonomia, previsibilidade, dentre outros. Ao contrário, surgiram, e o NCPC recepcionou o sistema, com o fim de que as demandas não se perpetuassem.

O que se busca com a adoção dos precedentes é a igualdade de decisões. Jamais, ao contrário do que se pode imaginar, a retroação indevida, com o fim de prejudicar a ordem jurídica vigente, conforme demonstrado ao longo deste trabalho.

E nem poderia ser diferente, eis que as normas insculpidas no art. 927, I/II e seus §§4º/5º do NCPC, não permitem que qualquer dos sistemas ou métodos aqui debatidos ultrapassem as regras de proteção dos direitos individuais ou coletivos.

Na verdade, o que se almeja com o assentamento integral dos precedentes, além da celeridade, isonomia, estabilização, proteção da confiança, restrição da discricionariedade, é evitar que as decisões judiciais continuem, em grande parte, equiparadas às normas abertas (incompletas), as quais consentem julgamentos desiguais para casos idênticos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Planalto, art. 5º, inciso LX.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1.943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 29 jun. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2.004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em: 21 ago. 2016.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Conceito Jurisprudência, Súmula e Súmula Vinculante**. Disponível em: <<http://www.juslegis.com.br>> Acesso em: 22 jun. 2017.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. O projeto do Novo Código de Processo**

Civil. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos (Coord. Fredie Didier e Antonio Adonias Aguiar Bastos). Salvador: Juspodivm, 2012, p. 363.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro.** 2011. Dissertação (Mestrado) – Unicap, 2011. p.62.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.303.

BRANDÃO, Cláudio. **Reforma do sistema recursal trabalhista. Comentários à Lei n. 13.015/2014.** São Paulo: LTr, 2015. p.183/184 e verso.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>> Acesso em: 22 jun. 2017.

FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário no mundo contemporâneo. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coord.). **Constituição, jurisdição e processo:** estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p.507.

FACCHINI NETO, Eugênio; CORDEIRO, K. Silva. O precedente vinculante no sistema Norte-Americano: quando reproduzir o passado é mais importante do que modificar o presente. In: BAEZ, Narciso L.X. et al. (Org.). **Mecanismos internacionais e internos de efetividade dos direitos fundamentais.** Joaçaba: UNOESC, v.1, p.37; 257.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da Justiça depois de Rawls.** São Paulo: Martins Fontes, 2008. cap.1, p.2.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. São Paulo: Edit. Juspodivm, 2015. p.98; 150-151; 309.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos Precedentes**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.95;105; 111.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.1082-1083.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. **Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2013.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015. p.190.

SANDEL, Michael J. **Justiça o que é fazer a coisa certa**. 13.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p.177-188.

TARUFFO, Michele. **A motivação da Sentença Civil**. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p.203;271.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a.3, n. 2, jul.-dez. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia/>> Acesso em: 25 jul. 2017;

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p.15-16;386.

***O STARE DECISIS
BRASILEIRO: UMA NOVA
ROUPAGEM DO CONTROLE
DE CONSTITUCIONALIDADE
DIFUSO DOS TRIBUNAIS DE
APELAÇÃO?***

Luis Caubi Cavalcante de Souza Filho

Graduando do curso de direito, Centro Universitário Tiradentes - UNIT/AL;
Membro do Grupo de Estudo: Processo Civil em Transformação (UNIT/AL).
lcaubi@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Instituição própria do sistema jurídico, seja *common law*, ou mesmo o nosso *civil law*, os precedentes judiciais são decisões paradigmáticas que, almejando proporcionar segurança jurídica e, conseqüentemente, uma expectativa de provimento jurisdicional à população em geral se prestam, a nortear o julgamento de situações futuras, podendo, em algumas situações, inclusive, vincular futuros julgadores.

Posteriormente, face a um estudo paulatino dessas decisões norteadoras, sobretudo, ou *a priori*, nos sistemas jurídicos adeptos ao *common law*, percebeu-se a necessidade da criação de um verdadeiro sistema de aplicação das referidas decisões, o qual estabelecesse regras que iriam estabelecer a sua aplicação, superação e até a sua publicidade, haja vista que tais decisões acabaram se tornando fontes do direito e, por ser assim, deve ter ampla divulgação.

Em nosso *civil law*, sistema baseado na codificação, embora entendamos que sempre existiu o precedente judicial, em razão do valor que o positivismo acaba tendo no ordenamento nacional, entendemos que o *staredecisis* é bem recente e se apresenta como uma das maiores transformações impostas ao processo civil brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015.

Essa verdadeira metamorfose consiste na materialização da hierarquia do Judiciário, com a sistematização do mandamento legal de obrigatoriedade de algumas específicas decisões para os mais diversos tribunais e juízes.

Tema este que apresenta grande importância na conjuntura atual, pois, em razão do Novo Código de Processo Civil, houve inúmeras alterações e inovações legislativas no processo civil brasileiro, que, mesmo com um ano de vigência, ainda apresenta questões nebulosas, que geram muita discussão na doutrina e, principalmente, não produziram, até então, casos concretos. Este, é, indubitavelmente, o caso do *staredecisis* brasileiro.

Assim, trabalhos, como este, que busquem na teoria as respostas para as questões práticas que sequer aconteceram, mos-

tram-se mister para vislumbrarmos os rumos do direito nacional.

Dada a complexidade do sistema dos precedentes judiciais e suas nuances, somados à recente figura do *stare decisis* no Brasil, muitas são as zonas cinzentas, nebulosas e incertas acerca do tema. Dentre essas inúmeras áreas “virgens” do direito processual civil nacional, muito se indaga a respeito dos efeitos dessas decisões paradigmáticas, se eles poderiam, inclusive, atingir outras áreas do direito.

Dessa forma, o que buscamos por meio deste, é analisar qual o efeito do *stare decisis* e, conseqüentemente, dos precedentes vinculantes, no controle de constitucionalidade difuso, instituto clássico da doutrina constitucional, que, inclusive, é tradicionalmente adotado no Brasil para assegurar a Supremacia da Constituição.

Mais especificamente, intentamos analisar os efeitos das decisões vinculantes no controle de constitucionalidade difuso realizado pelos tribunais de apelação, por meio de uma revisão bibliográfica tanto da legislação pátria, quanto das doutrinas processualista civil e constitucional, haja vista, como expomos acima, que por se tratar de tema relevante e recente, não há, ainda, posicionamento pragmático da matéria.

Visto isso, o que intentamos com este singelo trabalho é, primeiramente, destacar a contribuição astronômica do *stare decisis*, vindo com o novo código de processo civil, para a garantia da segurança jurídica, depois, sendo mais específico, pretendemos demonstrar se há efeitos dos precedentes no supracitado controle, em havendo iremos expor as suas implicações práticas.

É, buscando atingir, com maestria, os objetivos acima que tivemos a sensibilidade de separar o trabalho da seguinte forma, primeiramente, falaremos dos conceitos gerais do controle de constitucionalidade, bem como da sua modalidade difusa.

Após, passaremos a expor, com detalhes o que nos interessa, a respeito das decisões paradigmáticas e *stare decisis*, bem como a formação dessas decisões na via recursal, passando ao procedimento prático do controle de constitucionalidade, donde, após, apresentamos nosso entendimento final.

2 ASPECTOS BÁSICOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

Antes de atingirmos a problemática do controle de constitucionalidade pelos tribunais de apelação, faz-se mister uma aperitada contextualização do controle de constitucionalidade difuso.

Pois bem.

Típico de ordenamentos jurídicos detentores de uma lei máxima, como o Brasil, o controle de constitucionalidade é verdadeiro mecanismo de garantia da supremacia constitucional (CUNHA JÚNIOR, 2011). D'outro modo, o referido controle é decorrência lógica da hierarquia do ordenamento e no Brasil, serve para declarar a nulidade dos dispositivos legais incompatíveis com a Lei Magna.

Esse mecanismo constitucional, dada a sua importância e complexidade, possui diversos modelos, são alguns deles: o controle de constitucionalidade quanto ao órgão que exerce o controle, quanto ao momento do controle, quanto à natureza do órgão que exerce o controle. Aqui, ao menos *a priori*, é o primeiro que nos interessa.

O controle de constitucionalidade de acordo com o órgão que o exerce, pode ser difuso, ou concentrado.

Surgido no início do século XIX, nos Estados Unidos da América com o mais paradigmático dos casos: *Marburyvs Madison*, o controle difuso de constitucionalidade é adotado pelo Brasil e consiste no controle exercido por qualquer juiz ou tribunal, na provocação *incidenter tantum* do poder judiciário, em um processo judicial qualquer e por qualquer das partes, da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, supostamente, incompatível com a Constituição Federal (PINHEIRO NETO, 2016).

Por ser assim, esse mecanismo da autoridade constitucional tem como incidental, a arguição de inconstitucionalidade e seus efeitos atingiram, apenas, aqueles que figuram a relação processual, pelo menos é assim que entende as doutrinas constitucionais clássica e contemporânea.

Exposto o que nos interessa e assim, superado, por hora, o controle de constitucionalidade, passamos a abordar a questão dos precedentes judiciais.

3 CONSIDERAÇÕES BASILARES DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E SEU ESPAÇO NO DIREITO BRASILEIRO

Ainda, faz-se mister considerarmos os precedentes judiciais, suas características e seus efeitos no ordenamento, para somente após, entendemos se há, ou não, qualquer ingerência deste instituto processual, no controle de constitucionalidade difuso, ou incidental, realizado pelos tribunais de segundo grau.

Assim, segue os pressupostos da problemática.

Termo da teoria geral do direito, o precedente é algo da própria natureza do direito, dilucida-se, o direito, bem como todas as normas vêm com o condão de regular a convivência social, assim obviamente, o ápice da materialização jurídica é própria subsunção da norma ao fato, que acaba por regular o caso concreto e é nisso que consiste o precedente, a criação de norma individual a luz do caso concreto, que acabam por nortear situações futuras semelhantes (MACÊDO, 2017).

D'outro modo, de maneira mais acessível, o precedente judicial nada mais é do que uma decisão em face do caso concreto, que poderá nortear o julgador, em casos símiles posteriores.

O precedente judicial, visando atender o princípio da segurança jurídica, é verdadeiro mecanismo gerador de uma expectativa do provimento jurisdicional, pois concede ao jurisdicionado uma espécie de garantia de tratamento isonômico a situações semelhantes.

Com uma estrutura complexa, o precedente judicial é composto pelas circunstâncias fáticas da questão, o argumento que ensejou o provimento decisório (*ratiodecidenti*); e o argumento de passagem (*obter dictum*), consistindo na argumentação acerca do assunto que não implicou, diretamente na decisão (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

Dentre seus elementos constituidores, é de maior importância a *ratione decedendi*, pois, é nela que reside a essência obrigatória das decisões paradigmáticas, d'outro modo, é a razão de decidir que passa a vincular os juízes e tribunais¹.

No Brasil, essas decisões paradigmáticas acabam se dividindo em dois grandes grupos, podendo ser obrigatórias aos juízes e magistrados, constituindo verdadeiras regras jurídicas, ou não, detendo aí, apenas o caráter persuasivo².

Aqui, nos interessa o precedente obrigatório, como será exposto adiante. A respeito deles, em rol enumerativo, o Código de Processo Civil³ elenca algumas decisões que detém observância obrigatória, são elas: as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), em controle concentrado de constitucionalidade⁴, os enunciados de súmula vinculante⁵, os acórdãos em assunção de competência, julgamentos de demandas repetitivas e julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos; as súmulas do STF em matéria constitucional e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em matéria inconstitucional e os julgamentos dos órgãos plenários ou especiais dos tribunais. Veremos posteriormente que toda a problemática é gerada por este último.

É, justamente, em razão do dispositivo acima, que muitos encaram o precedente vinculante como novidade do Código de Processo Civil de 2015, todavia, reservamo-nos a sentir que o que

1 Aqui, é exatamente a divisa entre a obrigatoriedade da coisa julgada e precedente judicial, pois esta se encontra na fundamentação da decisão, enquanto aquela em seu dispositivo.

2 E nesse caso, sobretudo, no direito brasileiro, acaba não tendo relevância nenhuma, dada a, verdadeira, insegurança jurídica que vivenciamos atualmente, em razão dos diversos entendimentos da mesma matéria, seja nos tribunais de segundo grau, nas cortes superiores, ou mesmo entre os juízes de primeiro grau.

3 Artigo 927.

4 E essa modalidade de controle de constitucionalidade representa ponto, diametralmente, oposto ao controle difuso, já exposto, em face de seu caráter *erga omnes*, e sua provocação central no processo.

5 Aqui, muito se critica na doutrina processualista, primeiro porque a súmula não é precedente, justamente por não apresentar circunstâncias fáticas ou mesmo a *ratione decedendi*; segundo, por já ser constitucionalmente vinculante, o que torna dispensável a sua inclusão neste rol.

fora criado junto com a nova lei de ritos, foi uma sistematização dessas decisões paradigmáticas e a verdadeira implementação do *staredecisis*⁶, no direito brasileiro.

Desta forma, com o fito de gerar segurança na expectativa judicial, essas decisões acabam por vincular os demais órgãos do poder judiciário, hierarquicamente inferiores. Este é, indubitavelmente, um dos pontos chaves para a problemática proposta.

Assim, apresentados os pontos chaves dos precedentes judiciais, podemos progredir na discussão, aproximando-nos da problemática envolta da eficácia do controle de constitucionalidade difuso, nos tribunais de apelação.

4 A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS COM EFICÁCIA VINCULANTE E A DINÂMICA DA VIA RECURSAL NO ORDENAMENTO NACIONAL

Cientes dos pressupostos básicos, efeitos e sistemáticas das decisões paradigmáticas e vinculantes, passamos agora à situação de maior complexidade, que é a formação dos precedentes judiciais por meio via recursal.

Bom, como dito acima, as previsões do Art. 927 do Código de Processo Civil, mas não somente elas, são disposições detentores de eficácia vinculante, as quais obrigam sua observância aos tribunais e juízes.

Parece-nos simples entender que uma decisão judicial passa a vincular outros órgãos do poder judiciário, quando a referida decisão é de instância única ou última, como no caso do controle concentrado de constitucionalidade⁷, julgamento de questões, envolvendo normas infraconstitucionais pelo órgão especial ou

6 A doutrina complexa do *staredecisis*, em termos de fácil absorção ao leitor, nada mais é do que a obrigação dos juízes e tribunais seguirem as decisões paradigmáticas já formadas.

7 Exercido, em única instância pelo Supremo Tribunal Federal.

pleno do STJ ou constitucionais pelo plenário STF, visto que essas não deverão passar por revisão de qualquer outro tribunal.

Em suma, é fácil perceber a decisão como vinculante, quando em um viés isolado.

Todavia, a maior complexidade reside no julgamento em situações que os órgãos julgadores não detém a competência última ou única, pois, as decisões desses podem ser alvos de, inúmeros recursos.

É o que ocorre, por exemplo, quando do julgamento, nos tribunais de apelação, ou de segundo grau de causas, envolvendo a interpretação do direito infraconstitucional, não local e constitucional.

Explica-se.

A complexidade se dá, em razão das grandes chances de recursos aos tribunais superiores, fazendo com que, interprete-se, erroneamente, que a situação, justamente em face da gama de recursos, obstaria a criação de um precedente judicial vinculante, entretanto, sentimos que a referida consideração não merece, em alguma hipótese, prosperar.

Isso se deve aos pressupostos de existência do precedente. Pois, em havendo a *ratiodecidenti*, as circunstâncias fáticas da demanda e havendo dispositivo na decisão judicial⁸, existirá a decisão paradigmática.

Na verdade, no exato momento no qual se dá a decisão, já há um precedente judicial, podendo ser vinculante, inclusive, todavia, é justamente quanto aos seus efeitos além dos litigantes que podemos nos indagar. Pois, havendo possibilidade de recurso com efeitos de revisão da decisão, seria verdadeiro paradoxo, considerá-la vinculante.

Haja vista que o *staredecisis*, sistema que procura criar uma expectativa jurisdicional, acabaria gerando demasiada insegurança jurídica, ao conceder eficácia vinculante as decisões precárias.

Em sendo assim, é evidente a importância do transito em julgado para o *bindingprecedent*, ou, precedente vinculante. Visto

⁸ Aqui, entendemos ser necessário o dispositivo, pois, embora seja o protagonista da imperatividade da coisa julgada, e não do precedente, uma vez sem dispositivo, concordamos com Fredie Didier, que a decisão será inexistente. Dessa forma, em não havendo decisão, obviamente, não haverá precedentes.

que o referido instituto passa a conceder imutabilidade da decisão, e segurança relativa⁹ de sua *rationesdecidendi*.

Todavia, haja vista a sua importância, infere-se que a não recorribilidade das decisões judiciais apenas diz respeito à eficácia dos precedentes e, jamais, a sua existência.

Ademais, por conseguinte, pode-se dizer que é precedente vinculante, ainda que não seja de competência típica do tribunal¹⁰, é precedente vinculante a derradeira decisão do processo¹¹.

Feitas as devidas considerações acerca das decisões paradigmáticas, passamos as questões práticas acerca do controle difuso de constitucionalidade.

5 O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS DE APELAÇÃO E A REGRA DO FULL BENCH

O controle de constitucionalidade, sobretudo o difuso, foi abordado de forma suficiente anteriormente, todavia, o que fora exposto foi a sua teoria, aspectos gerais, conceitos e aplicação no Brasil. Aqui, já pressupondo entendimento do assunto, partiremos a uma análise prática, com uma ótica mais processual.

Sigamos.

A processualística acerca do controle de constitucionalidade difuso, apresenta fundamento constitucional¹². A qual define, uma verdadeira competência funcional (DIDIER JR; CUNHA, 2016), na qual estabelece, que apenas os órgãos plenário ou

9 Aqui, classificamo-nos como relativa, pois, em que pese haja coisa julgada, nada impede que o entendimento vinculante firmado, seja superado tanto pelo próprio tribunal prolator, quanto pelos tribunais superiores.

10 Aquela que foi idealizada para sua análise principal, como as normas constitucional pelo STF, e as normas locais pelos tribunais de apelação.

11 Quando devidamente presentes os requisitos essenciais à sua existência, que foram, devidamente demonstrados no tópico próprio.

12 Artigo 97, Constituição Federal.

especial podem julgar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público e que, apenas com maioria absoluta de seus membros ocorrerá a declaração de inconformidade com a constituição federal¹³.

Esta é a regra do *fullbench*, ou, simplesmente, cláusula de reserva de plenário¹⁴.

Manifestação da eficácia constitucional no ordenamento, o Código de Processo Civil traz consigo o caminho que se deve percorrer no controle difuso de constitucionalidade, o chamado: incidente de arguição de inconstitucionalidade¹⁵.

O referido incidente, pode ser suscitado, por qualquer das partes, pelo Ministério Público, ou de ofício pelo julgador, diante de qualquer causa em trâmite no tribunal, desde que arguido antes do seu efetivo julgamento, podendo, inclusive, ser trazido à baila na sustentação oral.

Diante da arguição, o relator, após ouvir as partes e o MP, irá levar a questão à discussão na turma. Onde, pode o órgão fracionário acolher o incidente e em regra, passará à análise do órgão plenário ou especial¹⁶, cabendo a este decidir acerca da (in)constitucionalidade¹⁷, em havendo rejeição do incidente por parte do órgão fracionário o processo segue, normalmente, para o seu julgamento pelo órgão fracionário, prevalecendo assim, a constitucionalidade da lei ou ato. Aqui, é a primeira situação que nos interessa.

13 Aqui, ressaltamos que a cláusula de reserva de plenário apenas se aplica ao controle de constitucionalidade, difuso ou não, praticado nos tribunais, o que não obsta o juiz singular de fazê-lo.

14 Aqui, vale ressaltar a regra da Súmula Vinculante de número 10, *ipsis literis*: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

15 Capítulo IV, artigos 948-950.

16 Aqui, resta demonstrada a regra do sistema, pois, em havendo decisão do plenário ou órgão especial próprio tribunal ou do plenário STF, não haverá a submissão à regra do *fullbench*, não havendo razão para a submissão aos órgãos elencados no artigo 97 da Constituição Federal.

17 E desta decisão não cabe recurso. Devendo, a parte de que sentir lesada, recorrer do acórdão que será gerado pelo órgão de julgamento originário.

Acatado o incidente pela turma, este julgamento será realizado pelo pleno ou órgão especial, o qual produzirá acórdão de natureza objetiva, julgando apenas o incidente, no caso a lei ou ato do Poder Público em tese, olvidando quaisquer questões fáticas da lide. Assumindo, assim característica típica de recursos extraordinários, evidenciando papel atípico dos Tribunais de Apelação¹⁸.

Para fins práticos e didáticos, vejamos um exemplo:

Tramita, um recurso, na 1ª câmara cível do Tribunal de Justiça de Alagoas, suscita-se o incidente de inconstitucionalidade. O relator discute o tema na câmara e seus componentes, diante da ausência de entendimento firmado pelo pleno do tribunal e do STF, decidem acatá-lo. Assim sendo, o pleno leva o incidente a julgamento e decide por declarar a inconstitucionalidade do instrumento legal. Uma vez julgado o incidente, voltam, os autos, ao órgão originário para julgamento da questão principal e, obviamente, de outras questões incidentais que não sejam revestidas da competência funcional.

Assim, dada a situação hipotética, o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, proferiu decisão de controle difuso de constitucionalidade, por ser manifestado de forma incidental e como sabemos, de acordo com a doutrina constitucionalista brasileira este tipo de controle de constitucionalidade possui, tão somente o efeito *inter partes*¹⁹.

Todavia, *data vênia*, será que o referido controle exercido pelo Tribunal de Justiça de Alagoas, por meio do incidente de arguição de inconstitucionalidade, sendo assim, difuso, terá eficácia limitada apenas as figuras pertencentes à relação processual?

E, vamos mais além, será que o controle de constitucionalidade realizado por meio do incidente de arguição de constitucionalidade, pelos tribunais de apelação em geral, continua seguin-

18 Já que esses, os tribunais de segundo grau, ainda carregam consigo na maioria de suas atribuições, o julgamento subjetivo, dado a partir do caso concreto e carregado com as circunstâncias deste.

19 Aqui, referimo-nos, à regra do sistema, ao controle exercido tipicamente pelo Judiciário, apenas. Excetuada, assim, a situação em que o Senado Federal pode ampliar os efeitos do controle de constitucionalidade difuso, inteligência do Artigo 52, X, Constituição Federal.

do a doutrina constitucional, e por ser difuso, tendo seus efeitos restritos as partes litigantes?

É, buscando responder tais indagações que avançamos.

6 DAS DERRADEIRAS CONSIDERAÇÕES

Como já devidamente demonstrado, o controle difuso de constitucionalidade, nos tribunais de apelação, é concretizado por meio do incidente de arguição de constitucionalidade e que, em razão do mandamento constitucional do *fullbench*, ou, cláusula de reserva de plenário é realizado com o quórum qualificado do plenário ou do órgão especial do referido órgão colegiado.

Por ser assim, acaba sendo verdadeiro alvo para a incidência da norma contida no artigo 927, V, do Código de Processo Civil, que trata da criação de vinculação dos juízes e tribunais, às decisões dos plenário e órgão especial dos tribunais a que estiverem vinculados.

Dessa forma, dada a máxima *vênia* à doutrina constitucional brasileira, entendemos que após a instituição do *staredecisis*, ou seja, com a verdadeira sistematização dos precedentes judiciais no direito brasileiro, com o final da *vacatio legis* do atual Código de Processo Civil, concluímos que o controle de constitucionalidade difuso, nos tribunais de apelação, quando acatada supracitada arguição, acaba por se tornar detentor de eficácia para além dos atores processuais, ou, simplesmente *ultra partes*²⁰ e não mais, efeitos meramente *inter partes*, evidenciando assim, que a lei processual, acabou por ampliar o alcance do referido instituto de proteção constitucional.

20 Reservamo-nos, a entender como dessa forma, pois, o controle difuso dos tribunais de apelação, nem são *erga omnes*, pois se diferencia do controle concentrado, visto que não vincula a administração pública, nem tampouco é *inter partes*, visto que seus efeitos deverão ser aplicados além da relação processual. Ademais, acaba sendo *ultra partes* porque, o referido controle, passa a ter eficácia somente aos que postulem, judicialmente, em causas semelhantes e às esferas submetidas ao órgão colegiado criador dessa interpretação constitucional vinculante.

REFERÊNCIAS

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática**. 5.ed. revista ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2011.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal**. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito Processual civil**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2016.

***A POSSIBILIDADE DE
ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA
ANTECIPADA INCIDENTAL
E DE EVIDÊNCIA***

Diogo Henrique de Barros Lopes

Graduando no Curso de Direito no Centro Universitário Tiradentes - UNIT/AL;
Integrante do Grupo de Pesquisa: Processo Civil em Transformação da UNIT/AL.
diogobarros.direito@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil de 2015 prevê hipóteses de antecipação da tutela definitiva, denominadas tutelas provisórias. Os arts. 294 a 311, conceituam e definem as espécies e os procedimentos exigidos para requerer essa modalidade de proteção jurisdicional.

A influência do tempo no resultado útil do processo é mal que assola o Poder Judiciário e torna morosa a obtenção de uma pretensão. As tutelas provisórias possuem a finalidade de abrandar as graves consequências do curso normal de um processo, em muitas vezes excessivo ante todas as fases procedimentais exigidas até sua conclusão. Não basta que o juiz profira decisão de mérito, deverá ela ser eficaz, ou seja, é necessário que haja utilidade para quem obtém o direito pleiteado.

Existe na legislação processual civil a previsão da entrega imediata do bem da vida almejado antes da decisão definitiva, quando presentes requisitos de urgência ou evidência do direito reclamado. Essa modalidade de proteção jurisdicional fundamenta-se na utilidade do resultado do processo.

Assim, a parte requerente de tutela provisória, tão longo tenha comprovado diante do *periculum in mora*, *fumus boni iuris* ou evidência o direito e a necessidade de obter tal benefício, poderá ter antecipado seu direito e não arcará com o ônus da espera da decisão de mérito para alcançar a satisfação da sua pretensão. Além das tutelas satisfativas, o CPC/2015 compreende uma modalidade de proteção que resguarda a pretensão final, a denominada tutela cautelar, de natureza acessória e mediata.

O legislador, além de prever as tutelas provisórias como meio de efetivação da atuação jurisdicional, inovou no ordenamento jurídico ao incluir, através do art. 304, do CPC, o fenômeno da estabilização dos efeitos da tutela provisória que foi concedida de forma satisfativa e requerida antes do processo principal.

A problemática surge no momento em que se restringe a estabilização aos pedidos fundamentados em urgência e re-

alizados em momento antecedente, deixando de fora as tutelas de evidência satisfativas e as tutelas de urgência pleiteadas no curso do processo.

Entende-se que a melhor opção seria fundamentar a estabilização da decisão pela natureza do pedido, antecipado ou acautelatório, pois, sendo o primeiro sempre satisfativo, deveria, nos casos em que for de interesse do autor e ante ausência de manifestação cabível do réu sempre mantidos seus efeitos, sem que aquele arque com os ônus da inércia do demandado.

Para isso, faz-se necessário analisar se o art. 304, do Código de Processo Civil deverá ser interpretado extensivamente e desde já estabilizar todas as tutelas de cunho satisfativo ou se existe a necessidade de haver prévia alteração legislativa.

O estudo justifica-se pelo fato de que a estabilização provoca a extinção do processo, sem resolução de mérito, e sua estabilidade, isto é, preenchidos os requisitos, serão mantidos os efeitos da decisão que concedeu a tutela provisória satisfativa e, por consequência, atenua a influência do tempo na prestação jurisdicional, distribuindo o ônus da duração do processo de modo isonômico entre as partes.

O presente estudo visa analisar os fundamentos utilizados para concessão da estabilização da tutela provisória, demonstrar que o CPC/2015 possui outras modalidades desse gênero de tutela que poderiam ter seus efeitos estabilizados quando concedidas.

Utilizou-se a metodologia qualitativa para o desenvolvimento da pesquisa, realizando estudo bibliográfico através de livros de doutrina renomada para conceituar, traçar características e principais pontos de discordância acerca do tema.

Por conseguinte, apresentaremos os pontos relevantes a respeito da estabilização prevista no CPC/2015, dispondo qual o critério para sua concessão, bem como a razão das tutelas cautelares serem incapazes de estabilizar. Demonstraremos, por fim, novas possibilidades de estabilização da proteção concedida de modo provisório e ampliação o rol do art. 304, do Código de Processo Civil.

2 TUTELAS PROVISÓRIAS: CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E CARACTERÍSTICAS

A efetividade da função jurisdicional possui estreita relação com a utilidade do resultado do processo. O modelo de justiça atual exige do julgador que, ao receber uma demanda, objetive a proteção e a satisfação do direito reclamado, para que, havendo deferimento, o requerente tenha, com efeito, a possibilidade de goza-lo.

A Tutela concedida provisoriamente quando fundada em urgência visa antecipar/satisfazer ou acautelar/proteger, caso baseada em evidência, sempre antecipar/satisfazer os efeitos almejados na tutela definitiva, enquanto esta ainda não estiver apta a ser julgada, com o fito de garantir a possibilidade de a parte usufruir do direito pleiteado e inibir a ação do tempo na solução dos conflitos. Por seu turno, Tutela Definitiva, salvo exceções previstas no art. 332¹, CPC, é a de cunho satisfativo, de cognição exauriente, passível de tornar-se indiscutível e imutável, produzindo, desta feita, a coisa julgada.

A análise de todos os elementos que compõem um litígio exige tempo o qual pode ser demasiadamente extenso, prejudicando a efetividade dos efeitos da proteção jurisdicional. Nesse sentido, Fredie Didier Jr., Paulo S. Braga e Rafael A. de Oliveira (2016, p. 644) lecionam que é finalidade da tutela provisória atenuar os possíveis prejuízos causados pelo tempo à concessão do bem da vida pretendido.

1 Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241. § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias. § 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

O fundamento para deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela definitiva é “a impossibilidade de espera da concessão da tutela definitiva sob pena de grave prejuízo ao direito a ser tutelado e de tornar-se o resultado final inútil em razão do tempo” (NEVES, 2016, p. 212).

Diferencia-se, a tutela provisória da definitiva, por aquela possuir como características a cognição sumária da sua decisão e a precariedade dos seus efeitos, o que a torna inapta de ser afetada pelo instituto da coisa julgada material, haja vista que o julgador não irá se debruçar sobre todas as questões pertinentes ao objeto da demanda, mas, tão somente, sobre a probabilidade de o direito existir.

Em regra, é requisito imprescindível para validade da decisão de tutela definitiva a prévia manifestação do réu, isto é, a garantia do devido processo legal, do qual são corolários os princípios da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LIV, LV; CPC, art. 7º)². O que, nas tutelas concedidas liminarmente, é dispensável, podendo o juiz concedê-las *inaudita altera pars* – antes da manifestação da parte contrária.

Destaca-se que dentre as distinções existentes entre as tutelas definitivas e provisórias, enquanto aquela produz a coisa julgada – formal e/ou material –, pois produto de cognição exauriente, as decisões concedentes de tutelas provisórias não possuem os requisitos necessários para torna-las imutáveis e indiscutíveis, contudo, o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de serem afetadas pelo fenômeno da estabilização de seus efeitos, comumente confundido com a coisa julgada.

Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2016, p. 206), ao citar Sergio Menchini, afirma que:

2 Constituição Federal, art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; Código de Processo Civil, Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

As semelhanças entre os institutos acabam, no entanto, quando se põe os olhos na função positiva da coisa julgada. Essa é uma função típica da coisa julgada que incide sobre a tutela declaratória prestada na sentença e, como a decisão antecipatória estabilizada não contém a declaração sobre a existência ou inexistência de um direito, em princípio sequer faz sentido cogitar de uma função positiva da estabilização.

A coisa julgada material, na redação dada pelo art. 502, CPC, é a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso, além disso, funda-se em análise de todos os elementos apresentados pelas partes para formular o convencimento do juiz. A doutrina denomina coisa julgada formal a decisão que não for mais cabível impugnação.

Elpídio Donizetti (2017, p. 418) afirma que, além do autor, o réu também pleiteia tutela provisória, quando se utiliza da reconvenção ou nas ações dúplices. Exemplifica: numa ação reivindicatória, pode o réu pleitear a declaração de usucapião.

Em que pese ser ventilada possibilidade de relativização da coisa julgada através de ação rescisória, ação anulatória ou *querela nullitatis*, a regra direciona para a impossibilidade de se rediscutir ou alterar a decisão que fez coisa julgada.

A despeito das particularidades das tutelas definitivas e provisórias, a 10ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP acolheu o voto do Relator Cesar Ciampolini, em Agravo de Instrumento de nº 2252486-22.2015.8.26.0000, que o proferiu nos seguintes termos

Deste modo, proponho à douta Turma Julgadora que se reforme a r. decisão de origem, deferindo-se o que pleiteia o recorrente, não pelo enfrentamento direto do *meritum causae*, mas mediante o mecanismo do art. 304 em tela e seus §§: vale dizer, por meu voto fica deferida aos agravantes tutela antecipada satisfativa consistente no cancelamento das cláusulas restritivas, sendo certo que, não sobrevindo

recurso contra o acórdão que consubstanciar o julgamento, estabilizar-se-á a antecipação, tornando-se definitiva a decisão do Tribunal.

Vislumbra-se incongruência no dispositivo supratranscrito, isso porque o magistrado afirma que se tornará estável a decisão concessória de pedido de tutela de urgência antecipada que não for objeto de recurso, com sua consequente transformação em tutela definitiva. Sabe-se, entretanto, que todo pedido de tutela provisória visa, por fim, a análise final de mérito, mas isso não ocorre de forma automática, como nos parece crer o julgador.

Ademais, é consequência das tutelas definitivas a coisa julgada, o que é expressamente vedado no § 6º, art. 304, CPC, o qual determina que a decisão que concede a tutela provisória prevista no *caput* não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo³.

Adota a interpretação literal do parágrafo supramencionado, Alexandre Freitas Câmara (2016, e-book), segundo o qual:

A decisão concessiva da tutela de urgência estável não faz coisa julgada (isto é, não se torna imutável e indiscutível), como estabelece expressamente o art. 304, § 6º, o que é consequência inexorável do fato de ter sido ela proferida com apoio em cognição sumária e não em cognição exauriente (sendo esta essencial para que a decisão judicial alcance a autoridade de coisa julgada).

A Tutela Provisória, objeto do presente estudo, está disciplinada no Capítulo V, do Código de Processo Civil de 2015, entre os artigos 294 e 311. O *códex* processual prevê esta proteção como gênero, subdividindo-a em espécies de acordo com sua razão (urgência ou evidência), natureza (satisfativa ou cautelar) e momento (antecedente ou incidental) de pedir.

3 Art. 304. § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.

Quanto à razão de pedir, prescreve o art. 294, *caput*, do CPC/2015 que o requerimento poderá ser fundamentado em urgência ou evidência. Concedendo-se a Tutela Provisória de Urgência, conforme o art. 300 do supracitado diploma legal, quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*). “Para tanto, o juiz examinará apenas se há razoável plausibilidade nos fundamentos apresentados pelo autor. Ou seja, não desenvolverá uma investigação aprofundada e detalhada, mas simples cognição superficial” (WAMBIER; TALAMI, 2016, e-book).

Por seu turno, a Tutela Provisória de Evidência, disposta no art. 311 do CPC, não exige demonstração do *fumus boni iuris* nem do *periculum in mora* e será deferida quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte (inciso I); ou a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável (inciso IV).

Além das possibilidades acima, a tutela será concedida por razão de evidência quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (inciso II); ou se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa (inciso III), podendo o juiz decidir liminarmente nestes casos.

Referente à natureza, tem-se a Tutela Provisória Antecipada que visa à satisfação, pela parte, da pretensão definitiva antes de analisado o mérito da demanda e, também, a Tutela Provisória Cautelar de cunho protetivo, que objetiva resguardar o objeto da lide. Assevera Daniel Mitidiero (2013, p. 41) que esta tutela “visa à proteção *assecuratória* de um *direito* submetido ao *perigo de dano irreparável ou de difícil reparação*”, e continua o autor, satisfativa será a tutela que “visa à *realização* de um *direito*”.

Quanto ao momento do pedido, a tutela será requerida de modo antecedente quando proposta antes de realizado o pedido de tutela definitiva. Por sua vez, o pedido incidental ocorre quando realizado contemporâneo ao pedido principal ou quando já está em andamento o processo.

A escolha do momento, antecedente ou incidental, deverá considerar os elementos possíveis de demonstrar o direito. Se a razão de pedir é urgente, mas o requerente não possui todas as provas ou documentos adequados para propor uma ação de cognição definitiva, será cabível o pedido antecedente.

O texto final do Código de Processo Civil de 2015 determina que o pedido de Tutela Provisória de Urgência poderá ser realizado com o fim de satisfazer como também de acautelar a pretensão autoral, assim como de modo antecedente ou incidental. E que a Tutela Provisória de Evidência tem somente cunho satisfativo, devendo ser pleiteada sempre no curso da demanda principal, ou seja, apenas em caráter incidental.

Conforme afirmam Fredie Didier Jr., Paulo S. Braga e Rafael A. de Oliveira (2016, p. 649):

É importante repetir: só as tutelas provisórias de *urgência* podem ser requeridas em caráter antecedente. É a urgência que justifica sua formulação antes mesmo da formulação do pedido de tutela definitiva. A tutela provisória de *evidência* não pode ser requerida em caráter antecedente.

Característica indispensável de análise da tutela provisória é a estabilização de seus efeitos, destarte, prescreve o art. 304, CPC que se torna estável a decisão que conceder tutela provisória de urgência antecipada antecedente e a esta não for interposto recurso. Pelo estudo, até o presente momento, observa-se que a estabilização é fenômeno hábil a afetar a proteção jurisdicional concedida em caráter provisório, bem como no perigo da demora e no risco ao resultado útil do processo quando requerida em momento antecedente. Dessa

forma, como fruto de cognição sumária, é concedida *inaudita altera pars* e por isso não produzirá coisa julgada material.

3 TUTELA PROVISÓRIA CAUTELAR E ANTECIPADA. ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DO PEDIDO LIMINAR SATISFATIVO

Tempo e efetividade jurisdicional são indissociáveis no tocante à busca pela satisfação do direito perseguido. Gustavo Bohrer Paim (2012, p. 16) argumenta que:

Inseparáveis são, pois, direito e tempo, sofrendo aquele os inevitáveis influxos das contingências deste. A busca da justiça pela satisfação do direito pleiteado depende de uma solução muitas vezes, urgente, em que não poderia a parte se sujeitar aos caprichos de uma jurisdição lenta e gélida, desvinculada da realidade fática.

Em razão disso, com o desígnio de mitigar esses efeitos, surgem as tutelas provisórias cautelares e antecipadas.

Concede-se a Tutela Provisória Cautelar para assegurar o direito substancial, preservá-lo ou resguardá-lo quando houver situação que, em decorrência do perigo da demora em conferir a tutela definitiva e da probabilidade do direito, exija a preservação do bem almejado. “Chama-se tutela cautelar à tutela de urgência do processo, isto é, à tutela provisória urgente destinada a assegurar o futuro resultado útil do processo, nos casos em que uma situação de perigo ponha em risco sua efetividade” (CÂMARA, 2016, e-book).

Oportuniza o pedido provisório de cautela situação que o credor toma conhecimento da intenção do devedor em se desfazer dos bens antes da quitação do débito, assim poderá ajuizar medida protetiva do direito material, antes mesmo de formulado o

pedido principal. Por conseguinte, fundado na urgência, requererá a indisponibilidade dos bens daquele que está em dívida, para que sua futura pretensão seja resguardada. Nada obsta também, que, já em curso a ação principal, o pedido de tutela provisória cautelar seja feito, haja vista a possibilidade de ser requerida em momento antecedente ou incidental (parágrafo único, art. 294, CPC).

Assim não fosse e tivesse que esperar o término do processo de conhecimento para ter reconhecido o pedido e executar seu título, os bens poderiam ser dilapidados sem que houvesse formas de quitação com a consequente entrega dos valores devidos.

Circunstância oposta é a qual se funda a Tutela Provisória Antecipada, nesta, o requerente visa a satisfação imediata do direito material e não apenas sua preservação, isto é, pretende usufruir desde já do objeto da demanda. É uma proteção objetivamente satisfativa, antecipatória do direito afirmado.

Exemplo de evento que possibilita o pedido e a concessão da Tutela de Urgência Antecipada ocorre quando há a interrupção de fornecimento de energia elétrica para unidade hospitalar. Evidente que não será garantido o direito à saúde sem o seu fornecimento regular. Portanto, em casos como esse, o Hospital poderá se valer do pedido de satisfação antecipada e obter a continuidade da prestação dos serviços.

Diante das semelhanças das tutelas de urgência e receio de indeferimentos fundados apenas na natureza de pedir, o legislador manteve regra já prevista no CPC/73, a da fungibilidade. Consagrada no art. 305, parágrafo único, CPC/2015, define que, em pedido de tutela cautelar requerida em caráter antecedente, caso o juiz observe que o pedido possui natureza antecipada, aplicará as regras para essa modalidade. Parece-nos ter acertado o legislador, pois, abolindo tal previsão, estaria criando empecilho desarrazoado ao acesso à justiça.

O juiz, em decisão que conceder a tutela antecipada antecedente mediante regra da fungibilidade, deve se pronunciar manifestadamente por essa opção, pois, assim como réu, em caso de deferimento, deverá estar ciente da possibilidade de estabilização, o autor, em decisão denegatória, terá apenas cinco dias para aditar a petição inicial e não quinze (NEVES, 2017, p. 511).

Leonardo Greco (2015, e-book) garante, além disso, que a fungibilidade deve ser aplicada entre a tutela de urgência e a tutela de evidência, observada a compatibilidade dos pressupostos do pedido, uma vez que a proteção baseada em evidência será pleiteada apenas incidentalmente.

Não se pode olvidar de que o deferimento do pedido de tutela provisória, cautelar ou satisfativa, seja capaz de gerar prejuízo ao demandado. Com o intuito de proteger aquele que suporta o ônus de ter bens bloqueados ou de ter que antecipar a entrega do bem da vida pleiteado, os arts. 297, *caput*, e 300, § 1º, do Código de Processo Civil, possibilitam ao juiz dispor das medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória, bem como, para a concessão da tutela de urgência, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os possíveis danos sofridos, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

Frisa-se que a antecipação da fruição do direito constitui forma de garantir a efetiva tutela jurisdicional, mas não o seu reconhecimento antecipado (BEDAQUE, 2015, e-book).

Conforme anteriormente explicitado, as tutelas definitivas são passíveis de resultar coisa julgada, ao passo que as tutelas provisórias de urgência antecipadas antecedentes capazes de estabilização. Malgrado as semelhanças entre esses dois institutos, não se pode confundi-los.

A estabilização das tutelas concedidas por razão de urgência, de natureza antecipada e em caráter antecedente, está prevista no art. 304, do CPC. De acordo com a doutrina de Fredie Didier Jr., Paulo S. Braga e Rafael A. de Oliveira (2016, p. 692), são pressupostos para que haja a estabilização: a) expresse requerimento de tutela provisória antecipada antecedente; b) que o autor não se manifeste acerca da intenção em obter a tutela definitiva; c) concessão da tutela requerida e; d) inércia do réu.

Registre-se que, doutrina diversa é a de Elpídio Donizetti (2017, p. 457), o qual afirma que são requisitos para estabilização: a) concessão da tutela prevista no art. 304, CPC; b) o aditamento da petição inicial e; c) que o autor não interponha o respectivo re-

curso. E continua, “O não aditamento significa que o autor, embora tenha aderido à automatização do procedimento da tutela antecipada, perdeu o interesse processual no desfecho do processo. [...] O alcance desse objetivo é de interesse público, não podendo ficar ao talante das partes” (DONIZETTI, 2017, p. 458).

Em que pese entendermos a posição do doutrinador, adotamos a primeira corrente, tendo em vista que o Código de Processo Civil, ao determinar que o processo será extinto sem resolução de mérito quando não realizado o aditamento com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final (art. 303, § 1º, I e § 2º); e que a tutela antecipada, concedida de modo antecedente, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso (art. 304), não cria obrigação de aditamento para a concretização da estabilização, mas, tão somente, uma faculdade daquele que aspira à tutela definitiva.

A estabilização dos efeitos destina-se a impor àquele que não recorreu da decisão concessiva de tutela de urgência antecipada antecedente o ônus por sua inércia. Não seria aceitável que ao autor do pedido incidisse qualquer efeito negativo decorrente da falta de impugnação do réu ou de terceiro interessado.

Contudo, existem situações que não é viável para o réu recorrer da tutela de urgência satisfativa antecedente que sua inércia poderá gerar benefícios para ele. Utilizamos o esclarecedor exemplo de Fredie Didier Jr., Paulo S. Braga e Rafael A. de Oliveira (2016, p. 686) para demonstrar tal situação fática:

Imagine um caso em que um estudante, que ainda não havia concluído o ensino médio, tenha sido aprovado no vestibular para um curso superior. A instituição de ensino, seguindo determinação do Ministério da Educação, não realizou a matrícula. O estudante vai a juízo e obtém uma tutela satisfativa liminar, ordenando a matrícula. Para a instituição de ensino, pode ser que não haja qualquer interesse em contestar a medida – ela somente não matriculara o aluno, porque o Ministério da Educação proibia.

No caso supra apresentado, *a priori*, a instituição de ensino não teria motivos para recorrer, porque estaria cumprido decisão judicial e não agindo à revelia das determinações do órgão competente a determinar as regras de ingresso em curso superior.

Outrossim, a não interposição da peça recursal será viável quando o réu perceber que de fato são mínimas suas chances de reverter a decisão. Sua inércia e a falta de aditamento resultariam no não pagamento das custas processuais e na fixação de honorários advocatícios em valores mais baixos (ALVIM, 2017, p. 722).

Discute-se na doutrina, se a expressão “respectivo recurso”⁴ constante no *caput*, art. 304, CPC deve ser interpretada tal como está escrita ou se qualquer manifestação do réu que tenha o propósito de impugnar as alegações da tutela provisória é capaz de impedir a estabilização.

Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 234) defende que não se deve limitar aos termos do artigo em comento, ou seja, o agravo de instrumento seria um instrumento de impedimento da estabilização, mas não o único, podendo o réu se valer também da contestação, pois, saindo do estado de inércia, estaria de igual modo se opondo aos argumentos firmados na tutela provisória.

Contrapondo esta corrente, Alexandre de Freitas Câmara (2016, e-book) compreende que o termo foi aplicado em sentido estrito e que apenas à interposição de agravo de instrumento ou de agravo interno, conforme o caso, é atribuída a força de opor-se à estabilização.

Isso posto, adentra-se nas razões da escolha legislativa por estabilizar a tutela provisória antecipada e não a cautelar. A decisão que concede a primeira possui o condão de satisfazer imediatamente uma pretensão, o requerente passa a gozar do bem da vida e, justamente essa distinção, a torna apta à estabilização, pois já se tem a pretensão satisfeita.

A tutela cautelar, por sua vez, viabiliza formas de assegurar que, após prolação de sentença ou acórdão, possa haver o resultado útil do processo, o que, de fato, não é o pedido final da parte reque-

4 As tutelas provisórias são concedidas por meio de decisão interlocutória, da qual o recurso cabível para impugna-las é o agravo de instrumento. Código de Processo Civil, art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias;

rente desta modalidade de proteção jurisdicional. Por isso, concedida a tutela provisória cautelar e não efetivado o pedido principal no prazo legal, cessará sua eficácia e não ocorrerá a estabilização.

Nesse ponto, harmonizamos com a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 304) o qual compreende que pela natureza conservativa do pedido cautelar, a decisão que a conceda não deve ser estabilizada.

Outras possibilidades de estabilização dos efeitos da tutela concedida em caráter de provisoriedade são observadas, a exemplo das tutelas provisórias antecipadas incidentais e as provisórias de evidências.

4 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA INCIDENTAL E DA TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA.

Optou o legislador por conferir estabilidade tão somente aos efeitos da decisão concessiva de tutela provisória de urgência satisfativa antecedente. Dessa preferência, insurge da doutrina importante debate acerca da possibilidade de se expandir os efeitos da estabilização prevista no art. 304, do novel Código Processual Civil, para as tutelas provisórias de urgência satisfativa incidental e de evidência antecipada incidental.

Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 235), com clareza, leciona que a limitação dos efeitos da estabilização à hipótese do art. 304, caput, CPC é medida que não encontra motivo razoável; seria estimular “o autor a fingir que não possui documentos e oportunidade para desenvolver adequadamente a causa de pedir da ação apenas para requerer a tutela antecedente”.

Assegura ainda que a tutela de evidência destina-se a viabilizar proteção jurisdicional ao direito do autor quando os fatos levados ao conhecimento do juiz sejam incontroversos ou evidentes e quando o réu abusar do seu direito de defesa de forma

abusiva, com o intuito de protelar o desenvolvimento regular do processo (MARINONI, 2017, p. 276).

Define o art. 311, *caput*, CPC que a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo e suas hipóteses de concessão estão descritas nos incisos I a IV.

A previsão constante em seu inciso I, de cunho punitivo, visa combater o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, agindo como sanção para aquele que age de má-fé (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 703).

O inciso II, art. 311, CPC consiste na hipótese de que alegações de fato comprovadas apenas documental que se apresentarem conjuntamente à tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, devem ser concedidas em caráter provisório com base na evidência do direito requerido.

A regra do inciso III, art. 311, CPC trata de pedido reipersecutório (obrigação de dar) fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa. Refere-se a prova documental com finalidade específica, qual seja, entregar o bem protegido por contrato de depósito.

Dispõe o inciso IV, art. 311, CPC, que a tutela de evidência será concedida quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Oposto aos incisos I e IV, do art. 311, do Novo CPC, os quais exigem, necessariamente, uma ação da parte demanda, os incisos II e III não reivindicam conduta do réu, em consequência disso o parágrafo único deste artigo admite que o juiz poderá decidir *inaudita altera pars*. Registre-se, todavia, que Luiz Guilherme Marinoni (2017, 338-340) aponta para uma eventual inconstitucionalidade do parágrafo único, art. 311, CPC.

Entendemos que, ao obter a proteção jurisdicional pelas razões que ensejam a tutela de evidência, o requerente sempre terá a imediata entrega do pedido nuclear. Por isto, que a natureza, sempre satisfativa, dessa modalidade de tutela provisória

garante condições para manutenção dos efeitos da decisão concessória em caso de inércia do réu, o qual se desincumbiu do seu direito pleitear a interrupção da decisão.

Paulo Henrique dos Santos Lucon (2016, p. 251) ao se pronunciar sobre as possibilidades de estabilização, defende que:

Apesar da ausência de norma explícita, a regra da estabilização da tutela tem nítido caráter geral e expansivo, ou seja, a estabilidade dos efeitos poderá atingir provimentos de tutela antecipada ou da evidência deferidos incidentalmente, uma vez que representam a concessão total ou parcial dos efeitos do provimento final. O atributo da estabilidade deve, nesses casos, prevalecer e somente não se sustentará no caso de superveniente decisão, em cognição mais profunda, reconhecendo que a tutela não se sustenta. Como não há diferença ontológica entre a tutela preparatória e a incidental, exatamente por se referirem ao mérito da controvérsia, a estabilização justifica-se para a tutela antecipada e da evidência, seja ela requerida em caráter preparatório ou incidental.

Desse modo, independente de alterações no CPC/2015, os juízes e tribunais deveriam expandir os efeitos da estabilidade à proteção requerida com finalidade de satisfazer uma pretensão, seja baseada em urgência ou evidência, seja em momento antecedente ou incidental.

Na aceção de Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 512-513) as razões que levaram o órgão legiferante a criar a estabilização da tutela antecipada aplicam-se às tutelas de evidência, ao menos no que corresponde aos incisos II e III, art. 311, CPC; em face ao pedido incidental, se concedido "*inaudita altera pars*, parece realmente viável a estabilização nos termos do *caput* do art. 304 do Novo CPC, porque apesar de nesse caso já existir o processo principal, há uma nítida proximidade com a concessão antecedente".

Da apreciação das tutelas pleiteadas em caráter antecedente ou incidental não advém requisitos que criem obstáculos à

estabilização de ambas. “Assim, não haveria lógica em uma delas ser suscetível de estabilização e a outra não” (ASSIS, 2016, p. 40).

Não obstante o entendimento acima, os autores concordam que a aplicação exige mudança expressa no Código Processual Civil, não sendo a interpretação extensiva capaz de conferir outras formas de estabilidade às tutelas provisórias.

A tutela provisória, como dito, objetiva reduzir os efeitos do tempo na efetividade da prestação jurisdicional e garantir o resultado útil do processo. A estabilização dos efeitos da proteção concedida por natureza satisfativa garante que o requerente não terá seu direito afastado pela inércia do réu.

É incoerente, tratando-se a falta de impugnação do réu de pressuposto para estabilização, não conferir à mesma força para a manifestação que tenha natureza iminentemente protelatória, como o único objetivo de frustrar a regularidade da demanda.

De igual modo, apresentadas alegações comprovadas documentalmente baseadas em precedentes obrigatórios, bem como na prova documental adequada do contrato de depósito, não havendo oposição contra a tutela provisória, demonstra-se infundada a opção por não conceder estabilidade caso tenha demonstrado o direito evidente.

O autor que apresenta petição inicial com prova documental suficiente dos fatos que constituem seu direito, a qual o réu não consiga opor prova capaz de gerar dúvida minimamente razoável e tendo cessado os efeitos da tutela concedida arcaria com um ônus que não é seu.

São todas hipóteses nas quais autor do pedido de tutela provisória demonstrou a evidência, obteve o direito pleiteado de modo satisfativo e o réu ficou inerte, abusou do seu direito de defesa, apresentou conduta protelatória, ou por não conseguir objetar de modo razoável o direito autoral e pela atual legislação terá cessado os efeitos da tutela concedida, devendo, o juiz, obedecer os procedimentos previstos no art. 304, do Código de Processo Civil de 2015, para estabilizar os efeitos da tutela provisória de evidência.

Seria inviável que ao autor recaíssem os ônus gerados pela falta de impugnação do réu. Além disso, a decisão que concede

tutela provisória satisfativa entrega imediatamente o bem pretendido pelo autor, o qual, diante da inércia do demandado, terá os efeitos dessa decisão estabilizados.

Não se pode falar com isso que o réu perderá seu direito de questionar a decisão. O art. 304, §§ 2º e 5º, CPC preveem que qualquer das partes poderá demandar a outra, no prazo de dois anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. Mas, a tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de revisão (art. 304, § 3º, CPC).

A estabilização dos efeitos da decisão garante maior segurança a quem a obteve, pois, para que ocorra a modificação de seus efeitos, deverá haver nova decisão a qual dependerá de análise do mérito, não sendo apenas mero inconformismo do réu que fará com que o processo tenha prosseguimento e seja afetado pela morosidade do Poder Judiciário.

5 CONCLUSÕES

Discordamos da opção do legislador em não atribuir os efeitos da estabilidade às tutelas provisórias de urgência satisfativas incidentais, como também às tutelas provisórias de evidência. Acreditamos que o momento do pedido provisório satisfativo – antecedente ou contemporâneo ao principal –, não deve ser fundamento determinante para a estabilização.

Em casos de evidência, a própria natureza, sempre satisfativa, não criaria óbice para manutenção de seus efeitos. É uma limitação que vai de encontro ao que objetiva as tutelas provisórias antecipadas, promover a real efetividade da prestação jurisdicional e a diminuição dos efeitos do tempo no resultado do processo.

Propõe-se, portanto, que em futuro projeto de lei, haja a modificação do art. 304, *caput*, CPC, com a ampliação das hipóteses de estabilização da tutela provisória, abarcando as tutelas provisórias de urgência e de evidência concedidas com naturezas satisfativas incidentais, observadas as suas particularidades procedimentais.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. 17.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ASSIS, Carlos Augusto de; BUENO, Cassio Scarpinella et al. (Coord.). **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016. [e-book].

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARMONA, Carlos Alberto et al. (Coord.). **O novo código de processo civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015. [e-book].

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**, volume II. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [e-book].

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho; BUENO, Cassio Scarpinella et al. (Coord.). **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016. [e-book].

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BUENO, Cassio Scarpinella et al. (Coord.). **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos**

de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. [e-book].

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016**. 3.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, volume 2 [livro eletrônico]**: cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

***O CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL E A VALORAÇÃO DA
EFETIVIDADE: A ATIVIDADE
JURISDICIONAL COMO DIREITO
FUNDAMENTAL E COMO
MECANISMO DE OBTENÇÃO E
CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS***

Pedro Gerônimo Alves da Silva

Graduado em Direito e Pós-graduando em Direito Constitucional e
Administrativo pelo Centro Universitário Tiradentes - UNIT; Aluno especial do
Mestrado em Sociologia da Universidade Federal de Alagoas - UFAL.

pedro.alves.geronimo@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Embora grande parte dos indivíduos sujeitos de direito não saibam o que de fato é Jurisdição ou qual definição dar a tal palavra, a maioria deles se submete de alguma forma aos poderes dela decorrentes.

Todos os anos milhões de brasileiros ingressam com ações no Poder Judiciário a fim de fazer valer os seus direitos ou contestar o direito de outrem, ou ainda buscar respostas e soluções para alguns conflitos. De acordo com pesquisa divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça até o início do ano de 2014 o estoque de processos ativos no Poder Judiciário chegava a marca de 70,8 milhões de processos. Cada vez que uma ação judicial é protocolizada nos Fóruns do Brasil ou nos sistemas on-line de processo judicial eletrônico, as partes que compõem a lide, ou quando não há lide estão se submetendo a uma jurisdição.

Com a grande facilidade de acesso à informação dos dias atuais o número de pessoas que recorrem ao Judiciário tem crescido a cada ano. O grande dilema é que juntamente com o crescimento do acesso ao Judiciário tem crescido a insatisfação de quem busca Justiça, efetivação de direitos, implementação de garantias constitucionais e soluções de conflitos por meio de uma ação judicial.

Não bastasse a demora em responder, há a ineficácia e ineficiência da resposta, fazendo com que indivíduos esperem anos por uma resposta que muitas vezes não estará apta a produzir efeito capaz de pôr fim ao problema ou indicar uma solução. Contudo, há de se considerar que o Poder Judiciário nem de longe é a tábua de salvação da humanidade, não tem a função de resolver os problemas do mundo e não é esse o comportamento que dele se espera.

O direito processual e os demais ramos do Direito brasileiro foram bastante marcados pela promulgação da Constituição Federal de 1988 e acabaram passando por um processo de constitucionalização. A Constituição, além de ter estabelecido normativamente a democracia no Brasil, trouxe em seu escopo um rol extenso de direitos e garantias fundamentais destinadas ao indivíduo, nos apresentando premissas e princípios destinados a promover a dig-

nidade da pessoa humana e reduzir as desigualdades. Tudo isso numa realidade social bem diferente da previsão, ainda assim, todas estas garantias geraram expectativas nos cidadãos.

O tempo passou, a maioria dessas garantias não se concretizaram ainda e as expectativas se frustraram. Essa disparidade entre a norma, as garantias e a realidade social estimula a busca ao Poder Judiciário, porque em tese é visto como o Poder que aplica a lei e a torna real.

Em contraposição a Constituição democrática de 1988 tínhamos, até pouco tempo, um Código de Processo Civil de 1973, promulgado durante a ditadura militar, que teve de passar por algumas reformas na tentativa de se adequar as premissas constitucionais, no entanto tais reformas não foram suficientes e, após alguns anos, estudo e debate tivemos uma grande reforma no âmbito processual em nosso ordenamento jurídico, um Código de Processo Civil quase que inteiramente novo, que se encontra vigente há pouco mais de um ano e sendo debatido por um considerável lapso temporal, vem sofrendo críticas e até resistência em sua integral aplicação por conta nos novos rumos processuais que apresenta, bem como dos deveres de cooperação que estabelece.

O Código, novo até então, nasceu com a difícil missão de amenizar as crises citadas, estabelecendo um novo paradigma para a função jurisdicional com o direcionamento das normas processuais para uma convergência com as normas constitucionais a fim de tornar o processo um meio para a concretização de direitos onde as garantias e direitos fundamentais sejam preservadas, já que a própria jurisdição é um direito fundamental.

O Código trouxe em suas normas a necessidade de superação do que é velho, superação da ideia de protagonismo e das arbitrariedades dos julgamentos mecânicos pautados em interpretações pouco analíticas e pouco conectadas com ordenamento, ao apresentar uma nova teoria normativa, pelo menos no Brasil, de cooperatividade processual e primazia da análise de mérito, numa estrutura que visa dar maior efetividade aos direitos.

O presente artigo se propõe justamente a discorrer sobre os principais aspectos da Jurisdição e apresentar os fundamen-

tos que a caracterizam como direito fundamental, apta a permitir a concretização de outros direitos fundamentais, sob um olhar específico do Direito como produto cultural legalizado destinado a cumprir uma função social de oferecer aos cidadãos, em seu conceito mais amplo, uma prestação jurisdicional revestida de efetividade com decisões onde se possa vislumbrar a materialização dos resultados dela esperados com um processo democrático com a finalidade de produzir uma sensação de segurança jurídica, partindo da premissa que as normas do Código de Processo Civil pretendem dar a atividade processual um outro caráter com a finalidade de colaborar para a efetividade dos direitos e resgate da segurança jurídica.

2 A JURISDIÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição da República Federativa do Brasil elenca em seu artigo 5º parte do que conhecemos como Direitos Fundamentais. Nesse rol temos o direito a prestação jurisdicional disposto no inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Por estar previsto num rol taxativo, conseqüentemente o direito a prestação jurisdicional recebe o status de direito fundamental. “No entanto, tal previsão não é suficiente para a compreensão de tal direito como algo necessário e fundamental ao indivíduo. Não é a simples previsão legal num rol taxativo que faz de um direito algo fundamental ou não”. (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 81-83).

Os direitos fundamentais são direitos que ocupam um patamar diferente num ordenamento jurídico, geralmente estão prescritos no diploma legal de maior hierarquia entre os demais adotados. No Brasil, são direitos prescritos, em sua maioria, na Constituição Federal, não apenas em um rol específico, assim estão em consonância com os princípios norteadores do ordenamento e trazem em si uma carga de obrigatoriedade de cumprimento diante de sua característica de essencialidade, o que faz

com que a concretização de direitos dessa natureza seja uma das principais tarefas do Estado.

A qualidade de fundamental desses direitos indica que eles estão para além de uma ordem normativa constitucional e mais relacionados à condição humana. A história nos descreve que os direitos fundamentais decorrem dos ideais da Revolução Francesa de 1789 e tem a finalidade de proporcionar às pessoas comandos capazes de lhes garantir liberdade e igualdade, visando o respeito ao ser humano e implementação da paz social.

Não é à toa que hoje podemos enxergar que de alguma forma o conteúdo normativo e principiológico dos direitos fundamentais se constituem verdadeiros parâmetros para as ações do Estado por meio de seus poderes, executivo, legislativo e judiciário, inclusive como forma de controle das ações e como um indicativo, finalidade das decisões que do Estado emanam.

Nos estudos de José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 355) a conclusão é que os direitos fundamentais são:

[...] normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias dotados de aplicabilidade direta (o que não significa ser a mediação legislativa, desnecessária ou irrelevante), então é porque os direitos por ela reconhecidos são dotados de uma densidade normativa suficiente para serem feitos valores na ausência de lei ou mesmo contra a lei. Trata-se, porém, de uma das dimensões materiais dos direitos, liberdades e garantias, e não de um critério único e exclusivo.

Na teoria de Canotilho (1999, p. 407), os direitos fundamentais podem ser direitos de defesa e direitos de prestação. No primeiro caso, o Estado deve estar distante, não devendo interferir no exercício e fruição desses direitos, permitindo que a liberdade e a vida privada sejam preservadas, no segundo caso, a concretização do direito dependeria da atuação do Estado por meio da implementação dos direitos

Quando se trata de dar uma definição aos direitos fundamentais encontraremos diversos pensamentos e algumas

nomenclaturas diferentes que são usadas como sinônimo a exemplo, direito dos homens, direitos naturais, direitos do cidadão e até de direitos humanos, numa forma de associação direta a uma ordem internacional para os direitos fundamentais. O que podemos considerar comum a maior parte das teses sobre direitos fundamentais é que todas os consideram como direitos intrínsecos ao ser humano, garantias que fazem parte da essência do homem, por conseguinte, necessárias à condição humana digna.

Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 31), num estudo mais contemporâneo prefere se dedicar a tratar dos direitos sociais fundamentais e defendê-los como direitos naturais do homem, realmente essenciais e que requisitam eficácia, de previsão legislativa necessária, porém não sendo algo apenas de matiz constitucional. O Jurista faz uma distinção simplificada, no entanto precisa e direta, entre direitos humanos, que seriam direitos de ordem internacional, de uma esfera mais ampla e previstos em acordos e tratados internacionais, e direitos fundamentais, que seriam direitos humanos, mas de ordem local, positivado em determinado ordenamento e referente aquele território.

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Sarlet defende os direitos sociais fundamentais e destaca bem a necessidade de eficácia e efetividade desses direitos, reconhecendo, de certa forma, a crise em que vive o Estado que se coloca como Social. O que se consegue perceber é que há o reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos do ser humano e a característica de essencialidade está ligada a este reconhecimento, bem como a positivação e previsão desses direitos num patamar constitucional no ordenamento está ligada a obrigatoriedade do Estado que os estabeleceu em cumpri-los, seja por meio de sua não interferência, seja por meio de sua atuação.

Em meio a esse rol de direitos do ser humano, essenciais, e de efetivação e concretização necessária, como já mencionado, temos a prestação de tutela jurisdicional, a jurisdição, como sendo um direito fundamental social. A jurisdição assume assim um caráter de indispensabilidade para o indivíduo como um direito que necessita da atuação do Estado para concretização, sendo uma prestação obrigatória.

A jurisdição como direito fundamental implica em uma série de outras obrigações ao próprio Estado que deve prestá-la através do Poder Judiciário. O empenho em efetivar os demais direitos sociais fundamentais é uma dessas obrigações. A Constituição Federal Brasileira, vigente atualmente e promulgada em 1988 está fincada no Estado Democrático de Direito e o objetivo máximo de todas normas de seu ordenamento não é outro senão a implementação dos direitos fundamentais, objetivo este avocado para si pelo Estado por meio de seu próprio ordenamento. Quando um Estado prevê em sua Constituição num rol de direitos fundamentais que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”, está afirmando que é o acesso ao Judiciário (entenda-se acesso ao Judiciário como acesso à Justiça) deve ser livre e facilitado para que todo e qualquer indivíduo sujeito às normas do ordenamento daquele Estado possam reivindicar a atuação do Estado em dizer o sentido das normas e garantir a sua fruição, o exercício e a implementação dos direitos fundamentais (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 83-91).

Parece-nos óbvio uma norma que centralize no Estado o controle e resolução sobre as diversas relações e confrontos entre direitos, para preterir a utilização da autotutela ou a criação de Tribunais de exceção ser tratada no ordenamento como sendo fundamental. No entanto, a compreensão deve ir além de apenas preterir a autotutela, ou centralizar em si a produção do Direito e sua aplicação, visando efetividade.

A previsão é também para garantir que toda e qualquer lesão a direito será analisada e protegida seja ela de natureza pública ou privada, individual ou coletiva, é vedada a criação de leis que restrinjam esse direito. A relevância de tudo isso está no fato de que as Constituições brasileiras anteriores a 1988, embora já garantissem a tutela jurisdicional, restringiam essa tutela às relações privadas e excluam da apreciação do Judiciário as causas relacionadas ao próprio Estado, à Administração Pública (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 83-91)

Com essa previsão da Constituição o acesso ao Judiciário se tornou o mais amplo possível e o direito do indivíduo de buscar a defesa e proteção de seus direitos por meio do Judiciário se revestiu de uma força maior.

Vive-se uma busca incansável pela concretização e efetivação de direitos, principalmente os taxados como fundamentais, o que ocorre é que em alguns casos o próprio Estado, em suas mais diversas representações, que seria o principal agente interessado na concretização e efetivação dos direitos fundamentais por ser uma tarefa por ele assumida, acaba por ferir alguns desses direitos, atrapalhar e interferir em sua fruição, ou, tendo possibilidade, deixa de implementá-los, constituindo uma lesão a direito.

A tutela jurisdicional como direito fundamental é uma garantia aos indivíduos de que seus direitos, garantidos nas normas do ordenamento jurídico, não serão lesados e ainda que lesados serão apreciados e reparados se constatada a lesão. É a manifestação de um dever do próprio Estado quanto a sua posição de produtor e garantidor de direitos e sua função jurisdicional que o impõe a obrigação de pôr à disposição do povo os meios necessários a proteção de seus direitos, mesmo que não os garanta, por meio de

ações judiciais ingressas no Poder Judiciário para que recebam por uma decisão judicial uma resposta, que pode ou não ser satisfatória, mas que independente de ser satisfatória deve ser segura e efetiva, para que como um direito fundamental a tutela jurisdicional tenha credibilidade (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 83-91).

Todavia, em virtude das diversas omissões do Estado quanto a busca de mecanismos de concretização dos direitos, a sociedade tem vivido um período de descrédito nas normas jurídicas que são constantemente desobedecidas e ignoradas, inclusive por quem as cria, as aprova e as impõe, o que tem ocasionado lesões a direitos.

Somemos a isso, que não é o Estado o único que acaba por lesar e inobservar as normas que cria, os indivíduos também descumprem preceitos legais e entram em conflito por ameaças e/ou lesões. Como resultado temos uma demanda cada vez mais crescente pela tutela jurisdicional e uma sociedade que a cada dia acredita menos no Direito, o vendo como algo que não funciona tão bem assim e ainda mais num momento em que cresce constantemente o número de normas e atos normativos no ordenamento jurídico, por sua vez, estas pouco eficientes e muitas vezes até inaplicável no plano real.

São tantas normas, que acabam se chocando por às vezes tratarem do mesmo assunto, gerando dúvida até em juristas, sobre qual norma aplicar e acabamos por encontrar divergências, ineficiência e conseqüente instabilidade das decisões e ineficiência de serviço de um judiciário que não consegue lidar com a quantidade de demandas que tem, refletindo tudo isso num processo civil ineficaz.

A Jurisdição além de ser um direito fundamental acaba por se constituir um meio de se buscar garantir aplicabilidade e eficácia dos demais direitos fundamentais, esbarrando num problema que não é estritamente jurídico e vai além das possibilidades do Poder Judiciário, estando mais relacionado a falta e necessidade de um maior comprometimento de atuação do Estado com a criação e apresentação de um caminho para efetivação desses direitos, bem como não interferência em pontos que não o in-

teressaria, pois são da esfera da liberdade e individualidade da vida privada sob o risco de sobrecarga ainda maior de garantias que nos tem levado a uma crise não econômica neste ponto, mas de efetividade e segurança.

3 SEGURANÇA JURÍDICA: DEFEITO NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O conceito de segurança jurídica comporta amplitude e extensão para além da interpretação do disposto nos incisos supracitados. É preciso entender e olhar para o Direito como algo que deve estar voltado, em diversos aspectos, a proporcionar segurança e estabilidade à sociedade. Para o bom funcionamento do Judiciário e fruição dos direitos, seus destinatários precisam olhar com credibilidade para a prestação jurisdicional. Tal estabilidade pode ser proporcionada por meio de mecanismos processuais destinados a garantir a efetividade das decisões judiciais, da tutela jurisdicional, todavia no estágio atual do sistema jurídico brasileiro é possível notar que tais mecanismos eram inexistentes até pouco tempo, e hoje, embora existentes, não têm funcionado adequadamente, ou, sequer tem sido utilizados (THEODORO JR et al., 2015, p. 19-36).

Ao pensar sobre segurança jurídica, eficácia de direitos, efetividade de decisões e concretização de direitos fundamentais, é importante que tenhamos em mente que o Poder Judiciário, como dito, não é a última tábua de salvação da humanidade, que vai resolver todos os problemas do Direito e tornar real a efetividade, ou que a Jurisdição será exercida de forma a prolar decisões sempre coerentes de forma totalmente unificada (THEODORO JR et al., 2015, p. 19-36).

Devemos pensar que de forma idêntica a previsão de inúmeros direitos no ordenamento de um país que não se empenha em implantar meios necessários à efetivação desses direitos, que em sua maioria são previstos no texto constitucional, contribui para a falta de credibilidade que se tem nas normas jurídicas, so-

brecarrega o Judiciário e acaba por desvalorizar a Constituição e o ordenamento jurídico como um todo, ao colaborar para a construção do pensamento de que os direitos não passam de um texto que chamam de lei (THEODORO JR et al., 2015, p. 19-36).

São diversas garantias constitucionalizadas, porém, o que se pode vislumbrar é uma grande omissão em buscar meios de efetivar esses tantos direitos. Obviamente que se faz necessário a consciência de que diversos direitos previstos no ordenamento não são direitos de concretização ou implementação imediata, alguns direitos precisam de tempo para a sua construção e concretização, muitas vezes dependem da efetividade de outros direitos e terão uma implementação progressiva. O problema é que, além de boa parte da sociedade não ter essa ideia de implementação e satisfação progressiva do direito bem clara, estamos vivenciando uma realidade em que os direitos estão limitados a normatividade (THEODORO JR et al., 2015, p. 19-36).

O Judiciário, por meio do processo, surge nesse dilema como um meio viável de se buscar usufruir de alguns direitos que não foram ainda completamente implementados no mundo real, não romperam a barreira da normatividade, mas estão garantidos e nos casos em que é possível, sendo só possível usufruir de um direito por meio de uma decisão judicial.

No Brasil pela grande quantidade de leis, de normas e de garantias previstas para os cidadãos, muitos dos anseios da sociedade estão voltados e direcionados para a figura do Estado e pela divisão de poderes aqui adotada o Poder Judiciário se coloca na posição do poder que pode julgar e exercer algum tipo de autoridade sobre os demais e sobre a vida das pessoas, poder este garantido e previsto no ordenamento jurídico, por este motivo, muitos o enxergam como um meio para garantir outros direitos e têm que lidar com a frustração quando essa garantia não acontece.

Porém há de se considerar que, embora o Judiciário de fato seja um meio de buscar concretizar alguns direitos e usufruí-los, existem limitações ao poder de jurisdição do Judiciário. O ordenamento brasileiro adora a tripartição de poderes, consequentemente a repartição de competências o que restringe a atuação

do Judiciário em alguns casos e, não poderia ser diferente numa democracia, ou teríamos o contrassenso de Poder tirânico.

O objeto da segurança jurídica não é outro senão a estabilidade e, falar de estabilidade é falar de previsibilidade o que não significa certeza, algo previsível é algo que se pode pressupor, antever, não algo absolutamente certo, seria contraditório à essência do Direito se segurança jurídica estivesse relacionada a certeza em termos absolutos, pois, faz parte da lógica do Direito, enquanto ciência, que este seja passível de mudanças e adaptações de acordo com necessidades reais dos casos concretos, devendo-se ainda observar, as alterações no comportamento social e as peculiaridades de cada caso.

A segurança jurídica consiste em permitir a previsibilidade do direito e resguardar a confiança que têm os indivíduos no Direito e na Justiça. O papel de zelar pela segurança não é apenas no Judiciário, mas um trabalho em conjunto com o Poder Legislativo, pois um dos meios viáveis para solução e/ou amenização do problema é um processo legislativo que valoriza a precisão e a criação de leis que sejam claras e de expressão coerente e certa a ponto de não permitir uma infinidade de interpretações.

Atrelado ao trabalho de um Judiciário que aplica a lei com base em critérios objetivos e prima pela análise do mérito dos casos, ainda, onde casos semelhantes recebem tratamento e soluções semelhantes desde que adequadas, de maneira a se chegar a efetividade, num processo que seja célere, que respeite a legalidade e os ditames processuais e constitucionais, ou no mínimo tempestivo capaz de uma aplicação efetiva do direito, pois, “um processo devidamente legal de nada serve se não for capaz de solucionar o problema” (THEODORO JR et al., 2015, p. 19-36).

É importante destacar que neste ponto deve haver equilíbrio quanto aos critérios, principalmente pelo Poder Judiciário, que é o nosso foco, isso porque garantias e direitos fundamentais não devem ser ignorados e violados em nome da celeridade e previsibilidade, do mesmo modo não se deve utilizar dessa justificativa para legitimar disparidades na interpretação e aplicação da lei, do Direito, por isso a necessidade de um equilíbrio.

O tema da segurança jurídica deve ser bastante valorizado porque não é algo de interesse apenas do Poder Judiciário, ou do Poder Legislativo, é um tema de interesse do Estado em suas diversas formas, não há Governo com êxito num país onde o que impera é a insegurança jurídica, que não está relacionada apenas às disparidades das decisões judiciais, mas às normas ineficientes e obsoletas.

Todavia deve-se reconhecer que o processo judicial é a representação da interpretação e aplicação das normas. O processo deve ser visto como o último estágio a que se pode recorrer para a aplicação e concretização do direito, se o litígio é resolvido entre as partes, ou o direito se concretizou com a utilização de outros meios, o processo judicial é dispensável, logo, o que se espera é que este se manifeste, por meio da atividade jurisdicional, de forma clara, previsível, segura e que caminhe para a efetividade.

Claro que devem ser respeitados os limites da previsibilidade e certeza. Como já reconhecido, é da natureza do Direito certa imprevisibilidade e incerteza até para que se possa de fato adaptar a interpretação à solução necessária. Muito embora não se possa tratar de previsão e certeza é preciso reconhecer que para o fortalecimento da segurança jurídica a imprevisibilidade e incerteza devem ser cada vez mais amenizadas e determinados limites devem ser respeitados.

As consequências de uma má prestação jurisdicional se refletem nas mais diversas áreas e aspectos da sociedade, influenciando as relações humanas e econômicas.

Nesse sentido, inúmeras reformas processuais já vinham ocorrendo desde 2004, culminando por último na elaboração de um Novo Código de Processo Civil, este por sua vez apresenta um conteúdo de normas destinadas a solucionar ou no mínimo amenizar o problema da insegurança jurídica e da ineficiência do Judiciário, estabelecendo alguns novos rumos para a jurisdição e mecanismos de organização e relação processual diferentes do estamos acostumados, bem como meios de aceleração dos processos, priorizando sempre a busca por efetividade e não por simplesmente celeridade, seus fundamentos básicos estão na

democracia, cooperatividade e valorização da análise de mérito, para uma aplicação não mecânica do Direito.

4 O CODÍGO DE PROCESSO CIVIL E A PREOCUPAÇÃO COM A EFETIVIDADE

Segundo palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal dispostas no Anteprojeto do Código de Processo Civil atual, Luiz Fux, então presidente da Comissão de juristas responsáveis pela elaboração do Código, “o grande desafio da comissão ao elaborar o texto do código é resgatar a crença no judiciário, é tornar realidade a promessa constitucional de uma justa pronta e célere” (BRASIL, 2010, p. 7). Tais palavras confirmam a preocupação e intenção do Novo Código em resgatar a credibilidade no Judiciário e a segurança jurídica. A exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil descreve expressamente a relação que tem as disposições com a efetividade das decisões e a segurança jurídica, já em seu primeiro parágrafo, ao reconhecer que:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 2010, p. 11).

De tantas justificativas que se possa encontrar para uma reforma mais expressiva no processo civil o trecho acima traz a justificativa que sintetiza todas as outras, a harmonização do processo com as garantias constitucionais e com todos os princípios abarcados na Constituição.

Com a promulgação da Constituição em 1988 e os ideais do neoconstitucionalismo, que começou a ser uma teoria adotada e seguida por muitos juristas, iniciou-se a defesa de um processo que tivesse uma sintonia maior com a Constituição Federal, pois o processo passou a ser também um meio de garantir de direitos

fundamentais e a ser um direito fundamental como manifestação da tutela jurisdicional.

Os novos rumos da Jurisdição, trazidos com o código atual são rumos que visam conduzir a efetividade dos direitos por meio da busca de uma sintonia do processo civil com a Constituição, da simplificação do sistema processual, no sentido de tornar o sistema mais claro, coeso e compreensível, focado num bom rendimento, com decisões claras, com critérios bem especificados e onde aplicação do Direito seja real e concretizável.

4.1 O PROCESSO COOPERATIVO COMO MECANISMO DE EFETIVIDADE PROCESSUAL E A VALORIZAÇÃO DO PROCEDENTE COMO MECANISMO DE ESTABILIZAÇÃO E RENOVAÇÃO DA SEGURANÇA

O código atual nos apresentou em suas normas um modelo de processo diferente do que vinha sendo adotado no Brasil pelo Código de 1973. Podemos identificar pelo menos três modelos de organização processual, o modelo inquisitivo, adversarial e um terceiro modelo, o cooperativo.

O modelo inquisitivo apresenta uma ideia de processo como sendo algo de caráter extremamente público, onde o órgão jurisdicional e o juiz assumem o papel de protagonista da atividade processual, o papel das partes é subsidiário, atuam como informantes do juízo e, em regra, não podem se negar a colaborar com o processo mesmo que tal colaboração resulte em prejuízo para a parte que colaborou. Este modelo não se articula com a predominância das partes na condução do processo, esse tipo de processo pressupõe uma maior quantidade de poderes e iniciativa ao magistrado, permitindo inclusive que em alguns casos a flexibilização da norma jurídica podendo-a afastar para que se alcance o resultado desejável.

No modelo adversarial as partes já têm mais participatividade e conduzem de uma forma mais atuante e livre, com menos intervenção do órgão jurisdicional, do juiz. A forma assumida pelo processo é a de uma disputa, as partes se colocam como adversá-

rias e ambas buscam o êxito enquanto o órgão jurisdicional assume uma função mais passiva (DIDIERJUNIOR, 2010, p. 73-77).

A análise de qualquer desses modelos processuais passa pela observação e é marcada pelo posicionamento que os sujeitos processuais assumem durante o processo e as tarefas atribuídas a cada um. Ambos os modelos tratados têm distinções bem claras quanto a figura principal do processo, trazem uma ideia de protagonismo, no inquisitivo o protagonismo das partes, no adversarial o protagonismo do órgão jurisdicional (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 73-77).

O modelo de processo cooperativo pretende estabelecer um trabalho de cooperação entre todos os sujeitos processuais, partes e órgão jurisdicional, onde a finalidade comum de todos é tornar o processo mais eficaz, as garantias constitucionais sejam respeitadas, seja apto a produzir uma decisão justa e de efetivação possível o que também é capaz de tornar o judiciário um ambiente mais seguro.

Humberto Theodoro e outros autores (2015, p. 70) tratam desse meio cooperativo como condutor de uma “comunidade de trabalho, na qual todos os sujeitos processuais devem atuar em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação.” Isso não significa acreditar que como comunidade trabalho onde as partes desempenham atividades com a finalidade de construir uma decisão judicial mais adequada a adversariedade existente ali será esquecida e um litígio deixará de existir. Evidente que um ambiente processual de cooperação não está necessariamente relacionado a um ambiente de solidariedade onde as partes envolvidas buscarão sempre o resultado mais coerente com o ordenamento jurídico, não é esse objetivo de solidariedade processual que pretende um modelo cooperativo.

As partes geralmente estão numa lide e ambas almejam o êxito, no entanto apenas uma delas o alcança e os magistrados na maioria dos casos estão bem interessados em decidir e encerrar o processo sem se importarem com os meios e forma com que foram construídos os meios que o levaram a uma decisão, nem se esta decisão resolve de fato a lide, se de fato pode ser concretiza-

da, ou se apenas põe termo ao processo. A proposta da cooperatividade é justamente a construção de um ambiente democrático, de diálogo e “objetivamente vinculado a boa fé” (THEODORO JR et al., 2015, p. 70).

O modelo cooperativo impõe uma nova forma de distribuição das tarefas a serem realizadas pelas partes e pelo Juiz no ambiente processual. Essa comunidade de trabalho, a que se refere Humberto Theodoro e Dierle Nunes, deve ser capaz de admitir uma distribuição de tarefas onde o Juiz não é uma figura excessivamente inerte, nem assume uma postura inquisitorial de se sobrepor às partes, mas é uma figura atuante na condução do processo que está acompanhada de partes se comportam de forma ativa, como colaboradoras reais na construção dos elementos processuais que visam um bom resultado para o processo, em tempo razoável, para que seja possível vislumbrar um resultado justo.

A velha ideia de protagonismo não tem espaço num modelo cooperativo. O centro do processo não cabe nem as partes, nem ao juiz, mas à simetria constitucional e o respeito ao seu conteúdo normativo e principiológico. O modelo que a apresenta um certo protagonismo judicial, onde as partes se colocam como dependente excessivas de provimento judicial, dá lugar a um modelo onde determinados poderes do juiz referentes a condução do processo são preservados, mesmo porque a ideia da cooperatividade não está relacionada a desvalorização de papéis, diminuição da atividade ou perda de poderes, mas de trabalho conjunto, onde as partes passam a ter deveres de colaboração com juiz e este com as partes.

A imagem que temos de uma sala de audiência onde o juiz está no centro em posição literalmente superior, o promotor de justiça ao lado em posição literalmente inferior ao do juiz e as partes estão a frente de ambos em posição inferior é capaz retratar a realidade processual que vivia e ainda vive, o processo civil brasileiro, onde embora valorize-se a autonomia das partes na promoção da ação e delimitação do objeto a ser discutido, o juiz está sempre em posição superior de aplicador do Direito e as partes acabam por se tornar dependentes excessivas do pro-

vimento judicial para atos processuais simples, o que acaba por impedir a boa fruição do processo e conseqüentemente afeta o seu resultado.

Numa perspectiva de cooperação, para que o ambiente processual funcione como uma comunidade real de trabalho há de se concordar que deve estar pautado em um diálogo democrático e trabalhar a ideia de policentrismo, dando uma acepção dinâmica ao processo, desconstruindo a imagem retratada no parágrafo anterior e construindo a imagem de um círculo onde todos que formam o círculo têm funções diferentes, interesses diferentes, poderes diferentes, mas têm a noção de que são responsáveis por fazer o círculo girar, como numa ciranda.

É perfeitamente notável que toda a estruturação desse modelo está focada na divisão do trabalho de forma interdependente, uma divisão que estabelece claramente deveres aos sujeitos processuais, insere o juiz no contraditório como agente deste, para que seja possível dar uma nova interpretação ao princípio do contraditório e elevá-lo a outro patamar, dotando-o de maior sentido para que seja uma garantia de influência e não de surpresa, ao passo que deve ser um contributo para a formação do convencimento do juiz sobre o caso, apresentando elementos reais e substanciais para as decisões judiciais, ser parte real da construção de um processo justo e eficaz.

Nessa égide de divisão de trabalho podemos elencar três principais deveres do juiz no processo cooperativo: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de assistência. O dever de esclarecimento (art. 10)¹ consiste “no dever de o tribunal se esclarecer junto às partes quanto às dúvidas que tenha sobre suas alegações” (THEODORO JR et al., 2015, p. 85).

Este esclarecimento visa evitar construções equivocadas quanto aos pedidos e posicionamento das partes sobre questões processuais e/ou pertinentes ao caso e que tais construções de juízo não cheguem a ser exaradas numa decisão judicial, visa ainda evitar indeferimentos desnecessários interfiram no bom

1 Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

andamento processual e decisões injustas sejam proferidas simplesmente pelo fato de não ter, a parte, a oportunidade de esclarecer suas colocações e explicar com clareza questões fundamentais que porventura o juiz precise esclarecer, este dever muito se relaciona com a obrigatoriedade de fundamentação das decisões, pois não é apenas um indutor de esclarecimento de dúvidas e obscuridades relativas as partes, mas um dever de esclarecimento dos próprios argumentos e fundamentos do magistrado ao exarar sua decisão.

O dever de prevenção (art. 321)² consiste no “dever de apontar as deficiências das postulações das partes para que possam ser supridas” (THEODORO JR et al., 2015, p. 87), de forma a evitar que erros quanto à formalidades e expressão, a prevenção deve ocorrer sempre que notadamente “o êxito da ação em a favor de qualquer uma das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo” (SOUSA apud THEODORO JR et al., 2015, p. 87). Já o dever de assistência ou auxílio (art. 6º)³ está relacionado ao dever que o tribunal de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais com a finalidade de amenizar as diferenças existentes entre as partes para estabelecer a igualdade.

Todos estes deveres se cumpridos corroboram para a primazia da análise de mérito (art. 4º)⁴, de forma que não se afaste o princípio da imparcialidade, o juiz por meio do exercício desses deveres não pode preterir uma parte ou outra, os deveres de esclarecimento, prevenção e assistência devem ser destinados a

2 Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

3 Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

4 Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

qualquer parte envolvida no processo observada a necessidade, logo, não há uma parcialidade do juiz ao destinar sua ação (cumprimento de um dever) a uma parte ao invés de outra, a finalidade desses deveres não é ajudar uma ou outra parte do processo, mas contribuir para o processo, para a boa formação do contraditório e construção de um *decisum* coerente e processualmente justo.

Por conseguinte, os deveres destinados ao juiz criam deveres destinados às partes, ao passo que os deveres descritos do juiz só se concretizam com a cooperação das partes que devem estar vinculadas a boa-fé, devendo colaborar para os esclarecimentos solicitados pelo juiz, ou pela parte adversa, dever de comparecer as audiências ou à presença do juiz quando necessário, dever de produzir provas comprometidas com a legalidade e os deveres gerais de urbanidade que se estendem a todo e qualquer sujeito processual.

Não há caráter autoritário nessa divisão de tarefas e distribuição de deveres, há espaço para observância de preceitos e garantias constitucionais que devem conduzir um processo onde partes e juiz estão num patamar isonômico, ou no mínimo, um patamar de equilíbrio (art. 7º)⁵ e são igualmente responsáveis pelo bom andamento processual, no fim, todos querem a produção de efeitos, a concretização do direito, o que expressa de forma clara o caráter democrático desse modelo cooperativo.

Sob tais perspectivas o processo pode ser visto de um outro ângulo onde a finalidade de Justiça é algo muito mais consistente. Com este novo modelo o processo evolui de um conceito de “relação jurídica vista como um mecanismo no qual o Estado-juiz implementa sua posição de superioridade” para um conceito de relação jurídica construída sobre os pilares da democracia, da possibilidade de diálogo, comprometida com a garantia de direitos fundamentais, estabelecendo bloqueios ao comportamento e atuação equivocados dos sujeitos processuais (partes, advogados, juízes etc.), permitindo e incentivando a participação conjunta de todos os envolvidos no processo e a influência de seus

5 Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

argumentos na formação da cognição para a produção dos *decisum* (THEODORO JR et al., 2015, p. 90-91).

O Código de Processo Civil, com sua visão cooperativista para a criação de uma comunidade de trabalho, induz a “uma nova forma de implementação da cognição ao se perceber que um debate bem feito conduz à redução do tempo processual e à formação de decisões mais bem construídas, com a decorrente diminuição da utilização de recursos” (THEODORO JR et al., 2015, p. 95). Onde seja possível:

[...] ao cidadão a sensação de encontrar no “guardião da lei” [o juiz] um verdadeiro interlocutor que aceita a cooperação para a formação da decisão, e não um simples representante do Poder Público que, do alto, emite uma pronúncia vinculante. Em tal sentido, o diálogo garante a democratização do processo e impede que o princípio do iuranovitcuria seja fonte de uma atitude autoritária ou de um instrumento de opressão (tradução livre). (TROCKER apud THEODORO JR. et al., p. 82).

A intenção de tornar o processo um meio efetivo e capaz de dar segurança aos que dele se valham resta explicitada quando analisamos os fundamentos dos Novo Código de Processo Civil. Ainda nesse caminho, nos é apresentada uma nova forma de utilização e valorização dos precedentes, para que seja mais um mecanismo de democratização do processo e colabore para a produção de efeitos e aplicação real do direito, não sendo um mecanismo de aplicação automática apto a resolver sempre o processo.

Lucas Buril Macêdo (2014) apresenta em sua obra uma construção mais aprofundada do conceito de precedente, colocando-o como algo estritamente ligado ao funcionamento dos sistemas jurídicos, sendo também uma fonte normativa que se põe no contexto da coerência e da consistência do debate e das ações. Nos remete a ideia de que a noção de precedentes não é algo exclusivo do Direito e pode ser notável em qualquer área da vida em que seja necessário a justificação racional de uma escolha, como razão prática utilizada para decisões, “um evento passado que serve como

um guia para a ação presente”, essa seria a definição geral de precedente aplicável dentro e fora do âmbito jurídico.

Numa definição básica, mais aproximada do precedente judicial, seria expressa por uma razão na qual “o tratamento anterior do acontecimento X da forma Y constitui uma razão para que os fatos similares a X, caso ocorram, sejam tratados também da forma Y” (MACÊDO, 2014, p. 88). Para tanto, devendo-se considerar fundamentos de igualdade, eficiência e imparcialidade, para que não se confunda outros institutos e seja utilizado de forma equivocada. O precedente enquanto decisão judicial possui grande e inegável aspecto relacional, entre a ação passada, ação presente e só deve ser aplicado quando há casos análogos (MACÊDO, 2014, p. 88-89).

Na análise dos precedentes para que de fato se considerem fundamentos de igualdade, eficiência e imparcialidade, é imprescindível que se considere algumas distinções. O precedente equivale ao ato decisório como um todo e não a parte dele ou ao dispositivo da decisão. Nem toda decisão será um precedente ou terá conteúdo suficiente para tal finalidade e a definição de uma decisão como precedente expressa que entre os casos há similaridade. A formação de um precedente está intimamente relacionada a criação de uma norma jurídica com aptidão para solucionar o caso presente e casos futuros. Essa norma constituída pelo precedente corresponde a decisão como um todo e está relacionada a um processo de criação próprio, não mantendo relação com a norma jurídica preexistente aplicada na decisão (MACÊDO, 2014, p. 90-91).

O problema atual é que na prática ainda há confusão quanto ao conceito de precedente e acaba-se por trabalhar “ementas e enunciados de súmulas como se contivessem a amplitude análoga das leis, sendo aplicadas como comandos gerais e abstratos, quando em verdade, tratam-se de enunciados umbilicalmente ligados aos casos que as produziram” (MACÊDO, 2014, p. 345). Essa utilização promove o desvirtuamento do sistema e deixa de lado a análise de elementos de similaridade e fundamentos de igualdade, eficiência e imparcialidade, ocasionando, por conseguinte a cons-

trução de uma decisão que não se coaduna com as finalidades que tem assumido o processo, nem com os ideais de Justiça.

A proposta é de uma atividade processual dinâmica e não mecânica, discutir sobre os precedentes e a construção de um sistema que se adeque com os novos rumos da atividade jurisdicional, na prática atual, mesmo com tais preceitos explícitos em lei, o que temos é “o posicionamento absolutamente restrito que os Tribunais vêm adotando em relação à recorribilidade das decisões proferidas em consonância com os paradigmas firmados” (MACÊDO, 2014, p. 345).

É notável a preocupação com a necessidade de uniformização de um entendimento, o Direito necessita dessa previsibilidade para que seus destinatários vislumbrem uma coerência na função jurisdicional a que se submetem ou submeterão, no entanto, mais forte e necessário que isso é a garantia de segurança jurídica, que não está restrita a previsibilidade, um direito seguro é aquele que não se interpreta cada dia de um forma, mas é também aquele que se concretiza, que se torna real. Para tanto, antes de chegar a realidade, a efetividade, ao menos por meio de processos, necessita-se de análise de debate, de estudo. É essa conduta que o Código de Processo atual quer promover, a de garantir de fato a apreciação da lesão ou ameaça de lesão a direito, sendo ele preocupado com a atividade jurisdicional lhe estabelecendo novos rumos que a revestem de seu caráter fundamental e como mecanismo de efetivação de outros direitos fundamentais.

Os grandes fundamentos do Código que agora está a nossa disposição e deve ser aplicado, são a cooperatividade processual, a primazia da análise do mérito, a discussão e construção das teses jurídicas com a finalidade de tornar o processo um meio democrático, seguro e que caminha para a efetividade. Logo, para que isso se concretize é preciso olhá-lo de fato como novo e acreditar em seus preceitos, mas não de forma abstrata.

5 CONCLUSÃO

São inúmeros os problemas que distanciam a aplicação do Direito da efetividade, e não são problemas apenas de cunho le-

gislativo, não é uma reforma processual que vai resolver tais problemas, mas a intenção é colaborar para isso e colocar Estado e cidadãos, trabalhando por único fim, a efetividade do direito e a busca por Justiça em suas diversas acepções, assunto a ser tratado numa próxima oportunidade.

Diante da breve análise feita aqui, considerando suas limitações, o que podemos concluir é que de fato passado pouco mais de um ano da vigência do Código de Processo civil, ainda estamos diante do novo, de algo que nos traz novas esperanças e novas diretrizes rumo a um processo mais destinado a cumprir o fim de efetivação dos direitos, trazendo mais tecnicidade e coesão para o processo civil, apresentando um novo comportamento para os sujeitos processuais.

A grande finalidade da análise foi despertar a necessidade de estudos sobre o tema com a finalidade de aprimorar o debate sobre a Jurisdição, sobre a prestação jurisdicional, analisando as premissas do Código de Processo Civil, as suas finalidades e se estas são factíveis. O que se pôde constatar é que nos moldes apresentados a reforma no processo civil, introduzida pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, é capaz de dar novos rumos a Jurisdição e é capaz de transformar o processo judicial num instrumento idôneo e de credibilidade onde seja possível garantir celeridade, uma prestação jurisdicional efetiva e segura, com decisões que embora passíveis de recursos possibilitem ao jurisdicionado acreditar em sua real eficácia. Tudo isso, **se levada adiante e se for de fato aderida pelos juristas, por aqueles que compõem o Poder Judiciário e por nós, indivíduos que nos valeremos de seus preceitos nas ações judiciais.**

Devemos considerar o Direito como um mecanismo social de conteúdo político que está direcionado por uma conduta ética, que prima pelos valores do povo a que se destina e pelas funções e importância que tem. Olhemos para o Direito como esse fenômeno social e político que se manifesta como Lei e a que todos os indivíduos sob determinado território devem respeito e a ele recorrem em busca de um fim maior que é a Justiça.

Assim enxergaremos a Jurisdição numa dimensão maior e extensiva, com caráter extremamente fundamental à sociedade.

É da função jurisdicional a grande tarefa de aplicar o Direito e conduzir o processo e fazer dele um meio democrático, onde há cooperação, por meio da adoção de ações que além de respeitar a Lei assegura a possibilidade de concretização do sentido da norma enquanto Direito e se aproxima do meio termo justo. Garantindo, por conseguinte, que o Direito seja algo longe de abstração.

A Jurisdição e o processo, não podem ser mais analisados sob uma ótica apenas legalista que os coloca como função profissional e instrumento legal, a análise requer o reconhecimento de uma garantia constitucional e da dimensão política que tem a Jurisdição, sendo premissa fundamental da atividade jurisdicional a análise das lesões e das ameaças de lesões apresentadas ao Judiciário em forma de problemas e a consequente necessidade de demonstração de solução. Todo problema levado ao crivo do Judiciário deve ser adequadamente apreciado, uma solução deve ser apresentada. E a ideia básica de que todo cidadão que busca o Judiciário tem seu maior anseio na análise do mérito e não em respostas vazias deve ser sempre lembrada.

Aquela velha concepção de Jurisdição como o ato de dizer a vontade da lei, como declaração de sentido, numa interpretação predominantemente normativa. E de processo como um instrumento legal de cognição, ambiente de adversariedade, jogo de argumentos, contraditório de surpresas, passividade judicial, autoritarismo e de decisões generalizadas fundamentas em precedentes vazios, ou ementas sem sentido, deve ser revogada juntamente com o Código de Processo Civil de 1973, para dar lugar a uma interpretação nova.

Finalmente, destaque-se aqui a intenção em dar ao Direito, como aspectos da Jurisdição e fundamentos de um novo Processo Civil, uma análise como sendo fonte de estabilidade que permite a compreensão de uma intenção de valorização e proteção do indivíduo (humanização) com a utilização de meios políticos e jurídicos, agora manifestos no texto legal, com um ajuste do Direito à democracia, retratando o valor essencial de uma Justiça democrática como princípio e de certa forma positivada, apta a reprovar e reprimir qualquer sistema onde seja possível vislum-

brar comportamentos tendentes a restringir direitos fundamentais e divergentes da Democracia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição** (1982). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Novo código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 2 nov. 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000. p.8. V.II.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 12.ed. Salvador: Juspodivm, 2010. V.1.

MÂCEDO, Lucas Buriel. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

THEODORO JR. et al. **Novo código de processo civil: fundamentos e sistematização**. 2.ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

***A VULNERABILIDADE DAS
PARTES NAS NEGOCIAÇÕES
PROCESSUAIS ATÍPICAS***

Angélica Cristina S. dos Santos

Marizângela Melo Vasconcelos

Assessora da Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de Alagoas; Advogada; Pós-graduanda em Advocacia Pública pela Universidade Cândido Mendes; Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes.
acsaphier@outlook.com

Doutoranda em Direito pela Universidade do Minho; Mestre pela Universidade Federal de Alagoas; Professora Universitária - UNIT/AL;
Servidora Pública Estadual - assessora.
marymalte@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.105 de 2015 que trata do Código de Processo Civil (CPC) desvenda diversos institutos novos. Muitos destes institutos preexistiam no código de 1973, todavia encontravam-se adormecidos, em desuso ou sem eficácia. O código vigente trouxe uma roupagem mais dinamizada, abrilhantando organismos esquecidos que podem colaborar na atividade processual, que passa por uma fase precária, haja vista a enxurrada de processos, tramitando no poder judiciário sem que tenham seus devidos desfechos no tempo adequado.

A dificuldade atual é conceber que pode haver a suscetibilidade da parte no processo e que são necessários mecanismos para equiparar essas partes, de modo que não haja prejuízo a nenhuma delas. O objetivo é demonstrar que assim como a cláusula geral de negociação é passível de várias situações plausíveis ao direito, a vulnerabilidade é manifestada em diversas circunstâncias e que devem ser identificadas pelo juiz que possui o controle de admissibilidade dessas transações.

É mediante a leitura do parágrafo único do art. 190 do CPC, que se busca fundamentos legais para invalidar esse tipo de mácula processual. Assim, será demonstrado, também, que existem indicadores da presunção de vulnerabilidade como ocorre com a técnica. Em que ausência do advogado pressupõe vulnerabilidade, também pontuado neste trabalho.

2 MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO E CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO

Temos, tratando-se de novidade, o comprazimento da inserção da cláusula geral de negociação no CPC de 2015, que são os negócios jurídicos processuais atípicos, assim conhecidos doutrinariamente, localizado no art. 190 e parágrafo único do CDC,

que autoriza amplamente acordos procedimentais pelas partes no processo, sem a necessária dicção legal. Assim, este instituto em meio a sua benesse no encorajamento de colaboração entre os sujeitos no processo com a estima de obter mais acertada manutenção processual, merece dedicação aos elementos encontrados no dispositivo legal que preconiza algumas observações para que estes negócios sejam legítimos.

A compilação processual possui um corpo principiológico expressamente em seus primeiros dispositivos. Logo no art. 6º do CPC, temos que: “todos os sujeitos do processo devem cooperar **entre si** (grifo nosso) *para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”. Como seu próprio nome já remete a reflexão acerca da colaboração processual, este modelo cooperativo de processo, possui a mesma intenção de com participação das partes para a solução condizente ao processo que pregoa o negócio processual.

Deveras, o referido instituto instiga o magistrado instruir o processo, trazendo as partes opinantes a ponderar sobre a melhor saída a ser tomada no litígio e não guarnecê-las de razões para acreditar que um ou outro está prevalecendo nele. Fica evidente que ao revés, este juiz não é apenas ouvinte e julgador, mas deve incitar as partes a dialogarem e construir em conjunto o encerramento do processo (MAZOLA, 2015). Letícia Marques Padilha (2016, p. 3) brilhantemente aduz que: “O modelo cooperativo ou colaborativo consiste em um meio termo entre os sistemas inquisitorial e adversarial. Na cooperação nenhum dos sujeitos processuais ganham destaque especial ao longo do procedimento”.

Perfeitamente, na dicção do art. 190 e seguinte do CPC é compreensível que não há correspondência de sua verbalização no Código anterior, sendo, portanto, uma inovação processual. Esta sistemática adotada pelo atual CPC entende que, para dar sentido a pretensão da negociação no processo, é permitido que as partes em comum acordo modifiquem procedimentos, tanto no trânsito do processo quanto antes de seu início, contudo, apenas quando há viabilidade de autocomposição. É assim compreendida a cláusula geral do negócio processual, o referido artigo contempla indistintamente, todas as condições negociais pelas quais os sujeitos poderão auto-

compor. Por efeito dessa cláusula geral que são geradas as melhores discussões concernentes a aplicabilidade e sua exequibilidade.

Para Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte (2014, p. 21), a negociação procedimental não significa dizer que seja desnecessário o formalismo processual, uma vez que ele está determinado em lei, designando desde seu exórdio a sua conclusão, o que torna garantido o correto seguimento do processo, além de preservar a ordem jurídica. Assim, a flexibilização proposta pela negociação processual que ocorre tão somente em caso de manifesto interesse das partes, conduz a concepção de que o processo é paritário e democrático. Nessa ocasião os sujeitos amadurecem suas inspirações para que encontrem a melhor finalização do litígio. Igualmente, servirá esta ferramenta de fiscalização do processo, bem como inibe o alvitre desarrazoado do juiz.

Ao concernir a respeito dos Negócios Jurídicos Processuais é indispensável buscar a assistência nos enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), em que no Enunciado de nº 06, tão logo se encontra que: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”, desse modo estão alinhadas a negociação, a boa-fé e a cooperação no processo.

Isso por que o Código outorgou as partes a autocomposição processual, por meio da cláusula geral, que deve ser bem compreendida para não ser tomada como dispositivo insipiente. Neste diapasão, Fredie Didier apresenta ainda o conceito de cláusula geral “uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa” (Apud BARREIROS, 2011, p. 91).

3 CLASSIFICAÇÕES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS EM TÍPICOS E ATÍPICOS

No Código anterior de 1973 só havia o entendimento de negócios típicos, quando atualmente existem duas classificações,

as típicas e atípicas. Preliminarmente, antes de adentrar mais opulentamente na identificação de tais classificações, cabe insistir, aduzindo que os negócios jurídicos decorrem da autonomia privada ou da autorregulação de interesses das partes (CUNHA, 2017). Todavia, essa autodeterminação não incompatibiliza o ordenamento jurídico consolidar a condução de alguns negócios.

Os pactos sobre procedimentos processuais podem ou não deter a expressão legal. Quando há prévia estipulação legal, facultando as partes em firmarem acordos no processo dá-se o nome de Negócio processual típico, uma vez que se encontra tipificado em lei. De outro modo são chamados negócios atípicos, o acordo fruto da criatividade das partes que unidas tomaram por justo pactuar da seguinte forma, sem que houvesse dispositivo legal para tanto, por força do que pregoa o art. 190 do CPC.

Assim são chamados os negócios típicos, os pactos originados em razão da norma que atuou na relação contratual dos sujeitos, mas sem perder a essência do instrumento negocial. Frise-se que a tipicidade dos negócios processuais já se encontrava prevista no CPC/1973, em que existiam diversos excertos que faziam menção expressamente a tal atributo, corroborada e dilatada pelo CPC/2015.

4 PRESSUPOSTOS DE VALIDADE PROCESSUAL

A discussão pode galgar o campo da licitude dos pactos realizados entre as partes para que estes não tomem rumos distintos ao objeto da negociação processual, que não é de forma alguma a desordem ou em uma linguagem coloquial “a casa da mãe Joana”. Wambier chancela tal afirmativa, quando se posicionou mais fortemente no assunto não assentindo com a negociação desmensurada da seguinte maneira: “Não vigora, *ipso facto*, o vale tudo processual. O negócio jurídico processual não tem, e nem deve ter, esta extensão” (WAMBIER et al., 2015, p. 356).

A validade dos negócios jurídicos toma uma proporção considerável a ser trabalhada, pois ainda que reine a ideia da au-

tonomia da vontade, o autorregramento entre as partes, tem que haver legitimidade nessas transações. O direito assume um papel que é seu ao delinear estes acordos. E apesar de soar como uma espécie de limitação às convenções deve ser assimilado como pressupostos para o não acometimento de eventuais ilicitudes.

Nesse sentido aduz Guimarães Tavares (2011) que serão facilmente aplicadas as regras de invalidação aos negócios processuais em duas circunstâncias, são elas: em caso de vício de consentimento, em que são usadas as disposições do CC/02 para sua anulação, bem como na hipótese de haver a vulnerabilidade destacada de algum dos negociantes, também passível de nulidade. Sobre esta vulnerabilidade abarcada pelo autor, será realizada uma reflexão mais memorável do assunto.

Fredie Didier (2015) concebe a ideia que dentro dos pressupostos processuais, existem requisitos de validade que se subdividem em subjetivos e objetivos. Os pressupostos de validade subjetivos referem-se ao juiz – sua competência e imparcialidade, tal como as partes – que devem gozar de capacidade processual, postulatória e legitimidade *ad causam*. Enquanto que os pressupostos de validade objetivos são distinguidos a partir da ótica extrínseca e intrínseca que não serão reportadas neste tópico dada a sua irrelevância na temática aqui discutida (DIDIER, 2015, p. 314).

Neste limiar, nada mais adequado que compreender no debate a verbalização do parágrafo único do art. 190 do CPC, que orienta acerca da forma que serão reconhecidas as prováveis invalidades acometidas em termos de negociação processual. O parágrafo dedica ao juiz a incumbência de verificar os acordos firmados, apontar as notáveis invalidades, quanto à capacidade e legitimidade das partes, as configurações do objeto negociado e a forma em sua solenidade.

Marcos Bernardes de Mello (2012, p. 291) ensina que: “A invalidade, em seus diversos graus (=nulidade e anulabilidade), constitui uma sanção que o ordenamento jurídico adota para punir determinadas condutas que, embora integrem suporte fático de ato jurídico, implicam contrariedade a direito”.

Temos que a invalidade engloba a nulidade e anulabilidade do contrato. Neste caso a nulidade reportada pelo diploma legal

ocorrerá, v.g. quando insurgir os vícios de consentimento, tal como as convenções contagiadas pela ausência dos requisitos de validade (agente capaz, objeto lícito, vontade consentida) passíveis de invalidade.

Quanto ao contrato de adesão, existe a aceitabilidade de sua inserção em negociação processual, este contrato por si só não caracteriza riscos. Entretanto, por tratar-se de uma espécie de contrato pelo qual suas cláusulas são constituídas unilateralmente pode haver disposições abusivas que torne desvantajoso ao aderente. Por esse motivo, trata-se de um motivo de invalidação.

Já no que se refere à vulnerabilidade será destinado um item exclusivamente ao seu desenlace. Despontando no que seria essa vulnerabilidade para a negociação processual, de antemão, verificada a vulnerabilidade da parte o magistrado poderá invalidar o ato.

Finalmente, o entendimento condensado da doutrina sobre a validade negocial por meio do enunciado de nº 16 do FPPC, pelo qual enfrenta as inquirições sobre o assunto, replicando sabidamente nos seguintes termos: “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

Veja que mediante interpretação do mencionado enunciado é respondida uma série de indagações que ensejariam às negociações a possibilidade de invalidação. Com efeito, a compreensão dos processualistas foi a mais pacífica, desembaraçando e lecionando basicamente que: salvo configuração de prejuízo as partes, não será necessário invalidar o negócio.

5 A VULNERABILIDADE PROCESSUAL DAS PARTES

Chegamos ao cerne do trabalho pelo qual depreendemos a importância da concepção desse instituto. A figura que evidentemente deve ser atribuída precaução dentro do contexto negocial é o sujeito-parte no processo. Diante das características do con-

tratante que realçam as aspirações de sua vulnerabilidade no ato de assumir compromissos concernentes à tramitação do processo, o que pode culminar na invalidação do negócio.

Em conformidade com o que Fernanda Tartuce (2016) induz, ressaltando que essa vulnerabilidade contemplada a ótica do novo CPC, está amplamente atrelada aos meios de solução de conflito desempenhados na estrutura Judiciária, o que de forma alguma elide a viabilidade de seu uso extrajudicialmente. Sendo assim, essa vulnerabilidade é estudada por meio da cláusula geral de negociação do CPC, que por seu turno está emparelhada com o Poder Judiciário.

A respeito do estado de plenitude da parte contratante ao promover o negócio processual, desperta a curiosidade da utilidade da discussão, verificada a restrita assistência dos peritos na área processual, pelo menos o que se observa em pesquisa, que não possui doutrinadores abordando o assunto da vulnerabilidade negocial. Na contramão da estatística, Fernanda Tartuce (2016) traduziu a vulnerabilidade no processo, conceituando brilhantemente que:

Vulnerabilidade processual é a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária impossibilidade de atuar pode decorrer de fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório.

Como visto, a vulnerabilidade não é uma circunstância anômala no processo. Pelo contrário, em face de seus diversos emolduramos é nitidamente verificada a dificuldade de reconhecimento pelo magistrado. Existem ocasiões pelas quais a vulnerabilidade está escancarada. No caso da vulnerabilidade econômica, por exemplo, não é difícil encontrar negociantes com condições financeiras manifestamente destoantes. Também nas demais hipóteses de vulnerabilidade, encontramos diferenças marcantes para contratação.

Cabe acentuar que a vulnerabilidade esposada pela cláusula geral se entrever objetivamente na expressão legal quando

o sujeito está suscetível de desvantagem. No art. 190 do CPC está verbalizado que essa vulnerabilidade é manifesta, ou seja, deve ser analisado o caso em concreto para se aferir desequilíbrio contratual (TAVARES, 2016).

Essa vulnerabilidade pode ser idealizada como presumível tanto de modo relativa como absolutamente, é atribuição do magistrado taxativamente ponderar sobre a potencial prejudicialidade processual ao indivíduo, arbitrando, conforme o caso específico, devido a sua vulnerabilidade a invalidação do negócio.

O juiz de forma assecuratória tem o papel de identificar quando há indícios de prejuízo ao sujeito contratante, essa administração deve ser realizada por meio de “deduções feitas pela lei, ou pelo aplicador do direito, que partem de um fato conhecido para chegar a algo desconhecido” (TARTUCE, 2015, p. 2012).

Na contramão desse pensamento, Guimarães Tavares (2011) expõe que, em virtude dessa vulnerabilidade ser distinguida particularmente, não caberia tão logo presumir que o consumidor ou o empregado é parte vulnerável. Parafraseando o autor, este acrescenta que da leitura do art. 4º, inciso I, do CDC, que proclama o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” não diz respeito a regra, mas um princípio que deve ser analisado em consonância com a estrutura tangível do acontecimento.

Pessoalmente, com todo o respeito a percepção do autor, mas esse pensamento torna o magistrado imprescindível até quando a lei determina o tratamento desigual, dada a desigualdade demonstrada no processo. É como se o juiz tivesse de verificar se o idoso tem ou não condições de aguardar o trâmite processual, já que aparentemente não possui nenhuma debilidade.

Na verdade, para caracterização da vulnerabilidade no processo, é imprescindível considerar o estado em que cada parte se encontra no litígio, tal como denotar critérios práticos para fixação e reconhecimento da potencial vulnerabilidade (TARTUCE, 2017). É claro que essa função ficará destinada ao juiz da causa, bem como a jurisprudência.

De forma objetiva, tem-se a partir da leitura do enunciado nº 18 do FPPC, que a parte que não estiver representada por

seu advogado, por exemplo, estará manifestamente vulnerável por não deter conhecimento jurídico acerca do processo. De toda sorte, é concebível que geralmente a parte que não estiver sob a assistência de um advogado, estará fadada a desvantagem contratual, sendo factível sua vulnerabilidade.

6 A VULNERABILIDADE NEGOCIAL E O CONSUMIDOR

Um dos manifestos sujeitos no processo que carece de amparo é a figura do consumidor. É com base no fundamento dessa proteção pregoada que é emanado o princípio da vulnerabilidade, que se expande e repercute seus efeitos em todo cenário jurídico, inclusive na seara processual civil. O consumidor precisa do reconhecimento de sua vulnerabilidade para ser amparado face as eventuais condutas despóticas do fornecedor de produto ou serviço. Nesse sentido Rizzatto Nunes (2009, p. 129) leciona que: “Tal reconhecimento é uma primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal. Significa ele que o consumidor é a parte mais fraca da relação jurídica de consumo”.

Mas o que é vulnerabilidade para os doutrinadores do direito consumerista? Claudia Lima Marques (2010, p. 84), explica que a vulnerabilidade quer dizer:

[...] uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.

A vulnerabilidade do consumidor, foi verificada pela própria Constituição da República que reconhece que em face da exiguidade de guarida e segurança nas relações de consumo ensejada por esse personagem, é preciso uma postura mais incrementada e um posicionamento mais resistente do Estado.

Note que essa inferioridade torna a parte vulnerável para negócios, principalmente no âmbito processual. O Código de Defesa do Consumidor busca equilibrar essa relação contratual, consagrando na Política Nacional das Relações de Consumo o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo dicção do art. 4º, inciso I do CDC¹.

Identifica-se que, retomando o debate sobre a presunção da vulnerabilidade, se deve observar na concepção do ilustre professor Roberto Senise Lisboa (apud TARTUCE, 2015, p. 212), em sua abordagem que o consumidor é absolutamente presumível como vulnerável, entretanto na própria leitura do Código de Defesa do consumidor encontra-se sua delimitação espacial em que se encontra essa fragilidade consumerista.

Contudo, essa vulnerabilidade não deve ser confundida com a hipossuficiência manifestada pelo consumidor. Nesse sentido, tem-se que as razões que diferem a vulnerabilidade da hipossuficiência são basicamente a atenção depositada por cada instituto. O primeiro é genérico e presumido, pois como já visto, todo consumidor é vulnerável, enquanto que o segundo se apresenta de modo mais acentuado e deve ser verificado individualmente, conforme a dificuldade do consumidor técnica e financeiramente perante o processo (MANASSÉS, 2013). Assim, Fernanda Tartuce elucida que:

O consumidor é vulnerável por sua debilidade – sobretudo de informações – em comparação ao fornecedor; contudo, para fazer jus ao mecanismo facilitador de inversão do ônus da prova no processo, o CDC exige a demonstração de que, além de frágil, o litigante é tecnicamente hipossuficiente a ponto de não ter condições de se desincumbir da produção probatória. (TARTUCE, 2016, p. 2).

1 Lei 8.078 de 11 de setembro de 1978. “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

Entendida a diferenciação acima, vislumbra-se que no direito processual, existem determinados procedimentos que são complexos de serem realizados pela parte hipossuficiente, como no caso do ônus probatório (TARTUCE; NEVES, 2014, p. 45), imagine que existe documentos que o consumidor não tem a guarda, pertencendo então a empresa demandada provar em juízo, em face da inversão do ônus da prova, trata-se da dificuldade técnica do consumidor. Tem ainda a hipótese de o consumidor não possuir condições de arcar com as custas e despesas eventuais advindas do processo, configurando assim a adversidade econômica vivenciada por ele.

Existem estipulações contratuais seguramente vedadas por trazerem manifestos desequilíbrios ao negócio pactuado entre as partes. Esse seria o caso do negócio jurídico processual que trouxesse a título de cláusula contratual o rateio de custas processuais, ainda que sucumbenciais, o que pode ser totalmente inviável ao consumidor ou conjecturar que o consumidor teria que provar a adesão de um serviço, entenda que para empresa contratada é mais fácil, tendo em vista que esse instrumento contratual fica em sua posse junto com documentos relevantes ao contrato.

Na seara do Direito do Consumidor, dificilmente vê-se a discussão prévia entre as partes acerca das disposições contidas na ocasião da firmação de um contrato, pelo contrário, na maioria dos casos, estas cláusulas já estão antecipadamente articuladas no instrumento contratual, que detém toda relação negocial que será mantida entre o consumidor e fornecedor. A esse tipo de contrato dá-se o nome de contrato de adesão ou por adesão, que como se pode notar claramente sua tendência para cláusulas abusivas.

A cláusula abusiva constante no instrumento contratual de adesão é nociva ao contratante e ela decorre da inobservância de princípios contratuais, que são chamados de sociais (LOBO, 2012, p. 67), pois buscam promover a justiça no instrumento negocial, solucionando esse tipo ocorrência mediante normas que estabeleçam a interpretação mais favorável ao aderente (art. 423 do Código

Civil) ou ao consumidor (art. 47 do Código de Defesa do Consumidor – serve o dispositivo a qualquer natureza de contrato) ou mesmo, outorgando ao aderente a sua renúncia antecipada quando de sua manifestação (art. 424 do CC), é o princípio da equivalência material aplicado tanto na norma civil quanto consumerista. Deve haver equilíbrio e paridade de forças no contrato.

Diante da patente problemática aqui desnudada encontra-se o objetivo do conteúdo assecuratório do parágrafo único do art. 190 do CPC que traduz a precisão da aplicação pelo juiz de nulidade aos negócios que tenham a inserção de cláusula abusiva em contrato de adesão ou na ocorrência em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

7 A CAPACIDADE COMO PARÂMETRO DE VULNERABILIDADE

Consoante o entendimento da doutrina majoritária, para que haja o correto andamento do processo é um pressuposto processual que as partes litigantes tenham capacidade, que deve ser preenchida em seus três sentidos: de ser parte, de estar em juízo e postulatória (CÂMARA, 2016, p. 47). Todavia a ausência desse pressuposto não obstará, em curto prazo, o arquivamento do processo, mas de outro modo, o juiz deve tentar sanar a irregularidade, por força do art. 76 do CPC². Somente em caso do não atendimento as perquirições do magistrado para reparar as máculas processuais correspondentes à capacidade que será inadmissível o processo.

A cláusula geral de negociação do CPC edifica que é lícito as partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento. Esta plenitude esposada traz dúvidas quanto a sua estirpe se trata de material ou processual. Dentro do plano da validade descortinado pelo professor Fredie Didier (2016, p. 386), é idealizada a vulnerabilidade como presunção de incapacidade pro-

2 Lei 13.105 de 2015. Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.

cessual negocial³. O autor aduz que a parte pode apresentar-se como incapaz civil e capaz processualmente⁴, pode haver situações em que as capacidades materiais e processuais não sejam simultâneas, é claro que para realizar as convenções sobre procedimentos no processo, é coerente que deva haver a capacidade processual para sua solenidade.

Em oposição às concepções dos autores acima, Fernando Garjardoni e outros autores, (2015, p. 1242) ao realizar comentários acerca do art. 190 do CPC, exteriorizam que dado o seu conteúdo legal, que indica que é lícito as partes plenamente capazes a celebração de negócio jurídico processual, apenas são admissíveis as convenções processuais realizadas por sujeitos capazes, plenos.

O ilustre jurista rememora a capacidade de contratar do Código Civil em seu artigo 851, articulando com a capacidade material dada pelo mesmo código. Indicou ainda, que embora assistidas ou representadas, deve haver o condicionamento jurídico do incapaz, mesmo processual, justificado pela própria lei que adequa o compromisso de convenção por partes plenamente capazes, ou seja, “que não estejam a depender de interposta pessoa para o exercício de seus direitos processuais (capacidade ad processum)” (GARJARDONI et al., 2015, p. 1242).

Fredie Didier (2016, p. 385) verbaliza sua opinião de forma límpida quando afirma que: “Incapazes não podem celebrar negócios processuais sozinhos. Mas se estiver devidamente representado, não há qualquer impedimento para que o incapaz celebre um negócio processual”. Apontando dessa forma, que esta incapacidade é processual e que com a devida legitimação legal, tem-se não há óbice para negociação processual. Contudo, depois de identificar alguns pontos controvertidos sobre a capacidade plena para dou-

3 “A questão da vulnerabilidade é tema tratado, por alguns autores, como causa de incapacidade processual negocial. A capacidade “negocial”, construção doutrinária, consiste em categoria distinta da capacidade em sentido comum. Assim, é possível falar em capacidade material negocial e capacidade processual negocial”. (TAVARES, 2011, p. 18).

4 Aqui o autor utiliza o exemplo o incapaz menor de dezesseis anos, que tem capacidade processual para a ação popular, apesar de não possuir capacidade civil plena (DIDIER, 2016, p. 386).

trina, o apogeu desse tópico encontra-se na distinção realizada por Fredie Didier acerca da vulnerabilidade na incapacidade processual negocial e a incapacidade processual. É o momento da discussão da capacidade negocial que é fragmento da capacidade processual.

Fredie Didier (2016, p. 385) elucida que: “a vulnerabilidade é caso de incapacidade processual negocial”. O ilustre doutrinador utiliza-se do exemplo do consumidor, que hipoteticamente em gozo de sua capacidade processual, não possui a processual negocial, sendo, portanto, incapaz. Pois como já discutido anteriormente o consumidor é absolutamente presumível como vulnerável, sendo então perceptível considerar que esta figura é incapaz processual negocial.

É claro que essa incapacidade processual negocial fica mais evidente quando tratada pelo condão da hipossuficiência, em que no rol de hipossuficientes são depositadas as figuras do idoso, do consumidor, do pobre na forma da lei, entre outros. Vê-se que haverá acordos processuais impraticáveis por esses vulneráveis ou/e hipossuficientes, tornando-os incapazes processuais negociais.

Daí permeia a dúvida, aprioristicamente deve ser anulado o negócio processual realizado por incapaz processual negocial? Se partirmos da compreensão de Didier, acima narrada, é imprescindível identificar que a capacidade plena do art. 190 do CPC está relacionada a capacidade processual geral, enquanto que a absorção da capacidade processual negocial prefere ser analisada pelo espeque das invalidades do parágrafo único do mesmo artigo.

8 PAPEL DO JUIZ COMO AVALIZADOR DAS NEGOCIAÇÕES PROCESSUAIS

A flexibilização processual por meio da negociação é uma conquista para o processo, principalmente em relação à vedação do autoritarismo do Estado-juiz. No entanto, esse mesmo magistrado possui uma função primorosa perante essas negociações.

A atividade judicial perante a negociação processual será de fiscalização dessas convenções firmadas entre as partes, de

modo a impedir eventuais disparidades contratuais, realizando o que naturalmente é feito com a petição inicial, realizasse o juízo de admissibilidade, verificando suas condições (a viabilidade do acordo), bem como seus pressupostos.

A negociação processual poderá ser otimizada pelas partes normalmente sem a participação do magistrado, mas é facultado ao juiz colaborar na negociação, sugerindo formas legais de autocomposição, já que passa por seu crivo. O art. 190 do CPC assinala o manejo judicial do negócio que ocorrerá mediante requerimento ou mesmo de ofício pelo juiz ao perceber a carência de validade processual negocial. Não é delimitado o momento desse controle, se é antecedente ou incidental, o que enseja dizer que pode ser realizado em qualquer ocasião em que observado o negócio viciado, mas se atentando a preclusão e o princípio da vedação a não-surpresa⁵ (BANDEIRA, 2017).

O juiz é o interprete da situação jurídica conferida a sua apreciação e ficará a cargo da jurisdição a inspeção dos negócios processuais firmados, como igualmente é o juiz que verificará se as partes no momento da celebração das convenções estavam em um estado isonômico. Os sujeitos devem compartilhar dos atributos necessários para negociar, são os requisitos de validade.

Por força do que disciplina o parágrafo único do art. 190 caberá ao juiz tornar inválido os negócios firmados em que forem verificadas a cláusula abusiva em contrato de adesão e a manifesta vulnerabilidade entre as partes, entretanto, ainda que não houvesse a expressão legal, os princípios norteadores do ordenamento jurídico teriam a qualidade de chamar para jurisdição essa função. Seria o caso da boa-fé objetiva entre as partes, justiça contratual, proporcionalidade, razoabilidade, função social, paridade e igualdade, são alguns dos muitos preceitos que demonstram a importância da subordinação às regras cujo policiamento ocorre por meio da jurisdição.

O contrato de adesão é preenchido de disposições unilaterais pelas quais o contratante poderá ficar designado ao dano.

⁵ Lei 13.105 de 2015. Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Como a pretensão da negociação é justamente afastar eventual malefício processual as partes, o juiz tem, desta maneira, a incumbência de vetá-la tão logo sabida.

Por meio dessa atribuição jurisdicional que se atinge a garantia de um negócio confiável. Desta forma, quando indagado acerca da possibilidade de negociação com o sujeito vulnerável, constata-se que, de modo geral, não há empecilhos para que se sucedam tais contratações processuais, como por exemplo, na circunstância em que haja uma demanda consumerista ou trabalhista (DIDIER, 2016, p. 386).

Para tanto, na hipótese de convenções em que haja vulnerável, deve-se aferir que a negociação procedeu em situação de igualdade; caso não, será recusada a eficácia ao negócio. De acordo com o que estipula o parágrafo único do art. 190 em incentivo ao que prediz o art. 7º e o art. 139, inciso I do CPC, que coloca como prioridade a igualdade das partes sob o zelo do juiz (DIDIER, 2016, p. 386).

Fernanda Tartuce (2016, p. 7) ao citar os autores Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, observa que: “o legislador e o juiz são obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir a participação igualitária das partes; em seu sentir, isso deve se verificar não só em caso de dificuldades técnicas, mas também em casos de dificuldade pela situação de direito material”.

A talentosa doutora avalia que a omissão no CPC do princípio da igualdade de tratamento, tal como o contraditório, não destitui a função do juiz de analisar no decorrer do processo a hipótese de vulnerabilidade apresentada pelo negociante. Existem preceitos normativos que protegem o litigante vulnerável, com o propósito de beneficiá-lo, dissipando as causas de fragilidade do contratante que atuam como empecilhos processuais, independentemente da previsão de vulnerabilidade neste CPC. E é atividade do juiz a aplicação desses institutos jurídicos (TARTUCE, 2016).

O magistrado exerce o controle amplo de jurisdição sob os negócios jurídicos processuais, conseqüentemente fica comissionado a não se obstar de fundamentar, nestes casos, extensivamente (TAVARES, 2011). Assim, para preservar sua imparcialidade e retidão não deve se desvencilhar dos fatos genuínos sua concepção e exiguidade das partes, sendo assim se o juiz se

desprender da realidade não terá habilidade de resolver o litígio (DUARTE, 2014, p. 21).

9 A FIGURA DO ADVOGADO COMO PRESSUPOSTO DE INSUSCETIBILIDADE DA PARTE

A presença do advogado no CPC está em evidência por meio de dispositivos que transmitem sua importância. O causídico é um profissional determinante no processo e fica cada vez mais notável a situação pela qual as partes litigantes precisam do fornecimento de assistência jurídica.

A razão de ser deste tópico está no enunciado de nº 18 do FPPC, o qual diz que haverá indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. A partir da interpretação do enunciado se compreende que a ausência do advogado na ocasião da formulação negocial entre as partes enseja dizer que há fragilidade por parte do sujeito não assistido pelo seu patrocinador.

Depreende-se que a ausência do advogado pressupõe a vulnerabilidade técnica-jurídica do contratante, todavia consoante o enunciado, existe uma suposta debilidade negocial. Também dependerá da outra parte negociante, devem ser analisados os atributos das partes para se concluir acerca dessa vulnerabilidade.

Veja que se cuida de vulnerabilidade técnica-jurídica, que naturalmente os operadores do direito se predispõe a ter, a parte se reveste de capacidade negocial quando estiver representada pelo advogado.

Entretanto, não quer dizer que o contrário do enunciado seja coerente, uma vez que nem sempre a parte que possui procurador legal deixará de ser vulnerável, é a situação do consumidor. Tampouco esse fato retirará a sua patente hipossuficiência, já que a vulnerabilidade possui tipificações. Neste sentido o indivíduo que possui advogado se encontrará assistido juridicamente, mas poderá deter outras espécies de vulnerabilidade como a econômica ou técnica (MARQUES, 2010, p. 94).

As convenções poderão ser efetuadas tanto de modo judicial, incidente ao processo. Devendo nessa situação ficar adstrito aos requisitos processuais para não ensejar sua invalidação. Na transação judicial há inconsistência de representação por advogados de mesmo escritório as partes litigantes. Existe também a hipótese de convenções extrajudiciais, firmadas antes mesmo do ajuizamento da ação, antecedentemente. Aqui, não são necessários que estejam presentes as condições de validade do processo, o que acaba ou outorgar a celebração de contratos processuais sem a presença de advogado (BANDEIRA, 2017)

Neste sentido, também, aduz o magistrado Carlos Adriano Miranda Bandeira (2017) que nessas transações extrajudiciais é plausível a desnecessidade de advogado na pactuação de negociação processual. Acrescenta o magistrado, que inclusive a jurisprudência do STJ tem entendido que *v.g.* nas convenções de arbitragem é permitido “o tratamento diferenciado a se dar ao mesmo tipo de negócio processual envolvendo parte vulnerável [...]”.

Fernanda Tartuce (2017) chama a atenção para as convenções que cuidem da inversão do ônus da prova ou o declínio de faculdades processuais, identificando fortemente que ainda na negociação processual antecedente a vulnerabilidade do indivíduo não assistido persiste.

Ainda no que toca o prejuízo do vulnerável processual, não representado em juízo, é indiscutível que comprometerá sua atuação no processo, sendo assim a melhor solução na hipótese da ausência de proteção, seria por meio de advogado *ad hoc*, defensor público (quando em tramite o processo) ou o próprio juiz, desempenhando sua função fiscalizatória suprima eventuais abusividades sem abonar sua parcialidade.

10 CONCLUSÃO

A negociação processual é um tema apaixonante e ao mesmo tempo instigante, em verdade toda ferramenta incluída no processo que sirva de apoio para o desenvolvimento processual é bem-vinda. Esse trabalho demonstra a dinamização do insti-

tuto da negociação, dialogando com outras fontes e o principal, evidencia que o processo requer a colaboração das partes para construção de uma solução adequada a demanda.

Este instituto é uma tendência na ação judicial, em virtude dos benefícios que busca proporcionar as partes, ou mesmo vantagem particular; a liberdade de autodisposição processual, configura-se, a curto prazo, momentos de tréguas no litígio e fragmentos conciliatórios das partes, o que sugere sucesso no desfecho da marcha processual.

Na ocorrência de prejuízo a parte que se apresenta como vulnerável, deve haver um instrumento de reparação, a não ser que preventivamente, é o que se busca interiorizar, o juiz como avalizador da negociação, evite que a negociação tome proporções desinteressantes no contexto processual seja qual for das partes.

O resultado de toda pesquisa trouxe a percepção que a negociação, tanto antecedente quanto incidentalmente ao processo necessitam de cuidados quanto as condições das partes contratantes, de modo que estas estejam integralmente hábil para negociar.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Carlos Adriano Miranda. **O papel do juiz no controle dos negócios jurídicos processuais e o art. 190 do Novo Código de Processo Civil**. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/126/119>>. Acesso em: 19 maio 2017.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro**. 2011. Dissertação (Mestrado) – UFBA, Salvador, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Gen/Atlas. 2016. p.47.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. Disponível em: <https://www.academia.edu/10270224/eg%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 8 fev. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-invalidacao-dos-atos-processuais-no-processo-civil-brasileiro/>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie et al. Carta de Belo Horizonte – **Enunciados do fórum permanente de processualistas Civis**. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17.ed. Salvador: JusPODVM, 2016. p.385.

DUARTE, Antônio Aurélio Abi Ramia. O novo código de processo civil, os negócios processuais e a adequação procedimental. **Revista do GEDICON**, Rio de Janeiro, v.2, n.2, p.21-40, dez. 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Teoria geral do processo – comentários ao CPC 2015**: parte geral. São Paulo: Gen/Método, 2015. p.1242.

INSTITUTO Brasileiro de Direito Processual. II Encontro de Jovens Processualistas. Carta de Salvador. 08 e 09 de novembro de 2013. **Enunciados aprovados pela plenária**. Redação Revista pelo III FPPC-Rio.

LOBO, Paulo. **Direito civil**: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2012. p.67.

MANASSÉS, Diogo Rodrigues. **Vulnerabilidade, hipossuficiência, conceito de consumidor e inversão do ônus da prova**: notas para uma diferenciação. Brasília-DF:

Conteúdo Jurídico, 17 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43983&seo=1>>. Acesso em: 17 maio 2017.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.94.

MAZOLA, Marcelo. **Dever de cooperação no novo CPC**: uma mudança de paradigma. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/06/08/dever-de-cooperacao-no-novo-cpc-uma-mudanca-de-paradigma/>>. Acesso em: 1 maio 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: Plano da existência. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.291

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**, 12.ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.216.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8.ed. v.único. Salvador: JusPODIVM, 2016. p.491.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p.172.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.129.

PADILHA, Letícia Marques. **O princípio da cooperação como norma fundamental no Novo CPC**. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/simposio-de-processo/assets/2016/09.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Vulnerabilidade no novo CPC**. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp->

content/uploads/2016/01/Vulnerabilidade-no-NCPC.pdf>.
Acesso em: 10 maio 2017.

TARTUCE, Fernanda. **A vulnerabilidade no processo**. Entrevista. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/vulnerabilidade-no-processo-civil/9968>>. Acesso em: 15 maio 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 6.ed. v.único. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.221.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o código civil: Impactos, diálogos e interações**. São Paulo: Método, 2015. p.212.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**. 3.ed. São Paulo: Gen/ Método, 2014. p.45.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil: aspectos teóricos e práticos**. Disponível em: <bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101235>. Acesso em: 10 maio 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56.ed. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.333.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015. p.356-357.

***MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO
PÓS VIGÊNCIA DO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO***

Carolina de Oliveira Gonçalves

Marizângela Melo Vasconcelos

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes - UNIT-AL.
carolgoncalves@gmail.com

Servidora pública estadual; Professora de Direito Empresarial e Direito Processual Civil do Curso de Direito do Centro Universitário Tiradentes - UNIT; Graduada em Direito pelo CESMAC; Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL; Doutoranda em Direito pela Universidade do Minho - Portugal; Conciliadora e Mediadora formada pelo Conselho Nacional de Justiça desde 2012; Atua como conciliadora e mediadora no Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário Tiradentes desde 2012; Instrutora em formação do CNJ em Mediação Judicial.
marymalte@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015, que entrou em vigência no dia 18 de março de 2016, trouxe consigo mudanças consideráveis para o processo civil, como a implementação dos “novos” métodos de solução de conflitos – a mediação e a conciliação. É cediço que ambos os métodos não são novidade e que são técnicas há muito utilizadas como meio alternativo de pacificação social, porém a partir da vigência do CPC de 2015, as audiências de conciliação e de mediação passaram a fazer parte, obrigatoriamente, do rito dos procedimentos comuns, salvo exceções – quando todas as partes manifestarem o desinteresse pela audiência preliminar e quando se tratar de direito indisponível que não admita transação (PIMENTEL, 2016).

De acordo com Cabral (2017), os métodos consensuais de solução de conflitos constituem uma prática bastante comum, legalmente instituída, em países como os Estados Unidos e em alguns países da Europa e da América do Sul, como França, Espanha, Argentina e Uruguai. No Brasil, apesar de a Constituição Federal de 1988 incentivar expressamente solução pacífica de conflitos (preâmbulo; art. 4º, VII; e art. 5º, XXXV); de a audiência de conciliação ter previsão no CPC de 1973; e, ainda, de a temática ter sido objeto do II Pacto Republicano de 2009, maior atenção foi voltada para a mediação e a conciliação a partir de 2010, com a Resolução nº125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (mais recentemente alterada pela Emenda nº2 de 2016) que regulamenta a atuação do mediador, trata das políticas públicas atinentes aos conflitos de interesse e ainda institui a concepção de centros de solução de conflitos e cidadania pelos tribunais.

O Projeto de Lei que originou a Resolução nº 125 do CNJ data do ano de 2000 e previa a obrigatoriedade do método (chamado de mediação incidental), dada a superlotação do judiciário com processos que poderiam ser resolvidos sem a intervenção do juiz, por meio da autocomposição. Previa ainda a capacitação de advogados para mediar os conflitos, bem como

a remuneração dos profissionais. Ocorre que o projeto de lei não foi votado, uma vez que o CNJ considerou inadequada a obrigatoriedade do método e ainda inviáveis a capacitação de advogados e a remuneração dos profissionais (pois aumentaria muito as custas processuais).

Anos depois o projeto foi reformado pelo Fórum Nacional de Mediação e pelo CNJ, com o objetivo de esclarecer que a “obrigatoriedade” do método no processo se referia à “tentativa de mediação” e que caso ambas as partes expressassem o descontentamento com a realização da audiência, ela poderia não ser realizada. Ademais, foi desincumbido exclusivamente ao advogado o papel de mediador (GRINOVER, 2014).

No entanto, lembra Buika (2016), que o marco regulatório da mediação no Brasil é a Lei nº 13.140/2015, conhecida como Lei da Mediação. A lei diferencia mediação extrajudicial de mediação judicial, podendo ser realizada por um terceiro capaz, de confiança das partes e que seja qualificado para proceder com o método, enquanto esta necessita que o terceiro seja pessoa capaz, graduada há pelo menos 2 anos em qualquer curso superior e que seja capacitada como mediador. A lei ressalta ainda que o termo final de um acordo realizado por meio da mediação tem força de título executivo extrajudicial, que se homologado, passa a ser considerado título executivo judicial.

De acordo com o Manual de Mediação Judicial do CNJ (BRASIL, 2016), tanto a mediação quanto a conciliação são processos autocompositivos de solução de conflitos e contam com a presença de um terceiro imparcial que irá auxiliar as partes do litígio. Possuem os mesmos princípios e técnicas, mas apesar das semelhanças, são práticas diferentes. Na mediação o terceiro (mediador) irá facilitar a comunicação entre as partes, que terão participação ativa na busca da solução para o conflito, ou seja, o mediador apenas estimula, contribuindo para que os interessados pensem e construam a melhor solução para eles.

Destarte, não se pode dizer que o principal objetivo da mediação seja o acordo em si, mas o reestabelecimento da

comunicação entre os envolvidos, tornando-a especialmente eficiente nas questões em que há um vínculo entre as partes, como por exemplo, nas questões de família. Já na conciliação, ao terceiro (conciliador) é permitido sugerir às partes a solução do conflito, ou esclarecer fatos, direitos e interesses relacionados ao caso, pois visa o acordo. Assim, a conciliação é mais voltada para as situações em que não há um vínculo entre as partes, tendo como base o direito, enquanto que a mediação seria multidisciplinar, envolvendo diversas áreas como psicologia, comunicação, direito, entre outras.

Mister ressaltar que os mediadores e os conciliadores devem ser capacitados para que possam exercer a atividade de maneira adequada. De acordo com Sales (2016), o desenvolvimento de algumas técnicas é fundamental para a realização de uma boa sessão, dentre elas: a) a escuta ativa – habilidade de compreender a mensagem do mediado por meio de sua fala, postura e gestos; b) formular perguntas de forma generalizada a fim de captar o maior número de informações; c) utilizar técnicas de inversão de papéis para que o um possa se colocar no lugar do outro; d) anotar os detalhes mais importantes; e) resumir para o mediado o que o mediador entendeu que ele quis dizer para assegurá-lo que o mediador prestou atenção e entendeu suas necessidades; e f) parafrasear o que foi dito de forma a valorizar os pontos positivos, diminuir os pontos negativos (especialmente palavras de desafeto) e reorganizar as ideias.

Percebe-se que o tema em questão provocou uma mudança significativa no processo civil brasileiro. Como em toda mudança, existem os pontos positivos e os pontos negativos. O tema vem sendo amplamente estudado desde o advento do Código de 2015, mas ainda divide uma parcela considerável da opinião dos operadores do direito quanto à eficácia da sua aplicação para a desjudicialização das causas e o consequente “desafogamento” do sistema judiciário, entre outras questões controversas.

Longe de pretender esgotar as discussões sobre o assunto, a presente pesquisa tem como escopo verificar o andamen-

to das pesquisas sobre mediação e conciliação um ano após a vigência do Novo Código de Processo Civil, suas críticas, os pontos negativos e os positivos da implementação dos institutos na esfera judicial.

2 METODOLOGIA

A presente pesquisa foi estruturada a partir de uma revisão bibliográfica realizada entre os dias 01 de agosto e 06 de agosto, nas seguintes bases de dados: Revista dos Tribunais Online, Periódicos Fórum, Periódicos Capes, OpenRIT (Repositório Institucional Tiradentes) e EBSCOhost e Google Acadêmico.

O intuito da busca foi verificar os artigos científicos produzidos sobre o tema, um ano após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, foram utilizadas as seguintes palavras-chave: “mediação”; “conciliação”; “novo código de processo civil”; todas com o operador booleano “e” ou “and”, a depender da base de dados.

Estabeleceu-se que seriam inclusos na pesquisa apenas artigos científicos publicados no corrente ano (2017), ou seja, após aproximadamente 1 ano do início da vigência do Novo Código de Processo Civil e que versassem especificamente sobre as técnicas de resolução de conflitos adotadas pelo CNJ (mediação e conciliação). Foram adotados como critérios de exclusão a temática da arbitragem e da negociação, bem como os artigos que abordassem o tema fora do contexto do Novo Código do Processo Civil brasileiro.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

A pesquisa realizada nas bases de dados teve como palavras-chave “mediação”; “conciliação” e “novo código de processo civil”; todas com o operador booleano “e” (ou “and”). Para todas as buscas foi utilizado o filtro temporal, limitando a pesquisa aos artigos publicados no ano de 2017. O resultado está organizado na Tabela que segue:

Tabela 1 – Resultado da pesquisa nas bases de dados

Palavras-chave	BASES DE DADOS					
	Revista dos Tribunais Online	OpenRIT (Repositório Institucional Tiradentes)	EBSCOhost	Periódicos Fórum	Periódicos Capes	Googlê Acadêmico*
“Mediação” and “conciliação” and “novo cpc”	0	0	4	10	3	14
TOTAL = 31 artigos						

* Limitação de data a partir de 2017 e busca pelas palavras-chave presentes no título do artigo, excluindo-se artigos com as palavras-chave “arbitragem” e “negociação”.
Fonte: Dados da pesquisa.

Na Revista dos Tribunais *online* e na base de dados do Repositório Institucional Tiradentes (OpenRIT) não foram encontradas publicações para o ano de 2017; na base de dados EBSCOhost foram encontrados 4 artigos; nos Periódicos Editora Fórum, 10 resultados; Periódicos Capes, 3 resultados; e no Google Acadêmico 14 resultados, totalizando 31 artigos.

Após uma triagem preliminar baseada na aplicação dos critérios de inclusão e exclusão e de excluídos os artigos repetidos, concluiu-se a seleção dos artigos, totalizando um número de sete para compor este trabalho. Para facilitar a leitura e a compreensão do estudo, os artigos selecionados foram organizados em categorias, que foram estabelecidas de acordo com o tema do artigo e com as áreas do Processo Civil.

Tem-se então a primeira categoria (Mediação, Conciliação e o NCPC), composta por artigos que, de uma forma geral, abordam as mudanças (referentes ao tema) trazidas pelo Novo CPC; a segunda (Mediação e Conciliação no Direito de Família) e a terceira (Mediação e Conciliação no Direito Administrativo) categorias são compostas por estudos que tratam das modificações sobre Mediação e Conciliação em duas áreas específicas disciplinadas

pelo Código de Processo Civil de 2015 (Direito de Família e Administração Pública); a quarta categoria (Dificuldades Enfrentadas) apresenta as principais dificuldades que surgiram com o advento do Código de 2015; e por fim, a quinta categoria (O Papel do Juiz) que aborda, dentro da perspectiva do tema deste artigo, a função dos Magistrados diante das dificuldades das mudanças.

Por meio do resultado obtido, foi feita uma avaliação crítica e a integração da literatura que será apresentada a seguir.

3.1 MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E O NCPC

Três dos artigos selecionados para compor a pesquisa se debruçam sobre as mudanças que o CPC de 2015 implantou no que se refere à solução pacífica de conflitos.

Silva (2017) abordou o tema com o intuito de apresentar as inovações dos métodos de conciliação e mediação e a importância do tema para a construção da cidadania e, conseqüentemente, para o ordenamento jurídico brasileiro. A autora traz à tona uma das principais problemáticas do sistema judiciário brasileiro que é o grande número de judicialização de lides, estando este problema tão enraizado na população, que chega a fazer parte da cultura do país acionar a justiça para resolver conflitos que, muitas vezes, não são solucionados com a sentença judicial. Esta cultura é um dos fatores responsáveis pela lentidão para o julgamento dos processos no Brasil. Com o intuito não apenas de dar celeridade ao sistema, mas de resolver uma lide de maneira pacífica e satisfatória para as partes, mecanismos de resolução de conflitos baseados na autocomposição foram adotados pelo Novo Código de Processo Civil brasileiro: a mediação e a conciliação.

Os benefícios dos métodos supracitados, ainda de acordo com Silva (2017), vão muito além do descongestionamento do judiciário e do contentamento das partes, mas de levar o acesso à justiça a todos, especialmente os que desconhecem seus direitos ou que não têm condições de reclamá-los. Em relação às novidades do Código de 2015, a autora acredita que tratar a lide preliminarmente em uma audiência de mediação ou conciliação é

uma grande evolução para o sistema, uma vez que as partes terão a oportunidade de resolver o conflito de forma tranquila e satisfatória. Quando isto não ocorre, muitos acabam por abandonar a causa pela lentidão do sistema judiciário. Este abandono pode gerar novos conflitos, aumentando os problemas, a insatisfação das partes e o número de processos.

Por todo o exposto, a autora acredita que a mediação e a conciliação são institutos de grande importância, uma vez que atribuem à população o poder de participar ativamente da resolução de seus litígios, o que é um reflexo do exercício popular do poder.

Ademais, Silva (2017) chama atenção para a questão estrutural, pois hoje as sessões de mediação ou conciliação podem ocorrer em câmaras públicas institucionais, mas também em ambientes privados, podendo acontecer de forma judicial ou extrajudicial. Judicialmente, a audiência se dará Centro Judiciário de Solução de Consensual de Conflitos (CEJUS) e ocorrerá antes do contraditório, sendo um procedimento obrigatório, exceto se abdicado por todas as partes por escrito ou quando tratar de direitos indisponíveis.

Em outro estudo, Cabral (2017) fez uma análise da evolução das técnicas de autocomposição no Brasil, na qual destacou os principais desafios do Poder Judiciário na estruturação e consolidação do planejamento na prática. O autor levanta como um dos maiores desafios, as questões da estrutura física e humana que o sistema judiciário necessita para implantar este novo sistema. Uma crítica que se faz à questão da remuneração dos mediadores/conciliadores, é que o novo CPC não a tratou como parte das custas com o processo, deixando a regulamentação deste assunto à cargo dos tribunais.

Porém, o artigo 82, parágrafo 2º do dispositivo legal, afirma que cabe à parte interessada arcar com os custos das sessões. Em relação à estrutura física, o CPC de 2015 determinou a criação dos Cejus para que ocorram as audiências, porém a maioria dos Tribunais, mais de um ano após o início da vigência do Código (sem considerar o tempo de *vacatio legis*) ainda está longe de consolidar tal estrutura. Por fim, além da estrutura física, é de suma importância que os mediadores/conciliadores sejam capa-

citados para poder presidir as sessões, o que também dificulta aos Tribunais colocar esta nova metodologia em prática.

Alves e de Paula (2017), abordaram, por meio da análise de um caso concreto, a importância dos métodos de pacificação social, especialmente da mediação, para todos os envolvidos no processo – advogados, mediadores e mediados. O estudo ressalta que as mudanças do novo CPC dão oportunidade ao Poder Judiciário de exercer uma de suas principais funções, que é a de colaborar com a educação da sociedade como um todo, desconstituindo o caráter da disputa por parte de quem recorre ao judiciário e de quem ampara essa população.

As autoras ressaltam que a presença do advogado é de extrema importância no decorrer de todo o processo judicial, especialmente na preparação de seus assistidos para a sessão de mediação/conciliação. Ainda que o mediador/conciliador tenha o papel de explicar como funciona a sessão, o advogado tem um contato anterior e a confiança de quem o contratou, sendo a figura mais indicada para orientá-lo acerca do princípio da cooperação, incentivar a boa-fé por parte do mediado e desenvolver nele os sentimentos de segurança e otimismo. Essa postura por parte do defensor é essencial para preparar seus assistidos para a sessão em si.

Ainda, o resultado positivo do processo está atrelado ao papel do terceiro que irá presidir a sessão. É fundamental que o mediador/conciliador além de ter uma conduta ética, respeite os princípios que regem a mediação e a conciliação, trazidos pelo novo CPC e pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, a saber: confidencialidade; decisão informada; competência; imparcialidade; independência; autonomia da vontade; oralidade; informalidade; respeito à ordem pública e às leis vigentes; empoderamento e validação.

Outro aspecto importante para a eficácia de uma sessão de conciliação e mediação é o conhecimento técnico do mediador e do comediador sobre a área em que se desenvolve o litígio. Como exemplo, as autoras relatam um caso concreto que, após mais de 1 ano do ajuizamento da ação de inventário e partilha de bens e

contando com 16 herdeiros – que requereram a audiência –, foi solucionado por meio da mediação, contando com a colaboração de todos os envolvidos e com o conhecimento aprofundado da mediadora sobre o tema. Ao término da sessão as partes e os advogados puderam demonstrar seus sentimentos de satisfação e de empoderamento por conseguirem resolver pacificamente em oito horas o que poderia se estender a 10 anos de litígio.

Em razão das características específicas da conciliação e da mediação, pode-se dizer que uma ou outra é mais adequada para determinada situação. É nítida a preocupação do legislador em reestabelecer a comunicação e preservar um bom relacionamento entre as partes especialmente nos casos em que o vínculo entre elas não se desfaz com (ou sem) um acordo. Assim, a depender da área em que o método de solução pacífica de conflitos será aplicado, um método será indicado, como se pode observar no tópico que segue.

3.2 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Filpo e Almeida (2017) analisaram a repercussão das mudanças no direito de família e acreditam que o legislador teve uma atenção especial voltada para esta área, com a preocupação de reestabelecer o diálogo entre as partes, o que, para os autores, foi um dos grandes avanços do novo Código. A percepção do legislador de que os litigantes precisam se livrar da postura de disputa para adquirir uma postura de colaboração é de grande importância para que o método seja eficaz. Desta forma, a mediação tem sido a metodologia mais indicada para as audiências de assuntos relacionados ao direito de família, por seu caráter preservador das chamadas “relações úteis” – por exemplo, a relação de ex-companheiros cujo divórcio coloca fim à relação do casal, mas não à relação de pais que precisam educar o filho de forma harmônica.

Além da obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação, os autores destacam algumas peculiaridades do novo

Código que criam todo um ambiente propício para que as audiências ocorram. Essas peculiaridades vão desde a tentativa da solução do conflito mesmo quando uma das partes expressa não ter interesse em acordar – para “pular” etapa da audiência de mediação ou conciliação, é preciso a anuência de todas as partes envolvidas; até o momento da citação do réu para a audiência, na qual não é mais entregue uma cópia da Petição Inicial, mas sim apenas os dados necessários à audiência, na tentativa de evitar que a parte ré interprete mal os fatos narrados na exordial.

É verdade que este novo procedimento (não entregar a petição inicial à parte adversa já na citação) tem gerado muita discussão. Os doutrinadores que se posicionam à favor desta prática a justificam pelo fato de terem percebido, especialmente nas causas de família, que dependendo de como a inicial foi confeccionada é possível que haja erros de interpretação, o que poderia trazer à tona sentimentos de mágoa, ou outros que possam influenciar negativamente a tentativa de solucionar o conflito pacificamente.

Por outro lado, alguns doutrinadores se posicionam contra esta prática, pois alegam que ela prejudica o exercício do contraditório, uma vez que a parte ré não teria como se defender sem saber o que lhe está sendo imputado. Esta lide de entendimentos sobre o momento da citação do réu provocou uma mudança conceitual no novo CPC. Enquanto que no CPC de 1973 a citação do réu era atrelada ao ato de o mesmo se defender, no CPC atual a citação é o chamamento das partes a integrar o processo.

Contudo, mesmo com a mudança no texto legal, o maior problema enfrentado tem sido a cultura da disputa há tanto tempo radicada na sociedade brasileira. O duelo criado entre as partes, muitas vezes instigado pelos seus defensores, reflete diretamente no curso do processo. É mais costumeiro do que se imagina não haver acordo entre as partes nas audiências de conciliação/mediação, sob a influência dos advogados. Já na presença do juiz é mais provável que se chegue a um meio termo. Ou seja, muitas vezes a dificuldade de se ter êxito nas audiências de conciliação e mediação não está relacionada aos mediados, mas

aos operadores do direito, que deveriam facilitar a comunicação entre seus clientes e não instigar o litígio entre eles.

Desta forma, percebe-se que, apesar de toda mudança positiva oferecida pelo novo Código, é urgente a mudança dos atores processuais, a começar pela transformação de uma cultura que está acostumada com a disputa e acredita que apenas a sentença do juiz é capaz de solucionar o problema. Apenas a partir de uma nova forma de pensar e de agir, o novo Código poderá efetivamente ser colocado em prática e isso demanda tempo e esforço de todos os envolvidos.

3.3 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No âmbito administrativo, o NCPC também traz inovações sobre a administração pública que irão refletir na aplicação dos métodos de solução pacífica de conflitos. Jesus (2017) ressalta a importância dos instrumentos de solução consensual de conflitos, considerando que a administração pública é alvo de uma grande parte das ações do judiciário e que atualmente o Poder Executivo vem enfrentando uma crise de descrédito por parte da população. Dada a necessidade de regulamentação desses institutos para a administração pública, além da Lei de Mediação e do Novo CPC, os métodos alternativos de solução de conflitos, na esfera administrativa, também são regulados pelo Código Modelo de Jurisdição Administrativa.

O intuito do Código Modelo é adaptar a metodologia à administração pública. Para tanto, estabelece a necessidade da formação de um juízo prévio de admissibilidade da demanda para as audiências. Estabelece ainda que o administrador público deve atuar em prol da coletividade e que por este motivo não possui liberdade, devendo restringir sua atuação às leis, podendo, por exemplo, apenas discutir sobre como aquele direito será executado.

Na seara da administração pública, há também a possibilidade de a mediação ou a conciliação ocorrerem coletivamente em prol

dos direitos do consumidor, quando o assunto for a prestação de serviços públicos. Se relativo à União Federal, a solução do conflito pode se dar por meio da transação por adesão, desde que autorizada pelo Advogado-Geral da União e aprovada pelo Presidente da República. É possível ainda (aos Estados e Municípios, ao Distrito Federal, autarquias, fundações públicas e sociedades de economia mista federais) a realização de sessões extrajudiciais para a solução de conflitos com órgãos ou entidades da administração pública federal, desde que submetidos à Advocacia-Geral da União. Em sede de direito Tributário, a conciliação/mediação extrajudicial necessita, também, da intervenção do Advogado-Geral da União e ainda do Ministro do Estado da Fazenda para decidir sobre os créditos, o que pode significar abrir mão de possíveis recursos fiscais.

A autora reconhece que muito se evoluiu em relação aos métodos consensuais de solução de conflitos dentro da esfera administrativa, porém ainda há que se discutir sobre o grande número exigências, como, por exemplo, a necessidade de intervenção do MP e do AGU no processo, pois certamente contribuem para a lentidão e ineficiência do processo.

3.4 DIFICULDADES ENFRENTADAS

Com a entrada no CPC de 2015 em vigor, a audiência de conciliação e de mediação passa a ser medida obrigatória para as ações que obedecem ao rito comum, salvo exceções já abordadas neste artigo. O fato é que alguns operadores do direito têm demonstrado certa resistência ou dificuldade de adaptação, o que os faz procurar justificativas para dispensarem a audiência de mediação/conciliação. Mazzola (2017) traz à tona seis motivos pelos quais alguns Magistrados optam pela dispensa da audiência preliminar de solução pacífica do litígio, dos quais três, para o autor, não encontram amparo legal.

O primeiro motivo que o autor discute é o da “violação da duração razoável do processo”, retirado de um despacho no qual o Magistrado, deixou de designar a audiência de conciliação/ mediação, alegando que a designação da sessão acarretaria tal violação.

Para o autor, o pensamento do Magistrado vai de encontro a um dos objetivos da aplicação dos métodos de pacificação social, que é o de dar celeridade ao processo. Em uma audiência eficaz, um litígio tem grandes chances de ser resolvido da melhor maneira possível para as partes. De outro modo, ainda que ambas as partes não mostrem interesse na realização da audiência preliminar, basta que se apresente uma petição inicial 10 dias antes da realização da mesma, podendo o juiz, se estiver de acordo, de forma motivada, dispensar o ato. Então, de acordo com o autor, não há que se falar em violação do princípio da duração razoável do processo.

Um segundo fator que tem feito os Magistrados dispensarem a audiência de conciliação e mediação é a manifestação de desinteresse da parte autora na exordial. Como dito anteriormente, a falta de interesse unilateral não é motivo que justifique a não realização da audiência, pois há casos em que a mediação ou a conciliação conseguem evoluir se não para a solução do litígio como um todo, pelo menos em partes ou ainda reestabelecendo a comunicação entre as partes, o que pode facilitar futuramente.

A terceira dificuldade enfrentada, que se pode perceber em recentes decisões dos Magistrados é que alguns não defendem o sistema multiportas por acreditar que o mesmo inviabiliza o acesso à justiça, o que, de acordo com o autor, não procede, pois, o instituto da mediação e da conciliação em nada prejudica o exame das questões urgentes por meio de tutelas provisórias. Destaca ainda, que é prerrogativa das partes participar, voluntariamente, da tentativa de acordo. Desta forma, se as partes demonstrarem descontentamento e desinteresse na realização da audiência de mediação ou conciliação, o Magistrado pode deixar de a designar.

Outros dois obstáculos encontrados, está no poder conferido aos juízes de promover a autocomposição a “qualquer tempo” (art. 139, V, CPC). Essa liberdade tem sido utilizada para justificar o adiamento da audiência para outro momento do processo. Ocorre que, segundo Mazzola (2017), quanto mais se adentra no litígio, menor a probabilidade de se chegar a um acordo pacificamente, pois as partes já se acusaram mutuamente e a atmosfera fica cada vez menos favorável à autocomposição. O mesmo vale

para a expressão “sempre que possível”, do artigo 3º, parágrafo 2º do CPC, que pode ser interpretada como uma faculdade do Magistrado designar ou não a audiência.

Nessa esteira, a falta de estrutura física dos Tribunais para a realização das audiências poderia ser um motivo para legitimar a fundamentação do Magistrado quando da escusa a audiência preliminar. Porém, esta justificativa não é plausível uma vez que aos juízes cabe o dever de se adequar à nova Lei. Se os Tribunais não organizaram seus Cejus no período de um ano de *vacatio legis*, existe a opção de fazer um convênio com Câmaras Privativas de solução de conflitos, ou o próprio juiz pode presidir uma audiência de conciliação ou mediação.

O autor critica ainda a interpretação que vem sendo dada ao expresso no art. 334, §4º, II, do CPC de 2015, quando adverte que não será possível a realização da audiência de conciliação e mediação quando a matéria não admitir autocomposição. O problema é que muitos têm interpretado que não é possível a realização da mediação ou conciliação quando a matéria tratar de direito indisponível, o que não é verdade pois, de acordo com o art. 3º da Lei de Mediação, os direitos indisponíveis que admitirem transação também são propensos a serem discutidos em sede de mediação/conciliação. O mesmo se aplica ao direito público, que assim como o direito indisponível, podendo ser transacionado pode ser objeto de mediação/conciliação, não sendo uma justificativa plausível para o juiz simplesmente descartar esta fase preliminar do processo.

Por fim, existem as situações legais em que a audiência pode ser dispensada fundamentadamente, a saber: quando as partes optam por deixar expresso em contrato que abrem mão da audiência (desde que o contrato seja legal) ou quando as partes demonstram que já passaram por tentativa de solucionar o conflito por meio dos institutos, mas não obtiveram êxito.

3.5 O PAPEL DO JUIZ

Dada a mudança do Novo CPC, Sampaio Júnior (2017) reflete em seu artigo sobre o papel do Juiz perante os operadores de direito

e perante a sociedade na mudança de cenários, no qual é necessário priorizar a autocomposição em detrimento da decisão judicial.

O autor – e juiz de direito, analisando todo o panorama atual da jurisdição brasileira, mostra que muito mais do que se preocupar unicamente com a resolução do caso concreto, os operadores precisam se preocupar com as partes. Para o Magistrado, resolver uma disputa por meio de uma sentença em que se declara uma parte perdedora e a outra vencedora sempre vai gerar um sentimento de insatisfação por um dos lados e, conseqüentemente, a relação de respeito e de paz que se poderia existir entre as partes, fica cada vez mais distante.

O método de resolução pacífica de conflitos aborda o problema de outra perspectiva, analisando o todo e não uma fração, se preocupando, de fato, com uma política de paz, auxiliando as partes a encontrarem um equilíbrio, de modo que um dos principais objetivos seja que ambas saiam satisfeitas. Esse sentimento de satisfação não está relacionado necessariamente com o resultado processual, mas com o reconhecimento do erro e com o entendimento de que aquele acordo é justo para ambas as partes. A perspectiva é que tudo isso traga a possibilidade de um melhor relacionamento “pós-lide” e principalmente um maior comprometimento com as obrigações assumidas pelas partes, resultados que a sentença dificilmente irá promover.

Os métodos de pacificação social, além de serem aplicados extrajudicialmente ou em uma fase preliminar do processo, também podem ser aplicados pelos juízes. Porém, muitas vezes isso pode ser uma tarefa árdua. De acordo com o autor, um dos maiores desafios atualmente é mudar o modo de pensar e de agir de alguns julgadores. É necessário que se “desligue o automático” de decidir determinada questão e se aceite que as mudanças do novo CPC são indispensáveis para o alcance efetivo da pacificação social. O que vem se fazendo há anos é um desfavor à sociedade e nas palavras do Magistrado:

Pensar em uma atividade jurisdicional que não vise obrigatoriamente a pacificação social é tratar essa função pública com descaso, pois todo o agir

das autoridades em geral devem aspirar ao bem comum e este só é atingido com uma solução efetivamente satisfatória para ambas as partes, mesmo que uma das partes perca processualmente falando, mas que fique consciente dos seus erros. (SAMPAIO JÚNIOR, 2017, p. 175).

Caso o juiz que está fazendo papel de conciliador, mais especialmente de mediador, se adentre mais do que o necessário no mérito da questão, a ponto de as partes perderem a autonomia de resolução do problema, o melhor a se fazer é adiar a sessão e passar o caso para o juiz substituto. Desta forma, é mister que os juízes também se capacitem para poder aplicar as técnicas da melhor forma possível, evitando resultados indesejáveis, como o adiamento da sessão.

Para o autor, não há dúvidas de que os métodos consensuais de resolução de conflitos vêm ganhando espaço. Antes da implantação do CPC de 2015, era impensável se discutir direitos indisponíveis ou casos em que a presença do Poder Público fosse indispensável em sede de mediação e conciliação, o que atualmente já é possível. Os métodos podem ser aplicados em diversas áreas do direito, inclusive em determinadas situações do direito penal, o que vem sendo tratado pela mediação penal e pela justiça restaurativa. Desta forma, é essencial que a cultura da pacificação social se instale na sociedade como um todo e que os profissionais do Direito, especialmente os juízes, se esforcem para a concretização bem-sucedida desta mudança, capacitando-se para entender e aplicar os novos métodos de solução de conflitos.

Diante de todo o exposto, percebe-se que a mediação e a conciliação são instrumentos que podem ser utilizados por diferentes áreas do Direito. Atualmente a área em que esses institutos estão sendo muito bem aceitos é a do direito de família, especialmente a mediação, por se preocupar com a qualidade da relação entre as partes. Não apenas nas questões de família a nova metodologia vem sendo utilizada, mas também dentro da administração pública, do direito tributário, entre outras. Alguns autores acreditam que as mediações/conciliações na esfera da

administração pública, do direito tributário, do trabalho, entre outros seriam mais bem aceitas se as exigências não fossem tantas (como participação do Ministério Público, do Advogado-Geral da União e até de autorização do Presidente da República).

Como era de se esperar, surgem duas correntes em relação às modificações trazidas pelo Novo CPC, uma que se posiciona a favor das mudanças e outra que se posiciona contra. Um dos principais pontos que gera discórdia entre as correntes, é o caráter obrigatório das audiências preliminares. Os “contra-reforma” alegam que o vão de encontro ao “espírito” do processo e que além disso irão deixar os processos mais lentos.

Os “pró-reforma”, por sua vez, argumentam que a obrigatoriedade é do chamamento das partes à audiência de conciliação, mas não havendo interesses de todos os envolvidos, o juiz pode deixar de designá-la. Ainda, não há que se falar em morosidade do processo, pois se houver autocomposição o litígio se resolve sem a necessidade do prosseguimento da ação (e isso promove a celeridade do processo) e se não houver acordo o simples fato de se reestabelecer o canal de comunicação entre as partes, o que vai ser importante no decorrer do processo, já foi de grande valia.

Uma mudança discreta, mas que tem gerado muita polêmica é o novo formato de citação do réu. No CPC antigo, o réu era citado para se defender. Desta forma, juntamente com a citação, deveria ter acesso à petição inicial para que pudesse preparar sua defesa. Atualmente, o réu é chamado a participar do processo e nesta oportunidade, não mais recebe a petição. A crítica que se faz a esta mudança é que o contraditório ficaria prejudicado. Em contrapartida, os argumentos favoráveis à mudança apontam que o acesso da parte à exordial pode influenciar negativamente a tentativa de pacificação do conflito, pois dependendo de como a peça foi escrita e de como será interpretada sentimentos negativos podem surgir.

Em relação à estrutura física e humana, que envolve a criação dos Cejus e a capacitação de profissionais, assim como a remuneração deles para a realização das audiências, a corrente contra alega que dispor desta estrutura física é inviável, pois aumentaria muito os custos do processo. Rebatendo essa alegação,

a corrente a favor afirma que não apenas nos Cejus as audiências podem ocorrer, mas também em câmaras públicas institucionais e em ambientes privados.

Todo esse atrito está relacionado ao choque de uma mudança que é mais cultural do que estrutural. Como abordado pela maioria dos autores apresentados, se faz urgente uma mudança de paradigmas, de hábitos, de crenças, especialmente de quem aplica o direito para que se evite que as maiores autoridades do judiciário tenham tamanha resistência que tentem “driblar” as audiências de conciliação e de mediação com justificativas absolutamente infundadas. Se o descrédito vier de instâncias superiores, dificilmente o pensamento e a forma de agir de profissionais e da população irá mudar. Por isso o papel dos juízes e dos advogados é tão importante na incorporação desta nova cultura da paz.

4 CONCLUSÕES

Pouco mais de um ano após o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015, ainda é cedo para se analisar os resultados práticos da eficácia dos métodos consensuais de solução de conflitos. Porém, não se pode negar que a inserção dos institutos da mediação e da conciliação no rito do processo civil brasileiro inaugurou um novo meio de pensar o Direito. O que antes era considerado uma forma alternativa de resolução de conflitos, agora é o principal veículo por meio do qual se busca encontrar uma solução pacífica dos problemas.

Como em toda grande mudança, grandes desafios surgiram e ainda irão surgir no decorrer do processo de aceitação e incorporação dos novos procedimentos. Infelizmente, nem todos acreditam na eficácia do método e esse é um dos grandes desafios a ser enfrentado pelos defensores das alterações do Novo CPC.

A aceitação depende de outra grande mudança: a cultural. A população brasileira é educada há décadas para disputar, para acreditar que apenas a sentença do juiz coloca fim ao conflito e para ganhar. O problema é que, em uma disputa, um lado ganha, mas o outro perde e essa situação pode se prolongar por muitos

anos, por meio dos inúmeros recursos que um processo pode enfrentar. Quando não há mais recursos, ainda que a sentença seja modificada, sempre haverá um perdedor, por que quem decide é uma pessoa que está fora do litígio, o juiz. O objetivo da auto-composição é exatamente o oposto. As partes são atores ativos do processo e, especialmente por meio da mediação, a solução do conflito deve partir delas, o que as oferece segurança, satisfação e empoderamento.

Dificuldades e resistência sempre irão existir e é por isso que se faz fundamental a participação de todos: do Estado com políticas públicas educativas para a população, dos advogados e dos juízes com o incentivo à autocomposição, da população voltando a acreditar no sistema jurídico do Brasil.

Apesar de todas as dificuldades enfrentadas, prognóstico é otimista. Acredita-se que a partir do momento em que a cultura da paz for incorporada conjuntamente pela população e pelos operadores do direito, o sistema jurídico brasileiro irá ganhar em celeridade e, principalmente, em qualidade. A expectativa é que os conflitos possam ser resolvidos com a participação ativa das partes que, poderão sentir-se mais atendidas com o resultado. E isso terá um grande impacto nas relações humanas e no número de ações judicializadas.

A presente pesquisa limitou-se a discutir quase que exclusivamente os métodos consensuais de solução de conflitos na esfera judicial, pois se vinculou às mudanças apresentadas pelo CPC de 2015, que trata da esfera judicial. Porém, por ser um método igualmente válido de solução pacífica de conflitos, vale a pesquisa no sentido de saber quantos acordos extrajudiciais, depois de um tempo, viram ações judiciais, indicando a real eficácia do método.

REFERÊNCIAS

ALVES, Sandy de Paula; PAULA, Jaqueline Porcino de. Elementos que influenciam diretamente no resultado positivo da mediação aplicada em processos judiciais e um caso concreto digno de análise. **Revista FONAMEC**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p.352-367, maio 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de mediação judicial**. 6.ed. Brasília, DF, 2016. 392p.

BUIKA, Heloisa Leonor. A mediação e a difusão da cultura da paz. **Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v.18, n.103, p.78-102, set.-out. 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da conciliação e mediação no Brasil. **Revista FONAMEC**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p.368-383, maio 2017.

FILPO, Klever Paulo Leal; ALMEIDA, Marcelo Pereira. Ações contenciosas de família na Lei nº 13.105/2015: lógica do consenso x lógica do contraditório. **RBDPro**, ano 25, n.98, Belo Horizonte, abr.- jun. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada. **Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n.91, p.71-92, set.-out. 2014.

JESUS, Marcela do Amaral Bento de. Mediação e conciliação no âmbito da jurisdição administrativa no Brasil. **Revista CEJ**, Brasília, ano XXI, n.71, p.47-53, jan.-abr. 2017.

MAZOLLA, Marcelo. Dispensa da audiência de conciliação/ mediação: seis dribles e dois gols. **Revista FONAMEC**, Rio de Janeiro v.1, n.1, p.253-262, maio 2017.

PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini; ALMEIDA, Ivone Juscelina. O novo futuro da mediação no Brasil com o advento do Novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação. **Revista das Faculdades Integradas Vianna Sapiens**, Juiz de Fora, v.7, n.1, jun.-jul. 2016.

SALES, Lilia Maia de Moraes. Técnicas de mediação de conflitos e técnica da reformulação – novo paradigma e nova formação

para os profissionais do direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, Vale do Itajaí, v.21, n.3, p.940-958, set.-dez. 2016.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. O papel do juiz na tentativa de pacificação social após o advento do novo CPC e a Lei de Mediação. **Revista FONAMEC**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p.171-188, maio 2017.

SILVA, Patrícia Francisco da. O instituto da mediação e da conciliação sob a perspectiva do novo código de processo civil. **Revista ESMAT**, Palmas, ano 9, n.12, p.75-86, jan.-jun., 2017.

***A UTILIZAÇÃO DA TUTELA
ANTECIPADA NO INSTITUTO
DA ARBITRAGEM: UMA
ANÁLISE ACERCA DA
NECESSIDADE ANTERIOR À
INSTITUIÇÃO ARBITRAL***

Hugo César Silva dos Santos

Cecilio Argolo Junior

Concluinte do curso de Direito do
Centro Universitário Maurício de Nassau (UNINASSAU), Maceió, Alagoas.
hugocesar_smc@hotmail.com

Pesquisador; Doutorando em Psicologia Clínica; Mestre em Pesquisa em Saúde;
Mestrando em Direitos Fundamentais pela UNAMA; Professor de Pesquisa do
curso de Direito; Coordenador do Núcleo de Pesquisa e Extensão do Centro
Universitário Maurício de Nassau (UNINASSAU).
cecilio.argolo@mauriciodenassau.edu.br
marymalte@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem é um instituto de solução de conflitos considerado um dos mais antigos meios de resolução de controvérsia por um terceiro imparcial, ganhou respaldo na legislação pátria com a homologação da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), que disciplina o seu procedimento.

Por meio da recente Lei de reforma arbitral nº 13.129, sancionada em 2015, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais discutidos durante todos esses 20 anos de vigência, incrementados na redação legal, principalmente o tratamento das tutelas de urgência, incluída em capítulo único. Contudo, no mesmo ano veio à tona a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil com a regulamentação das tutelas provisórias em livro único, que em obediência ao artigo 22-A da Lei de Arbitragem poderão ser observadas no processo pré-arbitral.

O entendimento da utilização da tutela antecipada na arbitragem não era pacificado dentre os doutrinadores, visto que seu tratamento na lei possuía uma redação confusa e muito duvidosa, sendo isso suficiente para surgir o questionamento da sua utilização diante da obrigação direcionada a instituir a via arbitral.

A metodologia utilizada foi, exclusivamente, bibliográfica, por meio de análise de doutrinas, leis e jurisprudência de forma a dar sustentação ao estudo desenvolvido. Teve como base livros e periódicos jurídicos utilizados com o intuito de gerar conhecimentos e, por conseguinte, esclarecer dúvidas atinentes à concessão dessa medida no âmbito da arbitragem.

Pari passu, será analisada a tutela provisória por meio da tutela de urgência, gênero das espécies cautelar e a antecipada, objeto deste estudo, observando seus pressupostos para sua possível concessão. Como também, uma análise histórica da Arbitragem, também da Convenção arbitral e o direito à tutela provisória, de forma a adentrar na respectiva reforma da lei específica, com ênfase à fase anterior à instituição da arbitragem.

Por fim, de forma direta, concisa e objetiva pretende-se mostrar a utilização desta medida de urgência antecipatória, re-

querida em caráter temporário, pelo Poder Judiciário antes de constituir o procedimento arbitral.

2 TUTELA PROCESSUAL DIFERENCIADA UTILIZADA NA ARBITRAGEM

Antes de instituir o procedimento arbitral subsistir a necessidade de tutela provisória, nada impede a parte de se apoiar na justiça estadual, expondo em juízo a existência da cláusula compromissória e os pressupostos fundamentais exigidos no Código de processo Civil para a concessão da tutela de urgência. O magistrado, ao analisar e identificar os requisitos exigidos na lei, vai conceder, mediante seu livre convencimento devidamente fundamentado, a tutela requerida, em caráter preparatório do instituto arbitral. Acerca do mesmo entendimento, Ranzolin e David (2015, p. 305), exprimem:

[...] a doutrina processual denomina de tutelas 'de urgência', cujo pressuposto para sua aplicação é a premente necessidade de resguardo provisório do (provável) direito de uma das partes, que estiver sob fundada ameaça de dano irreparável ou de difícil reparação, seja durante o procedimento arbitral, seja quando este ainda não houver sido instituído (e houver, é claro, convenção de arbitragem firmada entre as partes).

Neste laço, essa probabilidade de concessão antecipada da tutela não é novidade, mas em recente reforma na legislação arbitral, a lei 9.307/96 expressamente em seu artigo 22-A, inseriu a possibilidade de o Judiciário conceder a medida antecipada em uma situação de urgência, quando ainda inexistir árbitro competente para concedê-la. Em verdade, essa solução assegura que a sentença arbitral tenha um resultado útil em favor da parte vencedora, assegurando ou antecipando uma medida de urgência.

Segundo Kulesza e Carreteiro (2015, p. 165, grifo do autor) “[...] o novo artigo 22-A, da Lei de Arbitragem, deve ser recebido

de forma bastante positiva. Ao colocar de forma expressa que as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de tutela de urgência *antes de instituída a arbitragem [...]*”.

Por tais razões, em algumas situações é inevitável que a tutela de urgência tipificada no Código de Processo Civil seja concedida pelo Poder Judiciário antes de ser constituído o árbitro competente para conhecer e julgar a tutela provisória, visto que ainda não foi aceita a sua nomeação, nos moldes do artigo 19 da lei 9.307 de 1996, de acordo com as peculiaridades impostas pelas partes.

2.1 TUTELA PROVISÓRIA

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, o direito positivo, denominou o livro V da sua parte geral em tutela provisória, pelo qual essa técnica processual pode fundamentar-se em urgência ou evidência, vale destacar que ambas são previstas como espécies do gênero tutela provisória, disciplinadas pelos artigos 294 a 310 do atual CPC, Lei nº 13.105 de 2015 (TESSER, 2016). No dizer de Greco (2016, p. 186):

Tutela provisória é aquela que, em razão da sua natural limitação cognitiva, não é apta a prover definitivamente sobre o interesse no qual incide e que, portanto, sem prejuízo da sua imediata eficácia, a qualquer momento, poderá ser modificada ou vir a ser objeto de um provimento definitivo em um procedimento de cognição exaustiva.

A lei em vigor, tratando-se das tutelas antecipada e cautelar, definiu-as como tutelas de urgência, que possibilita à parte postular uma medida provisória, valendo-se da tutela jurisdicional que não possui caráter definitivo, podendo ser requerida de forma antecedente ou incidental com os requisitos para a concessão tendo respaldo nos fundamentos elencados no artigo 300 do CPC (TESSER, 2016). Cahali (2015, p. 291, grifos do autor), com suas palavras, descreve:

*Na tutela provisória de urgência, ainda, poderá ser requerida medida cautelar, ou antecipada, cada qual com características próprias, mas sempre no pressuposto de estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*; estes são essenciais ao cabimento da tutela de urgência (CPC/2015, art.300).*

Felizmente, no CPC a concessão das tutelas de urgência, em caráter antecedente, não faz surgir um processo autônomo e, por conseguinte, não haverá o ajuizamento de outro denominado principal, ao qual aquele é sempre dependente deste. Neste passo, o regramento do direito ressalta a importância do caráter temporário das medidas de urgência, demonstrando ter eficácia enquanto perdurar o processo. Existindo a chance de ser revogada ou modificada em qualquer fase, de acordo com o artigo 296 do CPC (ASSIS, 2016). Na lição de Gonçalves (2016, p. 319-320):

[...] não há mais a possibilidade de processo cautelar autônomo. As tutelas provisórias – tanto satisfativa quanto cautelares – jamais implicarão a formação de um processo autônomo. [...]. Atualmente, o deferimento de tutelas provisórias dar-se-á sempre em processos de conhecimento ou de execução, seja em caráter antecedente, seja incidentalmente.

O CPC, (art. 297) aduz: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”. Obviamente, poderá o magistrado, conforme determina a legislação, adotar o procedimento que lhe proporcione o cumprimento da referida tutela. Vale ressaltar que o juiz não está completamente livre, por isso deverá sempre respeitar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, juntamente com a vinculação à função constitucional, à luz do devido processo legal (ASSIS, 2016). Nesse diapasão, assevera Montenegro Filho (2016, p. 588-589):

Como a própria expressão indica, a tutela é provisória, fundada nos elementos de prova e nas considerações aduzidas pela parte que se

beneficia da sua concessão. Deferida, a parte contrária pode produzir provas e comprovar a veracidade das suas alegações, demonstrando ao magistrado que os requisitos exigidos para a concessão da tutela provisória não foram preenchidos [...].

Assim, com indicação somente quanto à norma específica que deve ser adotada em tutela provisória, no modo efetivo de operar, o parágrafo único (art. 297) conforme sua redação destaca que: “A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”.

Por oportuno, no texto legal do artigo 93, IX da Constituição Federal (1988), a lei expressamente declara que todos os julgamentos do poder judiciário deverão vir devidamente fundamentados, logo, segundo o CPC de 2015 (art. 298): “Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”. De igual forma, afirma Theodoro Júnior (2016, p. 629):

O juiz, nessa esteira, deverá fundamentar a decisão, apresentando às partes os fundamentos de fato e de direito que lhe formaram o convencimento acerca da plausibilidade do perigo de dano e do direito invocado. Aliás, o dever de motivação de toda e qualquer decisão judicial é uma imposição de ordem constitucional (CF, art. 93, IX).

A saber, no regime jurídico próprio das tutelas provisórias fala-se em motivação, lembrando em contexto amplo o disposto na Carta Maior, incentivando o juiz a fundamentar sua decisão com base no seu convencimento (ASSIS, 2016).

2.2 TUTELA DE URGÊNCIA

Em análise ao (art. 300) Código de Processo Civil, o texto normativo menciona que: “A tutela de urgência será concedida

quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. De fato, estes são os requisitos previstos na lei para ocorrer a concessão de uma das tutelas de urgência, quais sejam; antecipada e cautelar, seguindo um regime jurídico próprio para disciplinar ambas as tutelas mencionadas (ASSIS, 2016). Montenegro Filho (2016, p. 593, grifos do autor) afirma:

[...] para a concessão da tutela antecipada, **o novo CPC padronizou os requisitos**, exigindo a demonstração **da probabilidade do direito** e do **perigo de dano** ou do **risco ao resultado útil do processo** tanto para a concessão da tutela provisória de urgência como da tutela provisória antecipada.

As medidas de urgência encontradas no CPC, visam proteger o provimento final da demanda, afastando o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo nas situações advindas do tempo de duração do pleito, ocasionando à parte lesão ao direito pretendido no final da lide. Por isso, o Poder Judiciário utiliza-se de uma técnica de sumarização, aplicando medidas imediatas com o intuito de combater o ônus do tempo, que é necessário para o cumprimento de todas as etapas do devido processo legal (THEODORO JÚNIOR, 2016). No dizer de Nunes e Andrade (2016, p. 77):

A tutela de urgência tem, no âmbito do processo, fundamental importância: é uma das mais importantes técnicas por meio da qual se impede que o tempo necessário à duração do processo cause dano à parte que tem razão. Não se pode, hoje, pensar em processo efetivo normativamente sem que exista a possibilidade de buscar medidas de urgência para combater o efeito nocivo do tempo, aliado a situação de perigo de perecimento do direito material, durante todo o curso do processo.

Além desse fator, está clara a diferenciação das tutelas de urgência conforme a natureza de cada uma delas, ambas são provisórias e por serem as duas medidas urgentes cabíveis, elas são parecidas em alguns aspectos. Tão somente a de natureza cautelar, o magistrado na respectiva ação vai determinar uma medida assecuratória, protegendo o direito do demandante que possuir algum risco de dano pela demora processual. Ademais, a tutela antecipada tem natureza satisfativa, deferindo o juiz desde logo os efeitos finais que só seriam concedidos na sentença final do litígio (GONÇALVES, 2016).

As medidas urgentes possuem uma grande relevância no que diz respeito a resguardar o objeto final requerido pelo autor da demanda, pois irá receber uma proteção jurídica diferenciada até a decisão de mérito, mesmo havendo distinção entre as medidas cautelar e antecipada as duas são fundamentais para o alcance do objetivo final postulado, evitando um iminente perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, seja satisfazendo ou assegurando em caráter provisório até a decisão definitiva (GONÇALVES, 2016). Nesse laço, Cahali (2015, p. 293):

Ora, enquanto não instituído o juízo arbitral a quem possa a parte requerer as providências urgentes, para preservação de seus direitos e exercícios pleno do acesso à ordem jurídica, será feito o pedido de tutela perante o Poder Judiciário, 'assegurado como garantia constitucional em favor de todos, em caso de violação ou ameaça de violação de direito'.

O objetivo comum das tutelas provisórias de urgência é impugnar os riscos de injustiça e dano ocasionados pelo tempo de espera durante o cumprimento do devido processo legal até o deferimento em cunho definitivo da controvérsia, a parte que aparentemente estiver numa situação vantajosa poderá requerer de forma antecedente ou incidental o objeto com iminente risco de perecimento, garantindo o provimento efetivo do mérito (THEODORO JÚNIOR, 2016).

2.3 TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Com o propósito de combater a existência do prejuízo na demora processual, o legislador inseriu no CPC um meio eficiente de antecipação dos efeitos finais da sentença. A técnica utilizada em seu procedimento impede que à medida que for se desenvolvendo, o ônus temporal recaia sobre o autor da ação, afastando qualquer possibilidade de detrimento grave que possa ser ocasionado no curso do processo, evitando um dano irreparável na decisão final de mérito (CAMBI; NEVES, 2016).

Segundo Gonçalves (2016, p. 325), a antecipação em caráter antecedente da tutela “[...] satisfaz, no todo ou em parte, a pretensão formulada pelo autor, concedendo-lhe os efeitos ou as consequências jurídicas que ele visou obter com o ajuizamento da ação”. Dessa maneira, sua maior característica é a satisfatividade sem ter cunho definitivo, o juiz em atendimento ao pedido solicitado na inicial concederá ao autor em cognição superficial e sumária. Nesse desiderato, continua o autor em epígrafe ao dizer que:

Se a tutela antecipada fosse total e tivesse caráter definitivo, e não provisório, o autor ficaria plenamente satisfeito. A sua pretensão teria sido alcançada. Isso não ocorre, porque **ela é sempre provisória**, e precisa ser substituída por um provimento definitivo. Por isso, a efetivação da tutela antecipada observará as normas referentes ao cumprimento provisório de sentença [...] (GONÇALVES, 2016, p. 325, grifo nosso).

Afirma Montenegro Filho (2016, p. 587, grifos do autor), que “**a tutela provisória antecipada** se preocupa com o **direito material**, sendo satisfativa, concedendo à parte o que só lhe seria atribuído por ocasião da prolação da sentença (tutela definitiva)”. Ademais, as pessoas físicas ou jurídicas que optarem por resolver seus conflitos no procedimento arbitral, se a parte antes de instituir a arbitragem recorrer ao judiciário, elas só poderão

requerer a antecipação da tutela somente em litígios que provierem de contrato que tenha como objeto direitos patrimoniais disponíveis, de acordo com o dispositivo na legislação específica em seu artigo 1º da Lei de Arbitragem.

2.3.1 Probabilidade do Direito

A legislação em vigor dispõe que a parte deve demonstrar a probabilidade do direito para conceder a medida provisória urgente, portanto, nesta cognição sumária não são demonstrados de forma exauriente as provas do caso concreto, visto que o mesmo é litigioso e por isso tem que ser analisado de maneira mais abrangente. A saber, a provável evidência estabelecida no *caput* do art. 300 do CPC contém proximidade com a verossimilhança superficial constatada pelo requerente com o objetivo de convencer o juiz da existência do elemento *fumus boni iuris* para ser concedida a antecipação da tutela (GONÇALVES, 2016). No mesmo sentido, Theodoro Júnior (2016, p. 623-624), complementa:

O juízo necessário não é o de certeza, mas o de verossimilhança, efetuado sumária e provisoriamente à luz dos elementos produzidos pela parte. Não se pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse, mas tão somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela do processo.

No caso presente, o juiz, ao se convencer das alegações apresentadas, a depender da ameaça, pairando o direito material do autor, pode conceder a medida de urgência *inaudita altera parte*, ou seja, antes de ouvir o réu, nos moldes do artigo 9, parágrafo único, inciso I, do CPC (MONTENEGRO FILHO, 2016). Segundo o entendimento de Theodoro Júnior (2016, p. 631):

De sorte que a faculdade conferida ao juiz no art. 300, § 2º, só deve ser exercitada quando a inegável urgência da medida e as circunstâncias

de fato evidenciarem que a citação do réu poderá tornar ineficaz a providência preventiva. E, pelas mesmas razões, a decisão, ainda que sucinta, deve ser fundamentada.

As provas fornecidas pelo demandante com o propósito de conseguir a provisoriedade da tutela em caráter antecedente passarão pelo juiz que vai analisar se existe alguma situação de urgência juntamente com a probabilidade do direito, sob iminente coação de prejudicar o provimento final da demanda, ao qual o magistrado vai observar o caso concreto e, posteriormente justificar a decisão que conceder a tutela requerida (MONTENEGRO FILHO, 2016).

2.3.2 Perigo de Dano ou o Risco ao Resultado Útil do Processo

A tutela de urgência antecipada tem como finalidade afastar o *periculum in mora* do processo. A parte deve alegar ao juiz este requisito que é característico da medida urgente, conforme o prejuízo que ela corre o risco de sofrer. Vale lembrar que não é necessário concretizar a certeza logo de início para ser concedida a tutela requerida, levando em conta que a decisão do magistrado é de cognição sumária e provisória (GONÇALVES, 2016). No entendimento de Theodoro Júnior (2016, p. 624):

Para obtenção da tutela de urgência, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isto pode ocorrer quando haja o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessárias para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo.

No geral, estamos diante de uma situação em que o direito requerido provisoriamente pelo autor está em uma situação

de urgência e, para ser concedida à parte, deve ser devidamente justificado o perigo irreparável mediante demonstração do dano que ela possa vir a sofrer (MONTENEGRO FILHO, 2016). Nessa toada, Theodoro Júnior (2016, p. 624-625):

O perigo de dano refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançada caso se concretize o dano temido. Ele nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.

A ameaça danosa pode originar de ação ou omissão do réu, cabendo a ele a proteção do bem, não o fazendo, resta ao autor tutelar ao órgão Judiciário a devida proteção por intermédio da provisoriedade. Por fim, se a demonstração alegada não for suficiente para convencer o juiz, não será concedida com base em um perigo de dano ou risco improvável do objeto litigioso (GONÇALVES, 2016).

3 A UTILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO INSTITUTO DA ARBITRAGEM

Antes de o Brasil ser reconhecido como Estado, já tinha sido praticada a heterocomposição de um conflito por meio de um terceiro imparcial, sendo utilizada a arbitragem no ano de 1494, nomeando como árbitro o Papa Alexandre VI, que foi o escolhido para solucionar a lide sobre as terras Brasileiras, disputada por Portugal e Espanha de acordo com o Tratado de Tordesilhas (JÚNIOR FREITAS apud MOTTA JÚNIOR; MACHADO NETO, 2015).

Por sua vez, a arbitragem possui respaldo na legislação brasileira desde a sua primeira constituição do império de 1824, possuindo contato direto com o instituto arbitral disciplinado pela lei maior daquela época. Com o passar dos anos, a adoção do arbitra-

mento em causas cíveis foi se aprimorando com a chegada do Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1939 e, somente com o advento do Código de Processo Civil de 1973, também chamado de Código *Buzaid*, veio à baila no direito positivo à utilização das tutelas de urgência (KULESZA; CARRETEIRO, 2015).

No entanto, a doutrina não era pacificada no quesito competência arbitral para a concessão das tutelas provisórias, mas alguns doutrinadores defenderam ser de competência de o árbitro conceder as medidas urgentes. Nesse entendimento, como somente é cabível ao Judiciário exercer o poder de coerção, a ele era encaminhado a decisão arbitral para o magistrado executá-la, contudo, mesmo com o posicionamento de alguns doutrinadores, a lei era clara em prever a impossibilidade do juízo arbitral decretar medidas de urgência (KULESZA; CARRETEIRO, 2015).

Na lição de Carmona (2009, p. 323), “[...] O Código de Processo Civil, de fato dava a impressão de que o árbitro não tinha poder cautelar algum, já que, no art. 1.086, inc. II, dispunha que era defeso ao árbitro ‘decretar medidas cautelares’[...]”.

No ano de 1996, a Lei de Arbitragem deu o primeiro passo para seu crescimento contínuo na legislação brasileira com a promulgação da Lei específica de nº 9.307, porém não foi concedida no regramento positivo uma maior adequação da competência arbitral em deferir as tutelas de urgência (KULESZA; CARRETEIRO, 2015).

Em afirmação contundente Pachikoski (2015, p. 335) relata que “A lei de Arbitragem, em 1996, excluiu do Código de Processo Civil de 1973 os artigos de 1.072 a 1.102 que tratavam do Juízo Arbitral, demonstrando a vontade do legislador de que a arbitragem fosse regida exclusivamente pelos artigos da lei especial [...]”.

Após a promulgação da mencionada lei, surgiram correntes, interpretando a revogada Lei nº 13.129 de 2015 (art. 22,§4º), que possuía a seguinte redação: “Ressalvado o disposto no parágrafo 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa”. A corrente que prevaleceu mencionava que se o juízo arbitral era o competente para solucionar o litígio, também tinha a competência para analisar e de-

terminar o direito de proteção da parte por meio de uma medida de urgência (KULESZA; CARRETEIRO, 2015). Um dos renomados defensores dessa corrente foi Carmona (2009, p. 323), alegando que:

O legislador de 1996 não cometeu o mesmo erro do Código de Processo Civil, abandonando a fórmula do art. 1.086 que proibia ao árbitro decretar medidas cautelares. [...] que, havendo necessidade de tutela cautelar, a parte interessada na concessão da medida deverá dirigir-se ao árbitro (e não ao juiz togado) [...].

Neste laço, com o passar do tempo, a Suprema Corte decidiu adotar o entendimento doutrinário que defendeu a competência do árbitro em proferir tutela provisória. Destarte, em 2012, a relatora Min. Nancy Andrighi, da terceira turma do Supremo Tribunal de Justiça, decidiu com grande relevância a compreensão acima defendido com o Resp. 1297974 / RJ. Em suma, Kulesza e Carretero (2015, p. 161) mencionam o presente julgado:

O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de imperium.

Finalmente, à parte, ao formular devidamente o pedido de tutela antecipada, ao preencher os requisitos do *fumus boni iuris* juntamente com o *periculum in mora*, o árbitro ao analisar esses pressupostos e, convencendo-se da demonstração apresentada pelo autor, concederá provisoriamente o postulado pela parte requerente, caso haja resistência da parte contrária em exercer a decisão do árbitro, o Poder Judiciário será acionado para intervir, pois só ele detém o poder de *imperium* para concretizar a medida tomada pelo juízo arbitral (CARMONA, 2009).

3.1 CONVENÇÃO ARBITRAL E O DIREITO À TUTELA PROVISÓRIA

A arbitragem é um meio heterocompositivo adequado para algumas situações litigiosas em que as partes possam vir a sofrer, é uma escolha de livre vontade e aceita por ambas as partes de um contrato, isso se for por meio de uma cláusula compromissória. Ao aceitar a convenção arbitral, por força da autonomia da cláusula incluída no contrato, a instituição arbitral torna-se obrigatória para solucionar a desavença existente.

Segundo Gaio Júnior (2016, p. 53/54), “[...] por meio da cláusula compromissória, as partes se comprometem a submeter à arbitragem eventual litígio futuro e incerto decorrente da execução do contrato por ambas pactuado, isso mediante cláusula acostada ao negócio jurídico [...]”.

No entanto, esse pacto não pode ser um obstáculo à concessão judicial da tutela provisória nos casos em que a urgência for anterior à instauração da arbitragem. A convenção arbitral tem caráter obrigatório e efeito vinculante, mas é defeso criar empecilho com o intuito de impedir as partes de se resguardar no Poder Judiciário no momento em que o processo arbitral não estiver propício para conceder a devida proteção demandada (TALAMINI, 2016).

De acordo com Ranzolin e David (2015, p. 313): “É claro que o processo judicial estatal, nessa hipótese, restringir-se-á ao exame da tutela de urgência; qualquer medida para processamento e julgamento do mérito da causa dar-se-á perante o árbitro [...]”.

A intervenção do Estado surge com a inevitável necessidade de urgência na interferência imediata do juiz togado, porque a demora para dar início ao processo arbitral está pondo em risco de dano o direito do demandante. Essa indisponibilidade temporária do árbitro pode gerar prejuízos a uma das partes, por isso, o órgão do Poder Judiciário que conhecer a ação será o que seria competente para julgar o mérito da causa se não houvesse a cláusula compromissória, em razão disso o magistrado precisa

se limitar em somente deferir a tutela de urgência conservativa ou antecipada requerida pelo contratante (TALAMINI, 2016). No dizer de Amaral (2016, p. 469):

[...]. Essa providência emergencial visa, tão somente, a garantir a incolumidade do direito das partes, conferindo máxima efetividade à garantia fundamental à tutela jurisdicional tempestiva, efetiva e adequada, prevista no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição.

Caso presente, não há em hipótese alguma renúncia à convenção de arbitragem no momento em que a parte recorre à Justiça Estatal para tutelar uma medida cabível de urgência, também não cabe ao demandado questionar a existência da convenção no contrato, pois se trata de julgamento sumário e provisório e por isso não implica na decisão definitiva do árbitro, visto que o magistrado em decisão pré-arbitral visa somente a proteção do direito da parte, por essa razão a convenção permanece vigente para todos os seus efeitos (TALAMINI, 2016).

3.2 REFORMA ARBITRAL

Por intervenção do Senado Federal, em novembro de 2012 foi instituída uma comissão para reformar a lei de arbitragem. Conforme consolidação dos Tribunais acerca da eficácia da Lei 9.307 de 1996 e confirmação de sua relevância no âmbito jurídico brasileiro. Durante todo o tempo de vigência até a proposta de reforma, houve um engrandecimento da utilização deste instituto, o que ocasionou o seu crescimento e, finalmente, a necessidade de aperfeiçoamento (MARTINS, 2016).

No ano de 2015 foi então sancionada a Lei de reforma arbitral de nº 13.129, nas suas principais modificações na lei especial, o legislador decidiu alicerçar os entendimentos discutidos e conquistados durante todo esse tempo de vigência da arbitragem, uma relevante inclusão da reforma foram as referidas tutelas de urgência. Foi com grande importância que esta disciplina sobreviveu em todas as

fases desde o primeiro projeto de reforma até o final (KULESZA; CARRETEIRO, 2015). Nessa toada, Pachikoski (2015, p. 41): “O relacionamento Poder Judiciário – Tribunal Arbitral também fez parte do Projeto de Lei que pretendeu melhorar essa comunicação quer em relação às tutelas de urgência quer no que se refere às comunicações/requerimentos propriamente ditos”.

Felizmente, a reforma veio com o intuito de inovar em vários pontos pacificados pela doutrina e jurisprudência, de práticas já utilizadas e que vieram para ganhar maior relevância na legislação, como, por exemplo, a inclusão do regime de tutela de urgência disciplinado pelos artigos 22-A e 22-B, que foram inseridos pela Lei nº 13.129 de 2015 (MARTINS, 2016).

Ranzolin e David (2015, p. 304) explanam com sabedoria a utilidade do capítulo IV-A inserido na legislação, ao dizer que “[...] pode exsurgir a necessidade de tutela de urgência antes mesmo da instituição do processo arbitral, quando ainda não haverá árbitro para conhecer da postulação da medida [...]”.

No caso presente, a promulgação da lei de reforma não alterou os principais benefícios da arbitragem que são: celeridade, especialidade, confidencialidade e a segurança que as partes possuem. A presente alteração não pretendeu mudar o diferencial desse instituto. Outrossim, veio buscando fortalecimento no Brasil com mudanças relevantes de amplitude no âmbito jurídico, com maior liberdade na autonomia da vontade e materializando na lei entendimentos jurisprudenciais (PACHIKOSKI, 2015).

Como se observa, Cahali (2015, p. 294), em concordância com a matéria, em específico a tutela provisória, que era alvo de dúvidas referente à apreciação da concessão da medida urgente pelo judiciário, a jurisprudência, de acordo com o “[...] precedente do Superior Tribunal de Justiça no qual a relatora, Min. Nancy Andrighi, reconhece o acesso ao judiciário nesta situação peculiar, mesmo existente a convenção de arbitragem, sem afronta ao seu efeito vinculante [...]”. Em análise,

[...] é do Poder Judiciário a competência de decidir liminares anteriores à nomeação dos árbitros; todavia, tal decisão judicial fica sujeita

à reanálise pelos árbitros, uma vez constituídos. Nesse sentido, é o célebre precedente decorrente do RESP Nº 1.297.974 – RJ, no qual assim se pronunciou o STJ: ‘(...) 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão’. (NOGUEIRA, 2015, p. 86).

Antes da lei arbitral ser reformada, a jurisprudência pátria já possuía em seu entendimento a possibilidade da concessão da tutela antecipatória, de forma a consagrar no que diz respeito à tutela de urgência na apreciação da tutela antecipada antecedente pelo Poder Judiciário, quando ainda não houvesse ocorrido a instituição do procedimento arbitral (RANZOLIN, 2015).

A doutrina majoritária juntamente com o posicionamento jurisprudencial percorreu o caminho mais adequado para a concessão da tutela urgente, admitindo que se não houver árbitro instituído e competente para julgar e sanar a urgência, a parte ganhase respaldo no poder judiciário, excluindo qualquer objeção impeditiva da busca antecipada da garantia do direito.

3.3 FASE ANTERIOR À INSTITUIÇÃO DA ARBITRAGEM

Antes da Lei 13.129 de 2015 que reformou a arbitragem, os doutrinadores e posteriormente a Suprema Corte já haviam adotado o entendimento de que os árbitros têm a competência

para conceder tutela de urgência, mas este meio de resolução de conflito, nem sempre vai conseguir socorrer o requerente a tempo de evitar uma iminente situação de urgência, visto que ainda não foi instituído o procedimento arbitral. No mesmo sentido, é:

No curso do processo arbitral – ou antes mesmo da instauração do tribunal arbitral – pode tornar-se imprescindível a concessão de medida que evite dano irreparável ou que torne inútil a decisão que será proferida. É preciso analisar o delicado relacionamento entre árbitros e juízes no que concerne a tutela cautelar e a antecipação de tutela. (CARMONA, 2009, p. 322/323).

Isto é, enquanto não instituído o juízo arbitral, poderá a parte se socorrer das providências urgentes perante o Judiciário para a garantia e preservação do seu direito. Limitando-se o Poder Estatal à apreciação antecipada, sendo ele impedido de julgar o mérito do litígio (CAHALI, 2015).

Segundo Gaio Júnior (2016, p. 66), “O árbitro deve aceitar a nomeação para que o juízo arbitral seja instalado”. Nesse caso, o juízo arbitral é formado para solucionar uma controvérsia após a aparição do conflito de interesse das partes, por força de uma cláusula compromissória inserida de comum acordo no contrato. E, conforme o artigo 19 da Lei 9.307/1996, somente “Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”. O *caput* foi claro ao determinar que somente é definitivamente constituído o procedimento arbitral com a aceitação dos mesmos.

Kulesza e Carreteiro (2015, p. 164), levando em conta as peculiaridades escolhidas pelas partes, entendem que “A constituição do tribunal arbitral pode levar dias, semanas ou até mesmo meses [...]”.

Por sua vez, não parece sábio rejeitar o Poder Judiciário em um momento de emergência, mesmo existindo a convenção arbitral é possível e às vezes necessário recorrer ao órgão estatal para dirimir qualquer ameaça que possa tornar ineficaz a decisão final do árbitro, uma vez que a Corte Estatal já possui um juiz

natural competente e, por isso, não precisa ser criado um tribunal especialmente para extinguir conflitos de interesse, ou seja, já existe na data da lide (KULESZA; CARRETEIRO, 2015).

No dizer de Gaio Júnior (2016, p. 79) subsiste a “[...] possibilidade de qualquer das partes recorrerem ao Poder Judiciário, mesmo que sob o manto de uma cláusula compromissória já existente, para solicitar a concessão de ‘medida cautelar ou de urgência’”.

O Poder Judiciário, sendo impossível o árbitro exercer a competência imediata de analisar e julgar requerimento provisória de uma das partes, pode exercer uma competência *stricto sensu* em razão da existência de uma convenção arbitral, conquanto não seja formado o tribunal exclusivo para o conhecimento e julgamento do conflito em questão (KULESZA; CARRETEIRO, 2015). Assevera Theodoro Júnior (2016, p. 649):

[...] o acesso à justiça não pode ser subtraído à parte, e se o órgão competente não se acha, ainda, em condição de proporcionar a tutela urgente, a justiça comum deverá proporcioná-la, na medida do possível, mesmo que o faça a título precário ou provisório [...].

A saber, é com louvável aceitação que a Lei de reforma nº 13.129 de 2015 (art. 22) elucida em sua redação o seguinte: “Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”.

No dizer de Ranzolin e David (2015, p. 303) “[...] as regras adicionadas vieram a consagrar na legislação entendimentos que já vinham sendo consolidados pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tendo também institucionalizado elo de comunicação entre o árbitro e o Poder Judiciário [...]”.

Em análise última, o Poder judiciário sempre esteve sincronizado com o juízo arbitral, seja o magistrado, confirmando uma convenção arbitral por meio de uma cláusula compromissória, ou pela necessidade anterior à instituição arbitral de analisar em competência limitada um requerimento de urgência da parte (PACHIKOSKI, 2015).

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo principal analisar a utilização da tutela antecipada no instituto da arbitragem, acerca da necessidade anterior à instituição arbitral, diante das inovações trazidas pela reforma da arbitragem (Lei nº 13.129/15) e o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), ambos sancionados em 2015. A atual mudança veio de maneira positiva e com intuito de preencher as lacunas advindas de todos esses 20 (vinte) anos de vigência da legislação arbitral, positivando em sua redação legal entendimentos jurisprudenciais que foram pacificados pelos tribunais.

A arbitragem é um meio heterocompositivo adequado para resolver conflito de interesse. Ao aceitar a convenção arbitral por meio de uma cláusula compromissória, as partes ficam obrigadas à instituição da arbitragem por força da autonomia da cláusula e o comprometimento que foi pactuado no contrato entre elas. Porém, o efeito vinculante da convenção arbitral não pode impedir umas das partes de se socorrer no Poder Judiciário para resguardar o objeto em questão de um possível perecimento, durante todo o tempo em que o processo arbitral não tenha sido formado para analisar e conhecer a tutela antecipada requerida pela parte.

Diante de todos os argumentos elencados, a intervenção do Judiciário se torna indispensável quando a urgência é anterior à instituição da arbitragem, pondo em ameaça o perigo de dano ou risco ao resultado útil à sentença final do árbitro, visto que a tutela de urgência a ser concedida pelo juiz togado tem caráter precário e provisório, não ocorrendo prejuízo no objeto a ser discutido no processo arbitral autônomo.

Por último, com base na pesquisa realizada, a possibilidade de uma das partes demandar tutela antecipada ao judiciário antes da instituição arbitral vem sendo adotada antes até da reforma sancionada em 2015, por isso, já existia essa utilização, conforme julgados do Superior Tribunal de Justiça. O acesso ao judiciário não pode ser negado a nenhuma das partes, pois é uma garantia constitucional. Mas o magistrado estará limitado em so-

mente conhecer a medida antecipada, sem adentrar no mérito da questão que é de competência absoluta do árbitro escolhido pelas partes para a resolução do litígio.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Carlos Augusto. Reflexões sobre os novos rumos da tutela de urgência e da evidência no Brasil a partir da Lei 13.105/2015. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.); DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2.ed. rev. e atual. conforme novo cpc. Salvador: JusPodivm, 2016. v.4.

AMARAL, Paulo Osternack. O regime das medidas de urgência no processo arbitral. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Org.). **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Instituiu Código de Processo Civil. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 maio. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 29 maio 2017.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, rsolução CNJ 125/2010**. 5.ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a

lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei nº 9.307/96. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Acesso à justiça, tutela antecipada e técnicas processuais. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.); DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2.ed. rev. e atual. conforme novo cpc. Salvador: JusPodivm, 2016. v.4.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Teoria geral da arbitragem**: Manual básico para sala de aula. Atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 e com o Novo Código de Processo Civil. Curitiba: Juruá, 2016.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.); DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2.ed. rev. e atual. conforme novo cpc. Salvador: JusPodivm, 2016. v.4.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: teoria geral e processo de conhecimento. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v.1.

KULESZA, Gustavo Santos; CARRETEIRO, Mateus Aimoré. Tutelas de urgência na lei de arbitragem reformada. In: HOLANDA, Flavia; SALLA, Ricardo Medina (coordenadores). **A nova Lei da Arbitragem Brasileira Lei nº 13.129/2015**. 1. ed. São Paulo: IOB SAGE, 2015.

MARTINS, André Chateaubriand. Correção e interpretação da sentença arbitral: novas perspectivas para antigas controvérsias. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.). **A reforma da arbitragem**. Atual. de acordo com o Novo CPC e com a Lei 13.256, de 04.02.2016. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 12.ed. reform. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Atlas, 2016.

MOTTA JÚNIOR, Aldemar de Miranda; MACHADO NETO, Marcello Lavenère. A arbitragem no Brasil: evolução histórico-constitucional aos 20 anos da Lei de Arbitragem. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MUNIZ, Joaquim de Paiva; RANZOLIN, Ricardo (Coord.). **20 anos da lei brasileira de arbitragem**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

NOGUEIRA, Daniel F. Jacob. O Árbitro. In: **Manual de arbitragem para advogados**. Brasília: CACB/OAB, 2015.

NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.); DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2.ed. rev. e atual. conforme novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2016. v.4.

PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. A arbitragem e o Novo Código de Processo Civil. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MUNIZ, Joaquim de Paiva; RANZOLIN, Ricardo (Coord.). **20 anos da lei brasileira de arbitragem**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. Reforma da lei de Arbitragem. In: **Manual de arbitragem para advogados**. Brasília: CACB/OAB, 2015.

RANZOLIN, Ricardo; DAVID, Henrique. Consolidação do sistema das tutelas de urgência na arbitragem – com as modificações introduzidas pela Lei 13.129/15 e pelo Novo CPC. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MUNIZ, Joaquim de Paiva; RANZOLIN, Ricardo (Coord.). **20 anos da lei brasileira de arbitragem**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

RANZOLIN, Ricardo. O procedimento Arbitral. In: **Manual de arbitragem para advogados**. Brasília: CACB/OAB, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. In: MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.); DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2.ed. rev. e atual. conforme novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2016. v.4.

TESSER, André Luiz Bäuml. As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015. In: MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.); DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2.ed. rev. e atual. conforme novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2016. v.4.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57.ed. rev. atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.1.

***O ESTADO EM JUÍZO: DA (IM)
PERTINÊNCIA DO REEXAME
NECESSÁRIO PARA O DEVIDO
PROCESSAMENTO DO
PROCEDIMENTO ARBITRAL***

Mônica Teodoro Dos Santos Fontes

1 INTRODUÇÃO

Com o objetivo de garantir a paz social, o Estado se estrutura por meio de suas instituições, para prestar os serviços adequados e indispensáveis ao estabelecimento das relações sociais entre os indivíduos. Sejam elas de ordem econômicas, trabalhistas, familiares.

O Poder Judiciário apresenta-se como uma dessas instituições, cuja Constituição Brasileira atribuiu a função jurisdicional, ou seja, de compor o conflito nas situações que se apresentem, aplicando normas abstratas e gerais durante o processo judicial.

Esse desempenho idealizado do Judiciário, contudo, não condiz com sua prática cotidiana, pois se vê que a demanda da instituição não consegue produzir os efeitos necessários para a satisfação dos seus usuários. Isso se deve à burocratização excessiva que acarreta um congestionamento organizacional e a impessoalidade no tratamento das controvérsias, além de custas processuais extremamente altas.

Com o instituto arbitral, a rapidez, a eficiência, o pouco desgaste emocional, menos custas processuais, dentre outros, demonstram a necessidade de desjudicializar e ampliar o acesso à justiça, com o objetivo de obter a melhor prestação por meio de um instituto que preza pela presteza em seu processamento. Outrossim, ameniza-se, com isso, o congestionamento funcional da organização judiciária.

No Brasil, os Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias (MESC) surgiram como forma de acesso mais célere à justiça devido aos obstáculos provenientes do nosso sistema judiciário – diferentemente da proposta dos EUA que se estabeleceu por ato da própria sociedade na busca de dirimir conflitos oriundos das relações econômicas, comerciais, trabalhistas, educacionais e familiares.

O grande marco da arbitragem no Brasil se deu com a instituição da Lei nº 9.307/96. A positivação de preceitos arbitrais, com a referida Lei, trouxe mais legitimidade a essa prática nada recente. Sim! Ouve-se falar de práticas similares à arbitragem desde os primórdios. Por exemplo, no sistema romano, apresentavam-se, primeiramente,

as questões cíveis ao *PREATOR* e em seguida ao *ARBITER* (árbitro particular) que eram escolhidos pelos componentes do polo ativo e passivo da disputa para julgar determinada controvérsia.

Em tempos atuais, a arbitragem foi reforçada com a Emenda Constitucional 45/2004, isso porque os princípios do acesso à justiça e da celeridade processual – traços marcantes desse procedimento – foram elevados à categoria de garantias fundamentais.

Por efetivar a prestação jurisdicional, a requisição desse método de solução de querelas obteve uma considerável procura, colocando, assim, o nosso país em quarto lugar no ranking internacional daqueles países que aderiram à prática arbitral.

Na senda da evolução, a Lei nº 13.129/15 fora instituída com o objetivo de regular a Lei da Arbitragem (nº 9.307/16) trazendo, dessa forma, inovações dentre as quais, podemos exemplificar a possibilidade da Administração Pública resolver suas contendas fora do Judiciário.

É sabido que na jurisdição estatal a Fazenda Pública goza de prerrogativas em sendo parte em uma controvérsia. Isso ocorre devido o ente público tutelar interesses fundamentais da coletividade, necessitando, com isso, de uma atenção redobrada para maior segurança jurídica de seus beneficiários.

Dentre as prerrogativas que a Administração Pública dispõe, estando em juízo, há a possibilidade de beneficiar-se do instituto do Reexame Necessário. Também conhecido como Remessa Necessária, esse recurso ou condição de eficácia da sentença, que veremos ao longo do trabalho, oportuniza a revisão de sentenças contrárias ao erário em casos específicos.

Contudo, uma das grandes vantagens da arbitragem é o não cabimento de recurso ou artifícios que ocasiona morosidade para as suas condução e conclusão. Dessa forma, levanta-se o questionamento acerca da pertinência ou não do estabelecimento do Reexame Necessário para o devido processamento da arbitragem, tendo o erário em um dos polos da relação processual. Portanto, é nessa linha de pesquisa que o presente trabalho será conduzido de forma a esclarecer a (im) pertinência do Reexame Necessário para que a arbitragem seja efetiva.

2 A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO: O INSTITUTO DO REEXAME NECESSÁRIO

A nossa Lei maior confere à Administração Pública o poder/dever de gerir as organizações sociais que compõem o Estado, fiscalizando-as, tributando-as, legislando e regulamentando-as. Essa função organizacional se dá por meio de suas instituições e órgãos que buscam a devida prestação de seus serviços.

À Fazenda Pública, quando em juízo, conferem-se prerrogativas, bem como privilégios, devido a sua função decisória que, para alguns, afronta a ideia de isonomia assegurada legalmente. Essa supremacia é sustentada pela defesa do interesse público, na tutela da coletividade.

Quando o Estado se apresenta em um dos polos processual, a condução deste direito processual público sempre será guiada pelos princípios da Legalidade (conforme a lei e em obediência a seus direitos e deveres) e o da Supremacia do Interesse Público sobre o particular (em atendimento às suas prerrogativas).

As prerrogativas conferidas à Fazenda Pública, quando em juízo, diz respeito a um tratamento diferenciado no que tange aos procedimentos e garantias processuais. Dentre elas pontuamos:

Os Honorários de Sucumbência - sua fixação, quando a Administração Pública for parte, será estabelecido por critérios objetivos no intuito de evitar o aviltamento praticado pela parte vencedora (Art. 85, § 2º, incisos I e IV, do CPC/2015).

As Custas Processuais: quando os atos processuais forem praticados a pedido da Administração Pública as custas serão pagas ao término pela parte vencido

A Execução Contra a Fazenda Pública: respeitará o prazo específico estabelecido para o erário (art. 183, CPC/2015). Aqui citamos o prazo de 30 dias para impugnar a execução de título judicial (art. 530, CPC/2015).

A Remessa Necessária: tem previsão no artigo 496, CPC/2015. É cabível quando houver sentenças proferidas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas res-

pectivas autarquias e fundações de direito público, como nas que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. Entretanto, ela fora reduzida, possibilitando seu uso em valores maiores que os estabelecidos no CPC/1973.

Dentre as prerrogativas em pleno gozo da Administração Pública, quando em juízo, colocaremos em pauta a análise da Remessa Necessária (objeto de estudo do presente trabalho).

Mas então, o que seria o instituto do Reexame Necessário?

Tendo seu nome oficial no CPC/2015 de remessa necessária, esse instituto consiste em uma espécie de **duplo grau de jurisdição obrigatório em casos específicos**. Com isso, há uma revisão da decisão pelo juízo *ad quem*, objetivando conferir se houve um eventual equívoco do juízo *a quo*. Mas, para tanto a decisão deve ser contrária a pretensão do Estado.

Assevera a doutrina (CUNHA, 2015, p. 124) que a origem do Reexame Necessário é proveniente do direito processual penal português como base de proteção ao condenado à pena de morte.

No direito brasileiro, de acordo com NERY JR (2014, p. 91), o Reexame Necessário surge com a Lei de 4.10.1831, que em seu artigo 90 mencionava que o juiz deveria submeter as sentenças contra a Fazenda Pública ao tribunal superior.

Na originária redação do Código de Processo Civil de 1973 tinha previsto o Reexame Necessário quando da declaração de nulidade da união matrimonial. A declaração de nulidade devolvia o status de solteiro ao cônjuge. Isso provocou a desaprovação de parlamentares em decorrência do senso comum religioso. Contudo, esse dispositivo legal fora retirado do CPC/73, em 2001, por desuso. Prevaleceu o uso desse instituto nas sentenças contra o erário.

Ainda em 2001, deram-se as primeiras regras que impediam que toda e qualquer matéria tivesse que ser revista pelos tribunais, ocasionando maior congestionamento da máquina judiciária.

Determinou-se uma base de 60 salários mínimos para que a sentença fosse reapreciada pela segunda instância. O cálculo seria feito com referência ao valor da condenação da Fazenda Pública.

Estipulou-se também que todas as vezes que a sentença tivesse como fundamento jurisprudência ou súmula do STF, ou

ainda, súmula do Tribunal Superior, não caberia o reexame da matéria decidida.

Vejamos, então, as mudanças ocorridas no instituto da Remessa Necessária com o advento do CPC/2015:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º **Não se aplica** o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de **valor certo e líquido inferior** a:

I - **1.000** (mil) salários-mínimos para a **União** e as respectivas **autarquias e fundações de direito público**;

II - **500** (quinhentos) salários-mínimos para os **Estados, o Distrito Federal**, as respectivas **autarquias e fundações de direito público** e os **Municípios que constituam capitais** dos Estados;

III - **100** (cem) salários-mínimos para todos os **demais Municípios** e respectivas autarquias e **fundações de direito público**.

§ 4º Também **não se aplica** o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - **súmula de tribunal superior**;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de **recursos repetitivos**;

III - entendimento firmado em **incidente de resolução de demandas repetitivas** ou de **assunção de competência**;

IV - entendimento coincidente com **orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público**, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Com o artigo em pauta, podemos observar que, uma das relevantes mudanças fora a de ter ocorrido uma majoração nos valores mínimos para que a União, os Estados o Distrito Federal e os Municípios possam se valer da prerrogativa de um “segundo grau de jurisdição” automático, sem provocação. Dessa forma, respeitou-se o Princípio da Proporcionalidade levando em conta o poder econômico de cada ente federativo.

Para melhor compreensão da interação entre Administração Pública em juízo e arbitragem nos focaremos na abordagem desse instituto.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PARTE NA JURISDIÇÃO ARBITRAL: LIMITES E POSSIBILIDADES

Entende-se por arbitragem, o meio alternativo e extrajudicial para resolução de disputas de forma consensual, com ajuda de um terceiro imparcial que auxilia as partes a alcançarem a solução para suas divergências de forma voluntária.

A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida. (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 2).

Esse meio de solução de disputa faz a vez daquele tradicional legado pelo Estado, mas com técnicas distintas. Suas soluções

e procedimentos para a prestação jurisdicional gozam de força executória por ter reconhecimento legal. Melhor, a arbitragem vem utilizar-se de poder jurisdicional para prestar serviços similares aos do judiciário, entretanto, de forma diversa, por razões específicas, gozando de reconhecimento legal.

Tem-se como fatos impulsionadores da introdução do sistema arbitral em nosso país, a problemática do acesso à justiça, bem como a insatisfação com a prestação jurisdicional do Estado no que tange a resolução de conflito em sociedade. De acordo com a Organização das Nações Unidas – ONU (apud TURA, 2012, p. 152). “[...] no Brasil, a justiça é lenta, nepotista e pouco acessível à população”.

Assevera TURA (2012, p. 47), que isso se traduz com a complexidade administrativa e burocrática judiciária, com o número reduzido de juízes e servidores da justiça, devido ao déficit de escolaridade do usuário do Judiciário, bem como sua eficiência organizacional e de mobilização.

Houve três fases distintas que se buscou tornar a justiça efetiva. Foi na terceira que TURA (2012, p. 48) denominou de “novo enfoque de acesso à justiça”, nela que foram inseridos meios extrajudiciais de resolução de contendas: a mediação e arbitragem.

Em 1992, o Senador Marco Maciel (in memoria), elaborou projeto de lei nº 78 para instituição da arbitragem em que se tomou, segundo TURA (2012, p. 19) como ponto de partida orientador diretrizes da Comunidade Internacional, como as da ONU e leis inovadoras.

Em 23 de setembro de 1996 foi criada a Lei Federal nº 9.037, para regulamentar o instituto arbitral, dando legitimidade a essa técnica que já existia em nosso código civil (1916) e de processo civil (1973).

Arbitragem é regulada pela Lei nº 9.307/96, com o propósito de descongestionar o Poder Judiciário, devido ao acúmulo de processos e satisfazer as partes em litígio no que tange à melhor maneira de condução da causa para obtenção de resultados satisfatórios. A técnica arbitral utiliza-se de procedimentos peculiares que justifica as suas criação e adoção como meio extrajudicial e eficaz na composição da

contenda. Caracteriza-se pela condução do processo por um terceiro, ou um tribunal arbitral imparcial e neutro, previamente estabelecido pela parte. A celeridade é traço marcante desse processo, pois enquanto na prática não há como fixar prazo para prolação das sentenças por parte do judiciário, a Lei da arbitragem o estipula seis meses para a resolução do litígio, caso as partes não o façam.

O princípio da economia processual norteia esse procedimento, visto que as partes não são obrigadas a serem representadas por advogados e as custas processuais são menores do que as impostas pela justiça comum. As partes gozam da liberdade de decidirem as normas aplicáveis ao caso em questão, desde que não haja afronta a ordem pública e os bons costumes. Esse tipo de método destaca-se pela maneira simples que se processa. Isso decorre da não permissão de interposição de exaustivos recursos e revisões que, no processamento do judiciário comumente são utilizados para se alcançar a pretensão da ação. A oralidade usada nas sessões denota, além da simplicidade, a flexibilidade dos atos processuais.

Para ser objeto arbitral, necessário se faz que o motivo da disputa seja um direito disponível (art. 1, Lei nº 9.307/96), ou seja, direito que a lei confere como passível de negociação por seu possuidor sem intervenção do judiciário (LIMA, 1998, p. 14). Exige-se, para tanto, agente maior e capaz, civilmente.

Esse instituto possui natureza mista. Essa afirmação se faz pelo reconhecimento de seu caráter público, com função jurisdicional na resolução de litígios e seus efeitos possuírem força legal. Outrossim, pelo caráter privado que se firma com o pacto contratual regido pelo Princípio da Autonomia das Partes, onde há escolha dos árbitros, normas procedimentais, inclusão de cláusula compromissória e poder decisório.

Tal discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem ainda não encontra solução pacífica, contudo, é possível notar que grande parte da doutrina se filia ao entendimento de que prevalece a natureza jurisdicional da arbitragem.

Há formas distintas de tipificar a arbitragem, visto que cada uma delas dispõe de peculiaridades para execução do procedimento arbitral. Assim, são: a) Voluntária: por decisão das partes; b) Obrigatória: por imposição (não aceita no Brasil); c) De Direito: com base em normas positivadas; d) De equidade ou senso de justiça; e) Ad hoc: regras ditadas pelas partes; f) Institucional: regras estabelecidas pelo Tribunal Arbitral; g) Internacional: com sentença proferida em país estrangeiro.

Na arbitragem, o árbitro ocupa a função de juiz de fato e de direito, mas de forma privada e temporária. Para desempenhar esse papel, ele precisa ter conhecimento na área de atuação, porém, não se faz exigências quanto a sua capacitação profissional, visto que só se faz indispensável que ele tenha capacidade civil e que seja de confiança das partes.

As características para que um profissional possa atuar como árbitro diz respeito à capacidade (civil) e à confiança depositada pelas partes, que decorre da competência e da especialidade técnica da pessoa escolhida para decidir a matéria em controvérsia (DENADAI; QUARESMA; CARDOSO; FORTE; LIMA, 2010, p. 29). Cabe às partes a eleição desse terceiro que auxiliará nas decisões a serem tomadas para composição da lide. Essa escolha deve ser feita em número ímpar. Em decisões menos complexas poderá ser requisitado um único árbitro.

O Código de Processo Civil/2015 ratifica o poder jurisdicional da arbitragem nos limites em que a lei dispõe, ou seja, respeitando o Princípio da Inafastabilidade de Jurisdição, visto que às partes cabe o direito de decidir pela convenção arbitral. Vejamos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito

Art. 27. As causas cíveis serão processadas e decididas pelos órgãos jurisdicionais nos limites de sua competência, ressalvadas às partes a faculdade de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

Portanto, é facultado às partes o direito de levar sua controvérsia para ser solucionada fora do judiciário.

4 PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL COMO ATRATIVO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL E A (IM) PERTINÊNCIA DO REEXAME NECESSÁRIO NESSE CONTEXTO

A Lei nº 13.129/15 fora instituída para regular a Lei nº 9.307/96, objetivando aperfeiçoar pontos específicos que proporcionam o maior desenvolvimento da arbitragem. Dentre os quais podemos mencionar a inserção do árbitro em um dos polos processuais que visam dirimir suas disputas por meio do procedimento arbitral.

Na realidade a Administração Pública já vinha adotando esse procedimento para resolver suas contendas com base em jurisprudências, nas leis que regulam os contratos entre público e privado, visto que nunca houve vedação ou restrição expressa para tanto. Sua utilização era prevista nas Leis nº 8.987/95 (Lei das Concessões e Permissões), 9.478/97 (Lei do Petróleo), 9.472/97 (Lei das Telecomunicações), 10.433/02 (Lei do Mercado atacadista de Energia Elétrica), bem como na Lei 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas).

Na medida em que é permitido à Administração Pública e seus diversos órgãos e organizações, pactuar relações com terceiros, principalmente mediante estipulação de cláusulas financeiras, a solução amigável é formula substitutiva do dever primário de cumprimento da obrigação assumida. Assim como é lícita, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, a negociação e, por via de consequência, a convenção de arbitragem - será o meio adequado de tornar efetivo o cumprimento obrigacional quando compatível com a disponibilidade dos bens. (MEIRELLES, 2006, p. 251).

Conclui-se com o exposto, que em sendo passível de arbitramento contratos que versem sobre direitos disponíveis nada impede que os contratos licitatórios possam ter previsão de cláusula compromissória para que, na ocorrência de um litígio proveniente dessa relação contratual, a Administração Pública recorra à arbitragem para resolver uma disputa.

Esse também fora o entendimento da terceira turma do STJ ao julgar em sede de Recurso Especial (nº 904.813-PR) o cabimento da arbitragem mesmo sem previsão em edital de licitação, assim como no contrato administrativo.

Vale ressaltar o que dispõem a Lei 13.129/15:

Art. 1º

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

Art. 2º

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Para tratarmos acerca da disponibilidade do direito patrimonial faz-se relevante abordarmos alguns aspectos que envolvem a arbitrariedade desse direito.

Então, o que seria arbitrariedade? Segundo Mottar Jr. e outros autores (s/data, p. 48), é a permissão legal para se transacionar seu direito na esfera arbitral, mas em observância a limites. Sendo assim, fica definido, por meio da arbitrariedade, o que e quando a lei permite utilizar-se da arbitragem numa determinada ocasião.

A arbitralidade pode ser **objetiva** - estipulando a matéria, intensões e espécie de disputa - como também **subjetiva** - determinando os sujeitos que poderão valer desse instituto para sanar suas controvérsias.

Em se tratando de **arbitralidade objetiva**, o art. 1º da Lei da arbitragem nos diz que só poderá ser discutido direito patrimonial disponível. Será no caso concreto que poderão ser caracterizados como tais.

A afirmação da arbitralidade objetiva dos litígios envolvendo entes estatais (da Administração direta e indireta) deriva, em primeiro lugar, de haver direitos patrimoniais cuja disponibilidade é instrumental para as atividades da Administração contratar tendo tais direitos por objeto, não há fundamento para que esses mesmos direitos sejam tidos por indisponíveis para os fins do art. 1º da Lei n. 9.307/96. (MOTTA JR. et al., s/data, p. 61).

No caso de **arbitralidade subjetiva**, refere-se às pessoas capazes civilmente de contratar (de acordo com o que estabelece o Código civil de 2002). Essa capacidade diz respeito às pessoas físicas ou jurídicas, podendo ser de direito público ou privado.

“Disponível não é apenas o que pode ser objeto de contratação, com a transparência do direito a outrem, mas é aquilo em relação a que a Administração pode reconhecer que não tem razão” (MOTTA JR. et al., s/data, p. 62). Assim, quando a administração puder reconhecer que não tem razão o direito será disponível, ou melhor, passível de ser parte contratual ou de uma arbitragem. Basta observar a disponibilidade (reconhecendo seu dever) do direito e sua patrimonialidade. Nessas condições, a arbitralidade será objetiva.

“A reforma da Lei da Arbitragem introduziu o art. 1º, §§ 1º e 2º, e o art. 2º, § 3º, que confirmam a autorização legal ampla para a administração Pública direta e indireta [...] utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art.1º, §1º)” (MOTTA JR. et al., s/data, p. 63).

Conclui-se que não há necessidade de específico consentimento legal – entendimento da jurisprudência do STJ – para a Administração Pública ampliar seu objeto de controvérsia, desde que haja disponibilidade do direito.

Numa busca de melhor compreensão acerca da (im)compatibilidade da Remessa Necessária com o instituto arbitral, fa-

z-se mister nos conduzirmos, a priori, a uma caracterização que nos orientará a compreender as possibilidades da inclusão da Administração Pública, com suas peculiaridades, na esfera desse meio alternativo de solução de disputa.

O Reexame Necessário, seguindo a orientação da doutrina majoritária, não pode ser caracterizado como recurso. Ocorre que não há voluntariedade nesse instituto que seria uma das características do recurso. Outrossim, há falta de tipicidade, de legitimidade, da questão do preparo (não cabível contra a fazenda pública), da tempestividade, da dialeticidade, da vontade de recorrer, bem como da contrarrazão, ou melhor, estão ausentes pressupostos de admissibilidade e características próprias de recurso.

O real objetivo da Remessa Necessária é de obter sentenças prolatadas sob controle, e assim, com maior qualidade. Então, não há voluntariedade, mas sim condição necessária para que ocorra o trânsito em julgado da sentença, porque o que de fato ocorre é a revisão da decisão. (WAMBIER, TALAMINI, 2015, p. 886). Outro ponto de extrema relevância é que o recurso tem como um dos traços característicos busca impugnar uma determinada decisão para que ela seja reexaminada. Entretanto, nos casos de não conhecimento da matéria é que cabe impugnação sem revisão da decisão em pauta.

Nessa toada, conclui-se que a natureza jurídica do Reexame Necessário é de condição para eficácia da sentença. Com isso, condiciona-se sua reapreciação para a propositura de uma eventual Ação Rescisória. Seu efeito só será produzido após essa reavaliação.

É importante salientar que mesmo sendo a Remessa Necessária condição de eficácia da sentença condenatória contra a Administração Pública, esse instituto não está adstrito indistintamente a qualquer tipo de sentença. Há requisitos que flexibilizam a sua exigibilidade, colocando-a como absoluta, é o que pontua o Art. 496, Código de Processo Civil/2015.

Parte-se da premissa de que os princípios constroem e estruturam nosso ordenamento jurídico, edificando normas para a devida efetivação desses preceitos – um querer social que não podem ser contrariados.

Conforme o raciocínio de Motta Jr. e outros autores (s/data, p. 11), o êxito na evolução da arbitragem no Brasil se deu devido a criação da Lei nº 9.307/96 que objetivou a regulamentação dessa prática milenar. Aponta-se como grande conquista o reconhecimento da constitucionalidade dessa lei por parte do Supremo tribunal Federal. Além disso, a dispensa da necessidade de homologação judicial das sentenças arbitrais, salvo as decisões provenientes do estrangeiro. Sendo assim, as estatísticas nos revelam que:

[...] o Brasil passou de 21 procedimentos arbitrais em 2005 para 122 em 2011, o que significa, em valores envolvidos nesses procedimentos, de R\$ 247 milhões em 2005 para cerca de R\$ 3 bilhões em 2011, um aumento de 1.250%. De igual sorte, nas estatísticas da Corte Internacional de Arbitragem (CCI), o Brasil já é o país líder na América Latina em número de arbitragens, estando três vezes à frente do segundo colocado, o México. (MOTTA JUNIOR et al., s/data, p. 12).

Então se indaga: A quem se atribuiu a progressão da procura pela arbitragem? Para Motta Jr. e outros autores (s/data, p. 14), esse crescente interesse se dá devido aos atendimentos aos Princípios da Especialidade do julgador, da Confidencialidade, da Flexibilidade e da Celeridade Processual. Aqui daremos destaque ao Princípio da Celeridade Processual.

O Princípio da Celeridade Processual é traço peculiar e de extrema relevância para a escolha da arbitragem, posto que imponha ao processo uma gama de atividades ordenadas cronologicamente, objetivando a resolução de um impasse em tempo útil, para que não se perca o seu objeto, perecendo, assim, o seu direito frente à demanda. Então, entende-se que uma duração razoável do trâmite processual, nos remete a ideia de eficácia procedimental e justiça nas decisões.

Em se tratando de celeridade, podemos destacar a sentença arbitral como sendo uma das responsáveis pela presteza com que nos remete a arbitragem. Essa afirmação se verifica em três situações:

Primeiramente, a Lei de Arbitragem em seus artigos 11, III, e 23, diz que a sentença arbitral deve ser prolatada no prazo determinado pelas partes – caso tenha sido acordado por elas no momento da Convenção em Arbitragem – sob pena de nulidade. Esse prazo pode sofrer alteração desde que consentido pelos polos ativos e passivos da demanda. Entretanto, se não houver estipulação desse prazo anteriormente pelas partes ou por omissão da câmara arbitral escolhida esse prazo será de seis meses da data de aceitação do árbitro ou do último árbitro irá compor a câmara arbitral – caso tenha sido escolhida a turma colegiada. Essa aceitação determina a instituição da arbitragem (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 206).

Caso haja o descumprimento do prazo estipulado pelas partes ou o que determina a lei, a parte interessada deverá notificar o árbitro para que sentencie a causa no prazo de dez dias, sob pena de extinção do feito e conseqüente invalidação da decisão 54 (art. 32, VII, da Lei n 9.307/96).

O segundo ponto fundamental para a celeridade na conclusão do procedimento arbitral ocorre devido à impossibilidade de recorrer das decisoes arbitráveis (art. 18 da Lei n 9.307/96), salvo se houver dvida, obscuridade, contradição ou omissão no conteúdo da sentença (Embargos de Declaração). Ou ainda em caso de nulidade, como exemplo ausência de um dos requisitos que impo o art. 26 da Lei de Arbitragem.

Podemos citar, porltimo, como impulsionador da celeridade no procedimento arbitral a dispensa de homologação judicial das sentenças proferidas na esfera arbitral. Isso obstou a credibilidade desse instituto por um bom tempo. Era tido como um duplo grau de jurisdição dentro da arbitragem.

Com a instituição da Lei n 9.307/96, intitulada Lei da Arbitragem, as decisoes na esfera arbitral passaram a não exigir homologação judicial para atribuir-lhe validade. Passou a ser admitida a homologação de sentenças arbitrais são no âmbito estrangeiro; sendo competente o Superior Tribunal de Justiça (Emenda Constitucional n 45/2004). Não há a necessidade de homologação prévia no país de origem (MOTTA JR., s/data, p. 128).

As prerrogativas que goza a Administração Pública quando em jurisdição estatal não se estende quando ela é parte na arbitragem. Isso decorre, primeiramente, por não haver previsão legal, além de não se aplicar o Código de Processo Civil de maneira subsidiária na técnica arbitral, pois o Princípio da Autonomia da Vontade das Partes prevalece e atesta a da instauração do mesmo. Para Tura (2012, p. 92),

[...] a Sentença Arbitral é irrecorrível, fato este que deriva da profunda necessidade social de evitar a perduração dos litígios, tanto mais quando, sendo o Árbitro pessoa de confiança das partes, mais difícil se torna a má-fé, e, sendo técnico ou perito ainda mais raro o erro.

Outrossim, o duplo grau de jurisdição não se processa na arbitragem, visto que descaracterizaria a legitimidade, propósito do mencionado instituto (art. 30, Lei da Arbitragem) de prestação da prestação jurisdicional (como fora mencionado em linhas acima). Portanto, não há um colegiado para revisar decisões proferidas em sede de primeira instância.

5 CONCLUSÕES

A arbitragem se desenvolve com uma proposta reformadora (esfera mundial) no que tange a sua progressão e solidificação como método alternativo de solução de disputa. Esse impulso reformador fora, direta e indiretamente, incentivado pela falha estatal em sua prestação jurisdicional, que a princípio a ela foi conferida jurisdição exclusiva, característica de ordem soberana com espaço exclusivo para o direito estatal.

Na seara da progressão, a técnica arbitral passou a ter mais legitimidade (esfera nacional) a partir da instituição de sua Lei reguladora (nº 9.307/96), norteando todo processamento do mencionado instituto. Mais adiante, surge a Lei nº 13.129/15, trazendo mudanças e novas propostas de abrangência na ampliação de seus legitimados.

Dessa forma, a Administração Pública passou a ser parte legítima para aderir a um procedimento adjudicatório arbitral, mas em observância a condições de ser essa técnica de Direito, tendo como objeto direito patrimonial disponível e regida pelo princípio da publicidade.

Em estando o erário em um dos polos da relação processual decorrente da convenção de arbitragem, observou-se que as Leis que regulam o mencionado instituto não trouxeram esclarecimentos acerca da (im)pertinência de concessão de prerrogativas, em especial a Remessa Necessária, que goza a Administração Pública quando em juízo, para a efetividade do processamento arbitral.

A despeito disso, concluiu-se, com o presente trabalho, que apesar da omissão legislativa seria impertinente a aplicação do instituto do Reexame Necessário no procedimento arbitral. Essa compreensão parte de análise de que o que motiva a procura pelo método alternativo de resolução de disputas é justamente a presteza com que se processa a técnica, visto que o princípio da celeridade processual é mola mestre de sua prática.

Outro ponto que reforçaria o não cabimento da Remessa Necessária – a aqueles que equipara esse instituto a um recuso – seria o fato de que não é cabível recurso em sede de arbitragem, como preconiza o art. 18, Lei de Arbitragem. No máximo poderíamos nos utilizar de embargos de declaração para esclarecer obscuridade, contradição ou dúvida (art. 30, Lei de arbitragem) quando proferida uma sentença nessa esfera. Contudo, é bom frisar que essa não é a nossa compreensão (Reexame Necessário compreendido como recurso).

Apresenta-se, outrossim, como questão impeditiva crucial do uso do Reexame Necessário na arbitragem o fato de não haver, ao menos, um segundo grau de jurisdição para reavaliar decisões de primeira instância.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A Arbitragem**: solução alternativa de conflitos. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/>

portal/sites/default/files/anexos/29764-29780-1-PB.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2016.

ARAÚJO, Edmir Neto de. Curso de direito administrativo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO. André Gomma de. **Manual de Mediação Judicial 2015**. Conselho Nacional de Justiça: Comitê Gestor Nacional da Conciliação, 2015. Disponível em: <<http://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2015/11/Manual-de-Mediacao-Judicial-2015.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BRASIL. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 maio 2016.

BRASIL. **Código Comercial de 1850**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>>. Acesso em: 13 maio 2016.

BRASIL. **Lei de Arbitragem** (1996). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 4 jun. 2016.

BRASIL. **Lei de Arbitragem** (2015). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. BRASIL>. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível. Acesso em: 4 jun. 2016.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **A Arbitragem na União Europeia, nos Estados Unidos da América e no Mercosul**. Disponível em: <<http://ipeja.com.br/content/uploads/2015/05/A-Arbitragem-na-Uni%C3%A3o-Europ%C3%A9ia-nos-Estados-Unidos-da-Am%C3%A9rica-e-no-Mercosul-Marco-Aur%C3%A9lio-Gastaldi-Buzzi-.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. **Teoria geral do processo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. Salvador: JusPodvim, 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

DENADAI, Carlos Marcelo et al. **Cartilha de mediação e arbitragem**. Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/ Guarujá, 2010. Disponível em: <<http://www.santosarbitral.com.br/cartilhademediacaoearbitragem.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**: Composição. PC Editorial Ltda., Brasil, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA NETO, Cássio Teles. **Contratos administrativos e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). **Dicionário Compacto Jurídico**. 16.ed. São Paulo: Rideel, 2012.

LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. **Arbitragem: um novo campo de trabalho**. 2.ed. São Paulo: Iglu, 1998.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Arbitragem: aspectos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOTTA JUNIOR, Ademar et al. **Manual de arbitragem para advogados**. Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil: sem data.

NEVES, Gustavo Bregalda; LOYOLA, Kheyder. **Vade Mecum Esquema de Estudos**. 4.ed. São Paulo: Rideel, 2012.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da fazenda pública em juízo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação. Mediação e Arbitragem** – curso básico para programas de graduação em Direito/ Coordenação. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

SARMENTO, George. **A eficácia do judiciário e o acesso à justiça: atuação dos juizados especiais cíveis em Maceió/AL**. Maceió: EDUFAL, 2015.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVEIRA, Artur Barbosa da. **A remessa necessária e o novo Código de Processo Civil**. 2015. PROLEGIS. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/a-remessa-necessaria-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>> Acesso em: 5 jul. 2017.

TURA, Adevaír. **Arbitragem nacional e internacional**. 2.ed. Leme: J.H.Mizuno, Brasil, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. teoria geral do processo e processo de conhecimento. **Revista dos Tribunais**, v.1, 5.ed. 2015.

***POSSIBILIDADE DE
REPARAÇÃO CIVIL NÃO
EXCLUSIVAMENTE PECUNIÁRIA
NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA,
EM ESPECIAL, NO ABANDONO
AFETIVO***

Daiany Ellen de Brito Beltrand

1 INTRODUÇÃO

No âmbito jurídico e social se instalou a polêmica acerca dos limites da responsabilidade civil dos pais em relação aos danos psíquicos causados a sua prole, em especial nos casos de dissolução da sociedade conjugal, quando o pai ou a mãe passa a constituir nova família e, em descumprimento ao seu dever jurídico de cuidado, abandona afetivamente os filhos do relacionamento anterior. Nesse contexto, tem sido crescente o número de ações judiciais propostas pelos filhos, em face de seus pais, pleiteando o pagamento de indenização por danos morais.

Inicialmente, o presente trabalho versa sobre a responsabilidade civil numa perspectiva geral, apresentando seus elementos, sua ligação com o direito de família, bem como os desdobramentos e deficiências da reparação exclusivamente patrimonial do dano moral nos mais variados ramos do Direito. Ademais, aborda o abandono afetivo numa perspectiva constitucional da integral formação da personalidade do infante, ressaltando que as normas jurídicas não regulam os sentimentos humanos, mas sim a conduta de cuidado e proteção da prole pelos titulares do poder familiar.

Em seu objetivo central, analisa o recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, bem como o entendimento firmado pela atual doutrina, da qual fazem parte Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Rolf Madaleno e Rodrigo da Cunha Pereira, que entendem pela possibilidade de se indenizar os prejuízos morais suportados pelo filho afetivamente abandonado, ressaltando possibilidade de se afastar a visão exclusivamente pecuniária da reparação civil. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, de modo que se pretende encontrar uma tutela jurídica mais efetiva para as relações de família a partir da análise da responsabilidade civil numa perspectiva geral.

O presente inova na medida em que trata não apenas da possibilidade de aplicação da responsabilidade civil nas relações de família, mas também apresenta uma reflexão acerca da efetividade da tutela jurisdicional frente aos reflexos do dano que per-

duram ao longo da vida da vítima nas relações afetivas. Ao final, propõe que seja dada, pelo Poder Judiciário, solução de caráter não pecuniário à violação de um interesse extrapatrimonial, aumentando-se, com isso, a efetividade da reparação e a redução das ações meramente mercenárias.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA LIGAÇÃO COM O DIREITO DE FAMÍLIA. DESDOBRAMENTOS E DEFICIÊNCIAS DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL DE FORMA EXCLUSIVAMENTE PATRIMONIAL. ESPECIFICIDADES DAS RELAÇÕES AFETIVAS EM COMPARAÇÃO COM DEMAIS RAMOS DO DIREITO

Por muito tempo a ideologia patriarcal predominou na sociedade brasileira, sendo seus aspectos essenciais a matrimonialidade para o reconhecimento da sociedade conjugal, a legitimidade de filhos biológicos, a heteroparentalidade e a centralização do poder na figura paterna. Nesse contexto, a família era tida como um núcleo de produção e reprodução, portanto, reinavam os interesses de ordem econômica e política (MADALENO, 2015, p. 36).

Atualmente, porém, a sociedade Brasileira, em razão das inovações trazidas pela Carta Política de 1988, notadamente, de respeito à liberdade, à igualdade entre cônjuges e entre filhos e à dignidade humana, vem firmando na afetividade as bases de sua construção familiar, representada por relações de segurança, de convivência, de cuidado, de solidariedade, de interdependência econômica e da intenção de constituir família. Assim, é certo que o vínculo da afetividade é o elemento essencial para a formação do núcleo familiar, afastando-se de seu conceito a necessidade de vínculos sanguíneos. Nesse sentido, vale destacar as lições de Rolf Madaleno (2015a, p. 7):

A nova família foi desencarnada do seu precedente elemento biológico para ceder lugar aos vínculos psicológicos do afeto, consciente a sociedade que, na formação da pessoa humana, os valores como

a educação, o afeto e a comunicação contígua guardam muito mais importância do que o elo da hereditariedade.

Nesse cenário, é certo que os remédios jurídicos anteriormente utilizados para as soluções de conflitos oriundos de relações familiares não mais produzem efeitos satisfatórios na tutela dos direitos lesionados, tendo em vista as profundas transformações na mentalidade social, sendo imprescindível que a produção legislativa acompanhe em semelhante compasso as referidas modificações sociais, regulamentando as relações de família de forma mais compatível com a realidade hoje vivenciada pela coletividade.

No caso do abandono afetivo, por exemplo, a perda da autoridade parental é a sanção prevista pelo Código Civil para aquele que descumpre os deveres decorrentes do poder familiar. Ora, não há dúvidas de que o referido diploma legal presta um verdadeiro favor ao agente violador, desincumbindo-o das obrigações que de antes já se recusava a cumprir.

Por esse motivo, a responsabilidade civil tem se ligado cada vez mais ao direito de família. Antes, todavia, esses dois ramos do direito eram tidos como incomunicáveis, pois o direito de família possuía conteúdo essencialmente existencial, enquanto que a responsabilidade civil possuía disciplina de caráter patrimonial.

Ademais, a reparação do dano moral foi elevada ao *status* de direito fundamental pelo art. 5, X, da Carta Magna (BRASIL, 1988), o que foi determinante para que a responsabilidade civil ultrapassasse suas fronteiras exclusivamente patrimoniais, aplicando-se como um modelo único aos mais variados casos de lesão aos direitos da personalidade.

Atualmente, prevalece nos Tribunais a aplicação de sanção de caráter unicamente patrimonial para compensação do dano moral, no entanto, a reparação civil também pode ser aplicada de forma extrapatrimonial, desde que juridicamente possível e viável. Para melhor compreensão do tema, é necessário que se faça uma abordagem geral acerca de efetividade da reparação do dano moral de modo pecuniário e, em seguida, buscar um remédio jurídico que leve em consideração as especificidades das relações de família.

2.2 DANOS MATERIAIS E A RAPARAÇÃO INTEGRAL

O dano material é aquele que atinge o patrimônio corpóreo da pessoa, podendo ser mensurado monetariamente. Nesse contexto, ato ilícito gerador do dano desfaz o equilíbrio jurídico-econômico que antes existia entre agente e vítima, de modo que, para recompor a estabilidade que antes reinava, é preciso haver o ressarcimento do prejuízo, reposicionando o prejudicado no *status quo ante*.

Vale registrar que se não for possível repor *in natura* o estado anterior da coisa danificada, a prestação é convertida no pagamento de um valor em dinheiro equivalente ao prejuízo patrimonial suportado pela vítima. Nesse sentido, manifesta-se Rodrigo da Cunha Pereira (2015a, p. 400):

O agente que cometeu um ato ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, na tentativa de restituir o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for possível, é convertida no pagamento de uma indenização, nos casos em que se pode estimar patrimonialmente o dano, ou de uma compensação, na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano.

Dessa forma, o valor da indenização a ser paga pelo agente é estipulado de acordo com a extensão dos danos causados ao prejudicado, à luz do princípio da reparação integral dos danos prevista no *caput* do art. 944 de Código Civil (BRASIL, 2002), art. 5º, X da CF/88 (BRASIL, 1988) art. 6º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990). Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO DE VOO. EXTRAVIDE BAGAGEM. CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR

DANOS MATERIAIS E MORAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA “AD CAUSAM”. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DANOS MATERIAIS. PRINCÍPIO DA INTEGRAL REPARAÇÃO DO DANO. [...] **2- Danos materiais: o pagamento de indenização por danos materiais deve dar-se na extensão exata dos prejuízos sofridos e devidamente demonstrados nos autos, em atenção ao princípio da integral reparação do dano, consagrado na Constituição Federal (art. 5º, X) e no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI), a cujos termos não se sobrepõem a Convenção de Varsóvia ou o Protocolo de Montreal. “Quantum” indenizatório mantido[...]** (Apelação Cível Nº 70046661997, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 28/02/2013) (TJ-RS - AC: 70046661997 RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Data de Julgamento: 28/02/2013, Décima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/03/2013) (Grifo nosso).

Assim, a indenização paga a título de danos materiais tem o potencial de reparar integralmente o dano suportado pela vítima, uma vez que a sua perda patrimonial deixa de existir após a entrega dos respectivos valores, retornando, assim, ao estado econômico que usufruía antes da lesão patrimonial. Nota-se que aqui é possível alcançar a função primordial da responsabilidade civil que é a reparação plena do dano.

2.3 DANOS MORAIS EM RELAÇÕES NÃO AFETIVAS E COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA

Em se tratando de danos morais, pode-se dizer que simples entrega de dinheiro não conduz a plena reparação dos danos suportados pela vítima, uma vez que, nesse caso, o bem

jurídico afetado é espiritual, diferente em essência dos valores monetários pagos a título de indenização. Não apenas isso, os mesmos são bens desproporcionais em valoração, pois os elementos intrínsecos que qualificam todo ser humano são infinitamente mais preciosos do que qualquer valor patrimonial que pretenda compensá-los.

Nessa perspectiva, a compensação dos danos morais de forma exclusivamente pecuniária gera, por consequência, a crença de que uma pessoa que possui maiores condições econômicas está autorizada a cometer quantos atos ilícitos quiser, desde que esteja disposta a pagar respectivo valor. É o que ocorre, por exemplo, no mercado empresarial em que os agentes econômicos, sopesando os custos indenizatórios em comparação com investimentos preventivos, preferem causar danos morais às pessoas para obterem vantagem patrimonial.

Além disso, mercantiliza-se o ser humano, incentivando que a indenização pecuniária – tanto aquela estipulada pelo Magistrado quanto aquela acordada extrajudicialmente – seja uniforme para as mais variadas hipóteses de lesão aos direitos da personalidade, desprezando-se que cada caso possui peculiaridades que devem ser resolvidas de formas diferentes.

Para mais, a compensação dos danos morais de modo exclusivamente patrimonial contribui para a denominada “indústria do dano moral”, colaborando para o crescimento de demandas indenizatórias banais, alicerçadas em meros aborrecimentos e dissabores do cotidiano.

Nessa linha de raciocínio, destacamos a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na qual foi determinado ao ofensor que se retratasse pelo dano injustamente causado a consumidora, por meio do reconhecimento público e formal da existência da falha na prestação do serviço e o respectivo pedido de desculpas, objetivando tornar mais efetiva a reparação civil:

RELAÇÃO DE CONSUMO. AMPLA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUPÇÃO. AUSÊNCIA DE COMUNICADO DE PRÉVIA PERÍCIA. DANO

MORAL. FALHA DO SERVIÇO. VEICULAÇÃO DE PEDIDO DE DESCULPAS. [...] Daí, com o objetivo de enfrentar estas dificuldades é que diversas culturas jurídicas vêm experimentando, ainda que de forma tímida, um movimento de despatrimonialização, não já do dano, mas da sua reparação. Busca-se, assim, atribuir-se resposta não patrimonial à lesão a um interesse não patrimonial, aumentando-se, com isso, a efetividade da reparação e a redução das ações meramente mercenárias. A retratação pública, como desestímulo à conduta praticada, às expensas da parte vencida ou condenada, por certo, torna mais efetiva a reparação civil, despatrimonializando a condenação, que, no mais das vezes, quando aplicada isoladamente a resposta pecuniária, não satisfaz plenamente os anseios da vítima, não compensando, integralmente, o desvalor moral. Daí ser cabível, ainda que não se encontre expressamente previsto, a veiculação de pedido de desculpa pela falha do serviço prestado e pela conseqüente interrupção do fornecimento de energia elétrica é também meio válido para a composição judicial da lide. Conseqüentemente, a simples majoração do quantum a ser arbitrado para o dano moral, não inviabiliza, ou justifica, o descarte da retratação pública, nos exatos termos do que foi na inicial pleiteado. Plausível e justo, pois, que a retratação se dê de modo a trazer a parte ofendida a reparação integral do dano moral, através de declaração a ser emitida pelo ofensor onde conste, além do reconhecimento público e formal da falha do serviço, o pedido de desculpas pelo dano que a consumidora autora foi injustamente causado. PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO RECURSO. IMPROVIMENTO DO PRIMEIRO. (TJ-RJ - APL: 00009615920068190087 RIO DE JANEIRO ALCANTARA REGIONAL SAO GONCALO 3 VARA CIVEL, Relator: JOSE CARLOS MALDONADO DE CARVALHO, Data de Julgamento: 09/06/2009, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/06/2009).

Diante do exposto, conclui-se que a reparação do dano moral de maneira não exclusivamente patrimonial produz efeitos mais compatíveis com os fins da responsabilidade civil, que não é a entrega de quantia em dinheiro, mas sim a efetiva reparação do dano sofrido.

2.4 INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E AS ESPECIFICIDADES DA RELAÇÃO FAMILIAR

No âmbito do direito de família, a responsabilidade civil deve ser aplicada com o dobro de atenção, uma vez que o conflito se funda em relações orientadas pelo afeto. A depender da sanção imposta pelo Poder Judiciário tais relações podem se tornar irreconciliáveis. Nesse contexto, há aqueles que invocam a denominada “monetização das relações afetivas” como forma de afastar a possibilidade de reparação patrimonial dos prejuízos causados no âmbito de família.

É certo que a depender do caso concreto não há outro remédio senão a responsabilização do agente mediante compensação pecuniária. No entanto, forçoso é reconhecer que, no âmbito de família, tal pagamento não encerra os efeitos da falha, uma vez que, a despeito da técnica judiciária entender por encerrada a lide, os reflexos do dano persistiram durante a continuidade do vínculo familiar.

Sabe-se que o pagamento de valores indenizatórios visa não apenas a compensação do dano moral, mas também cumpre uma importante função social de desestímulo ao agente para que não reincida em seu comportamento ilícito, bem como de alerta aos demais integrantes da sociedade para que não pratiquem a conduta objeto da sanção.

Todavia, a responsabilidade civil quando aplicada no âmbito de família poderia ir além para especificar deveres de conduta às partes, incentivando a efetiva reparação do dano por meio da recomposição da relação familiar. Registre-se que, nesse caso, o

aplicador do direito deve trabalhar com a ideia de possibilidade e viabilidade jurídica da reparação civil.

Se a reparação do prejuízo moral de forma exclusivamente patrimonial não é recomendada para a solução de conflitos oriundos de outros ramos do Direito (como explanado no tópico anterior), menos será para a tutela de direitos feridos no âmbito de família, devendo a indenização em dinheiro ser utilizada como a última alternativa.

Vale mencionar que a finalidade primordial da responsabilidade civil é a efetiva reparação do dano, o que conduz a ideia de que a sua aplicação não deve ser efetuada de forma idêntica a todos os casos de lesão aos direitos da personalidade, mas sim com a devida adaptação interpretativa que leve em consideração a natureza das relações objeto de sua incidência. Nesse sentido, Anderson Schreiber (2015a, p. 41) destaca acerca da possibilidade do afastamento do dinheiro como mecanismo exclusivo de reparação:

O recurso à Responsabilidade Civil como instrumento de solução dos conflitos surgidos em relações familiares exige adaptações interpretativas – possíveis e viáveis, diga-se – que evitem o desenho de uma falsa solução. Uma das adaptações interpretativas consiste justamente no afastamento da exclusividade da reparação pecuniária, pois é evidente que a quantia monetária não pode desempenhar, no âmbito das relações familiares, o papel de mecanismo exclusivo de reparação dos danos sofridos. Se a despatrimonialização da reparação já é recomendada – e até seguida – em outros setores do Direito Civil, trata-se, no campo do Direito e Família, de necessidade indispensável.

Diante do exposto, forçoso é reconhecer que nas relações de família o pagamento de indenização de maneira exclusivamente pecuniária não encerra os efeitos do dano, em razão da permanência do vínculo familiar existente entre as partes. Desse modo, a responsabilidade civil quando aplicada no âmbito de fa-

mília requer adaptações interpretativas juridicamente possíveis a fim de se alcançar o mais próximo da reparação plena e efetiva do dano, observando as especificidades do caso concreto.

2.5 ABANDONO AFETIVO: CONCEITO E ASPECTOS LEGAIS

Na vigência do Código Civil de 1916, o poder exercido pelos pais em relação aos seus filhos era chamado de “pátrio poder”, expressando o contexto da sociedade patriarcal, na qual o pai era o chefe do lar e possuía absolutos poderes sobre a prole. No entanto, esta denominação esgotou-se em significado, passando a doutrina a empregar o termo “poder familiar” como forma de expressar a disciplina constitucional de igualdade entre os cônjuges na sociedade conjugal, bem como entre companheiros na união estável.

O poder familiar é um direito-dever de proteção da prole pertencente aos pais. Trata-se do exercício da autoridade parental pautada no melhor interesse do menor, seja no aspecto patrimonial, seja no aspecto moral de sua existência e está inserida em um contexto de família participativa e democrática, baseada na igualdade de seus membros e na colaboração mútua.

Nessa perspectiva, a responsabilidade parental “é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, pertencente a ambos os pais, do nascimento aos 18 (dezoito) anos ou com a emancipação de seus filhos” (MADALENO; MADALENO, 2015, p. 29), hipóteses estas em que se desligam da potestade dos pais.

Vale ressaltar que nos casos de dissolução da sociedade conjugal a titularidade do poder familiar não se perde com a fixação de guarda exclusiva a um dos genitores, mas apenas a intensidade de seu exercício é modificada. Assim, a titularidade do poder parental persiste após fixação de guarda exclusiva, devendo o genitor não guardião adotar condutas compatíveis com a intenção de manter um sadio relacionamento com o menor.

Nessa perspectiva, como forma de assegurar o integral desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, os

arts. 227 e 229 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) garantem aos mesmos não apenas direitos de cunho patrimonial, mas também fixou um núcleo mínimo de normas jurídicas de conteúdo moral a fim de que estes se desenvolvam com higidez psíquica, nos seguintes termos:

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.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Portanto, como desdobramento do dever prioritário e fundamental estabelecido pela CRFB/88, compete aos pais o mais amplo e integral exercício de proteção a sua prole, não só mediante a prestação de assistência patrimonial, mas também zelando pelo seu desenvolvimento emocional e intelectual sadio.

Existem, também, outros dispositivos presentes na legislação extravagante que objetivam o sadio crescimento do menor como, por exemplo, o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) ao qual atribui aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, bem como o art. 1634 do Código Civil (BRASIL, 2002) que elenca aos pais uma série de obrigações, como por exemplo, a de dirigir-lhes a criação e educação.

Nesse contexto, conceitua-se o abandono afetivo como sendo o descumprimento de deveres jurídicos de conteúdo moral pelos titulares do poder familiar, resultando em lesão à dignidade e ao sadio desenvolvimento da criança e do adolescente. Trata-se, portanto, da desincumbência ilegal dos pais de prestar assistência moral, intelectual e afetiva a sua prole, causando-lhe prejuízos emocionais.

O tratamento jurídico dado, atualmente, ao abandono afetivo é a perda do poder familiar, conforme art. 1638, II do Código Civil (BRASIL, 2002), isto é, a interrupção definitiva desse direito-dever do titular. Nota-se, todavia, que o referido dispositivo atua no sentido de desobrigar o agente dos deveres que de antes já descumpria. Dessa forma, produz fracos efeitos na solução de conflitos dessa natureza.

2.6 ABANDONO AFETIVO E POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO NÃO EXCLUSIVAMENTE PECUNIÁRIA. ASPECTOS PSICOLÓGICOS E SOCIAIS DO ABANDONO DO INFANTE. CUIDADO COMO VALOR JURÍDICO OBJETIVO

A família é o primeiro referencial para a construção da identidade do infante. É nessa instituição que a criança aprende a como se relacionar com as pessoas, introduz valores que lhe são ensinados e forma com seus membros relações de afeto e cuidado indispensáveis para o seu desenvolvimento sadio de sua personalidade. Nas lições de Heloisa Szymansk (2004, p. 7)

[...] é na família que a criança encontra os primeiros 'outros' e com eles aprende o modo humano de existir. Seu mundo adquire significado e ela começa a constituir-se como sujeito. Isto se dá na e pela troca intersubjetiva, construída na afetividade, e constitui o primeiro referencial para a sua constituição identitária.

Nessa perspectiva, diversos estudiosos já alertam para os efeitos danosos que a ausência do pai pode provocar no desenvolvimento psíquico do infante. Nas lições de Aguinaldo José da Silva Gomes e Vera da Rocha Resende (2004, p. 121): "A experi-

ência clínica tem mostrado que, na vida adulta, as representações dessa vivência insurgem nas várias possibilidades de construção psico-afetiva, com repercussão nas relações sociais”.

Graciela Medina afirma que (2002 apud MADALENO, 2015b, p. 403) “o filho abandonado por seu pai sofre trauma e ansiedade, com nefasta repercussão em suas futuras relações, ressentidas de autoconfiança”.

Não apenas no âmbito individual da pessoa, os reflexos danosos do abandono alcançam a própria sociedade, haja vista que serão exteriorizados na vida em comum os distúrbios de comportamento oriundos da falta de cuidado, afeto e ensinamento de valores pelos pais, conforme destaca Amanda Oliveira Gonçalves de Miranda (2012, p. 3242):

Inicialmente fora afirmado que é na família que a criança desenvolve sua noção primeira da vida comunitária, a partir das experiências vividas no núcleo familiar é que percebe como respeitar o outro. A questão do abandono afetivo envolve não apenas interesses privados, mas é uma questão de ordem pública que gera conseqüências para toda a sociedade, tendo em mente que a criança com dificuldade para relacionar-se e sem a correta educação quanto aos valores que deve seguir leva para a sociedade seu comportamento desregrado.

Rodrigo da Cunha Pereira (2015b, p. 400) destaca que

O princípio da paternidade responsável interessa não apenas as relações interprivadas, mas também ao Estado, na medida em que a irresponsabilidade parental, somadas às questões econômicas, tem gerado milhares de crianças de rua e na rua. Portanto, é um princípio que se reveste também de caráter político e social da maior importância.

É certo que casos dessa natureza, com repercussões no âmbito privado da pessoa e na vida em sociedade merecem a

tutela do Estado. Não se esquecendo que a Carta Magna (BRASIL, 1988), em seu art. 227, assegura a proteção, com absoluta prioridade, da criança e do adolescente em face de todas as condutas que comprometam o seu desenvolvimento sadio e atinjam a sua dignidade, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Vale salientar que não existe limitação jurídica à aplicação da responsabilidade civil nos mais variados ramos do Direito, pelo contrário, os dispositivos legais que dispõe acerca da matéria, quais sejam, o art. 5, V e X, da CRFB (BRASIL, 1988) e os arts. 186 e 927 do Código Civil (BRASIL, 2002) trazem preceitos amplos e irrestritos, não havendo obstáculo para a aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família.

No caso do abandono afetivo, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a possibilidade do pagamento de uma indenização pelo genitor que abandonar afetivamente seu filho, desde que seja comprovada a conduta omissiva ou comissiva do genitor em relação ao dever jurídico de convivência com o filho (ato ilícito), o trauma psicológico sofrido (sendo indispensável a elaboração de estudo psicossocial a fim de se demonstrar não só a existência do dano mas também a sua causa), e, sobretudo, o nexo causal entre o ato ilícito e o dano, conforme prescreve o art. 186 do CC/2002 (STJ, RESP 201501879004, RESP - RECURSO ESPECIAL - 1557978, Relator: MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, data da decisão: 03/11/2015, data da publicação: 17/11/2015).

Ademais, na citada decisão, o STJ entendeu que o descumprimento do dever jurídico de cuidado se configura apenas quando houver um descaso, uma rejeição ou um desprezo completo do genitor em face da sua prole, ultrapassando o mero dissabor, para que o Poder Judiciário não seja transformado numa indústria indenizatória de danos morais.

Nesse sentido, decidiu o STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1493125, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. NÃO OCORRÊNCIA. ATO ILÍCITO.

NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA. PACTA CORVINA. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CARACTERIZADO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. **1. A possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo exige detalhada demonstração do ilícito civil (art. 186 do Código Civil) cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro[...]** (STJ, RESP 201401313524, RESP - RECURSO ESPECIAL - 1493125, relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, data da decisão: 23/02/2016, data da publicação, 01/03/2016) (Grifo nosso).

Saliente-se que a discussão acerca do abandono afetivo não se refere a comprovação de amor do genitor pelo seu filho, de sorte que as normas jurídicas não visam regular o sentimento humano, mas sim a conduta. Se os pais, por qualquer motivo que seja, não desenvolveram amor por seus filhos, ainda sim terão o dever jurídico de praticar atos compatíveis com o cuidado, a educação, o ensinamento de valores, a convivência e a companhia em momentos tristes e felizes do infante, pois tais condutas são exigíveis dos pais e não o amor.

Nesse sentido, a Ministra Nancy Andrighi entendeu, no julgamento da REsp 1159242/SP, que o cuidado é valor jurídico objetivo, passível de verificação e comprovação de seu cumprimento, diferentemente do amor que se refere à motivação, questão que se distancia limites legais pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização. Por fim, concluiu a relatora que “amar é faculdade, cuidar é dever”, conforme trecho da decisão *in verbis*:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica. Por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.

(REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012) (Grifo nosso).

Assim, o exercício da autoridade parental – o que inclui a prestação de assistência moral – não é uma faculdade cuja execução é opção daqueles que amam, mas sim um dever jurídico que impõe a obrigação de fazer, amando ou não. Para tanto, basta à prática de condutas compatíveis com a intenção de contribuir para o desenvolvimento sadio do infante.

Segundo Rolf Madaleno (2015c, p. 406) “têm os pais o dever de se esforçar para o desenvolvimento de todas as faculdades físicas, morais e intelectuais de seus filhos, de modo a que logrem alcançar com o auxílio dos genitores a plenitude de sua formação, tornando-se pessoas úteis e independentes”.

Nas lições de Paulo Lôbo (2011, p. 311-312), o princípio da paternidade responsável, esculpido no art. 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), abrange também a prestação de assistência moral, cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória:

Entendemos que o princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória. O art. 227 da Constituição confere à criança e ao adolescente os direitos com absoluta prioridade, oponíveis à família – inclusive ao pai separado -, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, que são direitos de conteúdo moral, integrantes da personalidade, cuja rejeição provoca dano moral.

Para mais, o pagamento de uma indenização por danos morais se justifica em razão do seu caráter punitivo, com a aplicação de uma pena ao ofensor; e pedagógico, servindo não apenas como desestímulo ao agente para que não incida novamente na prática de condutas danosas (perspectiva particular), mas também como exemplo aos demais integrantes da sociedade para que não pratiquem o comportamento objeto da sanção (perspectiva geral). Sobre o assunto, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 737) destacam:

Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. **Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil**, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a perda do poder familiar; pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor. (Grifo nosso).

Assim, o exercício da paternidade responsável está relacionado a um comprometimento pessoal com o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente; com a efetiva proteção da prole, como desdobramento da garantia constitucional da integral formação da personalidade do infante constante no art. 227 da CRFB (BRASIL, 1988).

Maria Berenice Dias (2013, p. 470) sustenta que “a omissão do genitor em cumprir com os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação”.

Afinal, qual seria o sentido de existir um conjunto de direitos, objetivando a proteção da criança e do adolescente em todos os aspectos de sua vida, se não houver meios de efetivação e, mais, se não houver sanção pelo descumprimento. Seriam, na verdade, normas jurídicas mortas; sem razão de ser ante a impossibilidade de sua aplicação.

Em conclusão, o cuidado é valor jurídico objetivo que se desdobra no dever dos pais de criação, educação e companhia com seus filhos, cujo cumprimento é fator determinante para o desenvolvimento psíquico, intelectual e social saudável do infante. A violação do princípio da paternidade/maternidade responsável caracteriza ilicitude civil sob a forma de omissão, possibilitando, por consequência, a reparação judicial do dano moral.

Nessa linha de raciocínio, se a ação de indenização por danos morais for proposta por filho menor de idade (devidamente assistido por seu representante legal), forçoso é reconhecer que a condenação unicamente pecuniária conduz a errada sensação de que o pai ou a mãe, após o pagamento do valor indenizatório, estariam liberados de seus deveres parentais, produzindo resultado inverso daquele que o filho deveria pretender.

Com efeito, é mais interessante que o filho menor de idade, afetivamente abandonado, interponha ação de reparação dos danos morais com o intuito de que o magistrado estipule ao seu genitor a prática de determinadas condutas, desde que juridicamente possíveis e viáveis, com a finalidade de afastar a omissão lesiva dos pais durante a permanência do poder familiar, como por exemplo, a estipulação de mais dias de visitas, a frequência a um determinado número de reuniões escolares da criança e a presença em eventos importantes como aniversários da criança, dia dos pais ou das mães. Nesse sentido, entende Anderson Schreiber (2015b, p. 42):

Muito melhor seria que – ao lado da indenização pecuniária ou, a depender das circunstâncias do caso, até em substituição a essa indenização – o magistrado condenasse o pai omissor a adotar certas condutas específicas (*facere*) como modo de evitar novas violações dos seus deveres parentais. Por exemplo, a partir da análise das omissões perpetradas pelo pai omissor no caso concreto, a corte judicial poderia condená-lo, por exemplo, a frequentar, no mínimo, três quartos das reuniões de pais na escola, a participar das festas de dia dos pais ou mesmo a passar um maior número de dias com o filho. O que a vítima do chamado abandono afetivo pretende – ou deveria pretender – não é dinheiro, mas sim o afetivo cumprimento dos deveres parentais.

Nessa hipótese, quando o dano vem diariamente se concretizando na vida do infante, a tutela específica dos interesses do menor deve ser a via preferencial, com a devida correção da con-

duta omissiva do genitor como forma de afastar a persistência do dano durante o exercício da autoridade parental. Nessa perspectiva, o dinheiro deve assumir papel subsidiário ou complementar, a depender das especificidades do caso concreto. É o que ensina Anderson Schreiber (2015c, p. 42):

A tutela específica dos direitos inerentes a relação familiar deveria ser a via prioritária. É evidente que a indenização pecuniária desempenhará um papel importante, somando-se as medidas de tutela específica para assegurar a reparação mais ampla possível do dano moral sofrido.

Por seu turno, quando a ação de reparação por danos morais for proposta no período de três anos, haja vista o prazo prescricional do art. 206, §3º, do Código Civil (BRASIL, 2002), após o filho completar 18 (dezoito) anos ou ser emancipado, a especificação de deveres de conduta aos pais perde a razão de ser, tendo em vista a extinção do poder familiar.

Nota-se que, nesse caso, não há mais a necessidade de prevenção de futuros danos, tendo em vista não há mais deveres parentais a serem exigidos. À vista disso, mais uma vez, é necessário vislumbrar os possíveis meios de reparação de caráter extrapatrimonial, cumulado ou não com a indenização em dinheiro.

Nesse contexto, a figura da retratação ganha especial importância. Trata-se da possibilidade do agente reconhecer, de modo público e formal, que sua conduta omissiva não foi certa e se desculpar perante a vítima e a sociedade pelo abalo emocional que deu causa. Essa possibilidade é apenas uma alternativa, pois a sanção mais adequada a ser aplicada vai depender das especificidades do caso concreto.

Dessa forma, a sanção não exclusivamente pecuniária no âmbito das relações afetivas produz efeitos mais compatíveis com os fins da responsabilidade civil, que é a plena reparação do dano, atentando sempre para a natureza das relações objeto de sua incidência.

A possibilidade do pagamento de uma indenização por danos morais pelo descumprimento dos deveres decorrentes do

poder familiar já é aceita pelo Superior Tribunal de Justiça e pela atual doutrina, da qual fazem parte Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Rolf Madaleno e Rodrigo da Cunha Pereira, no entanto, a versão exclusivamente pecuniária da responsabilidade civil poderia ceder espaço para qualquer outro meio extrapatrimonial que efetivamente repare o prejuízo suportado pela vítima.

Portanto, não se defende a impossibilidade do pagamento de uma indenização pecuniária nos casos de abandono afetivo, mas sim que em conjunto com a indenização ou, a depender das circunstâncias do caso concreto, em seu lugar, seja o dano reparado de forma extrapatrimonial, desde que juridicamente possível e viável. Com isso, confere-se resposta não pecuniária à violação de um interesse não pecuniário, sendo a solução dada pelo magistrado mais compatível em essência com o dano suportado, aumentando-se, com isso, a efetividade da reparação e a redução das ações meramente mercenárias.

3 CONCLUSÃO

A proliferação de demandas judiciais, objetivando a reparação de danos no âmbito de família conduz a necessidade da adoção de uma nova perspectiva que leve em consideração o caráter existencial, relacional e afetivo que particulariza o direito de família, haja vista a incompatibilidade de sua natureza com os aspectos exclusivamente patrimoniais e individualistas da responsabilidade civil tradicional, que pretende reparar o dano de forma meramente indenizatória.

A consagração constitucional da reparação do dano moral já demonstra uma importante evolução da responsabilidade civil no que diz respeito ao seu campo de incidência, diga-se antigamente restrito as relações de caráter patrimonial, todavia, é possível ir além, remodelando-a em um novo perfil que se adapte as transformações ocorridas na família. Nessa linha de raciocínio, a responsabilidade civil não deve ser aplicada como um modelo único aos mais variados casos de dano, pelo contrário, deve ser encarada a luz de máxima efetividade e do desempenho de novas funções.

Enquanto do direito de família estiver oferecendo remédios totalmente desatualizados e ineficazes, a responsabilidade civil assume o importante papel de se adaptar as necessidades próprias das relações existências, reparando-as com efetividade e evitando que se crie uma cultura de irresponsabilidade parental. Para tanto, é necessário repensar de que forma a responsabilidade civil vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário, a fim de que os danos gerados na família não fiquem impunes, ou pior, que se crie o desenho de uma falsa compensação de danos.

Portanto, a responsabilidade civil deve ser aplicada com a devida adaptação interpretativa, atentando para a natureza das relações objeto da sua incidência. Assim sendo, o pagamento de dinheiro para compensação do dano moral suportado pela vítima não deve ser encarado como único meio de responsabilização do agente, sendo admissível também a tentativa de reparação do dano de maneiras extrapatrimoniais, aumentando-se, com isso, a efetividade da reparação e a redução das ações meramente mercenárias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Vade Macum Saraiva. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Vade Macum Saraiva. 21ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Vade Macum Saraiva. 21ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor**. Vade Macum Saraiva. 21ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242** (2009/0193701-9). Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos, recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza, relatora: Nancy Andrighi. São Paulo, data

do Julgamento: 24/04/2012. 3ª Turma. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012. Acesso em: 14 ago. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1557978**, recorrente: R A F D, recorrido: Á F D, Relator: Moura Ribeiro, Terceira Turma, Brasília, DF, julgado em 03/11/2015, data da publicação: 17/11/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501879004&dt_publicacao=17/11/2015>. Acesso em: 14 ago. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1493125**, recorrente: Maria Augusta Gallassi, recorrido: Arivaldo Germano Gallassi, relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, São Paulo, julgado em 23/02/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401313524&dt_publicacao=01/03/2016>. Acesso em: 14 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº. 70067792903**. Relator: GuintherSpode. Data de Julgamento: 09/03/2016. Décima Segunda Câmara Cível. Rio Grande do Sul, data de publicação: 11/03/2016. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112581639/apelacao-civel-ac-70046661997-rs>>. Acesso em: 1 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 00009615920068190087(2009.001.22993)**. Apelante: Ampla Energia e serviços e Maria José dos santos, apelado: os mesmos. Relator: José Carlos Maldonado de Carvalho. Rio de Janeiro. Data de Julgamento: 09/06/2009. Primeira Câmara Cível. Data de Publicação: 19/06/2009. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default>>.

aspx?UZIP=1&GEDID=000398F8106FDC367586C0C13CDFAAD21F96A9C4021F3141&USER=>. Acesso em: 14 ago. 2017.
DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6.

GOMES, Aguinaldo José da Silva; RESENDE, Vera da Rocha. **O pai presente: o desvelar da paternidade em uma família contemporânea**. Psicologia: Teoria e Pesquisa. Brasília, v.20, n.2, p.119-112, maio/agosto, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v20n2/a04v20n2.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental: Aspectos legais e processuais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MIRANDA, Amanda Oliveira Gonçalves de. Responsabilidade civil dos pais nos casos de abandono afetivo. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano17, n.3242, 17 maio 2012. ISSN 1518-4862, Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21799>>. Acesso em: 1 ago. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil no direito de família. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo**. São Paulo: Atlas, 2015. p.399-410.

SCHREIBER, Anderson. **Responsabilidade civil e direito de família**: a proposta da reparação não pecuniária. São Paulo: Atlas, 2015. p.32-49.

SZYMANSK, Heloisa. Práticas educativas familiares: a família como foco de atenção psicoeducacional. **Rev. Estudos de Psicologia**, São Paulo, v.21, n.2, p.5-16, maio/agosto 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/estpsi/v21n2/a01v21n2.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2017.

POR UMA MEDIAÇÃO RIZOMÁTICA

Daniela Campos Cerullo

Gabriela Maia Rebouças

Estudante de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Sociedade,
Tecnologias e Políticas Públicas do Centro Universitário Tiradentes – UNIT/AL.
danicerullo@hotmail.com

Professora do mestrado em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas da
UNIT/AL; Doutora em Direito.
gabrielamaiar@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A primeira leitura de rizoma¹ (DELEUZE; GUATARRI, 1995) despertou de imediato ao nosso olhar uma identificação de seus contornos com a mediação. Na tentativa de promover uma maneira alternativa de produção de conhecimento, Deleuze e Guatarri apresentam o método que chamam de agenciamento, que corresponde a uma outra forma de leitura das coisas, de compreensão destas, pretendendo produzir a superação de uma dualidade considerada pelos autores dominante como método de produção científica, substituindo-a por uma noção de multiplicidade.

Sobre essa dualidade, explicam Neutzling e Pedrozo (2015, p. 10):

Os autores analisam a forma como a sociedade e as ciências interpretam o mundo, onde existem dois tipos: primeiro é a lógica de imitar o mundo, através da reflexão. Existe a necessidade de uma unidade principal, seguindo o modelo espiritual, para posteriormente se duplicar. A segunda forma é a de que se aborta uma unidade principal, mas ainda existe uma sobredeterminação do sujeito, numa dimensão suplementar de seu objeto.

Visualizamos, partindo dessa lógica de pensamento, uma identificação dessa teoria com o conceito de mediação proposto por Warat (2004)². Foi quando encontramos a proposição de Lins (2005) para o desenvolvimento de uma pedagogia rizomática, que consistia no que chamou de “Mangue’s School”, representando a construção de uma forma de ensinar artística e criadora. Sugestio-

1 O presente estudo encontra-se fundamentado na introdução da obra *Mil Platôs*, de Gilles Deleuze e Félix Guatarri, intitulada *Rizoma*. Em sendo assim, para fins de tornar a leitura do texto menos recortada, por vezes, abster-nos-emos de registrar citações ao longo do trabalho, deixando claro, desde já, que a versão estudada corresponde ao texto de 1995, traduzido por Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa, conforme referenciado ao final deste artigo.

2 A mesma observação pertinente à obra de Deleuze e Guatarri é aplicável ao texto de Warat que serviu como base para o estudo.

nadas por essa tese, tivemos a ideia de aplicar a maneira de pensar à mediação, método de resolução conflitual acolhido e fomentado no sistema processual civil pátrio como forma de promoção do acesso à justiça, sendo esse o objetivo do presente trabalho.

Pretendemos, pois, a partir de uma análise crítica dos conceitos encontrados em Deleuze e Warat visualizar a mediação como corpo sem órgãos, a fim de colocar em evidência sua principal característica, a interdisciplinaridade. O transformar de saberes em sabores de Lins (2005) parece-nos fazer todo o sentido quando transportado da pedagogia para a mediação, sendo possível, inclusive, que uns se misturem com outros (saberes, sabores, pedagogia, mediação) nas cadeias rizomáticas de Deleuze e Guatarri. Nada de raízes que apreendem, e sim, a fluidez que dá movimento.

Eis o contexto em que se há de aplicar a mediação na forma pensada por Warat. Considerando essa condição, o presente texto propõe-se a transitar entre as duas formas de pensar confrontadas por Deleuze e Guatarri, a fim de enquadrar o estudo da mediação como mais adequado se feito sob o método rizomático, visualizado seu caráter transformador, que demanda a superação da ideia de imposição de regras fixas, de amarras que engessam sua realização a ponto de desnaturar sua finalidade, a de solucionar o conflito em sua origem, e não, apenas, superficialmente.

2 POR QUE UMA MEDIAÇÃO RIZOMÁTICA?

Na concepção de Warat, mediação é arte. É a arte de relacionar-se, é a arte de resolver conflitos tendo em vista a concepção do outro, é a arte de colocar o amor sobre todas as coisas diante de uma situação conflituosa. Nas palavras dele, mediação é:

A inscrição do amor no conflito/
Uma forma de realização da autonomia/
Uma possibilidade de crescimento interior
através dos conflitos/

Um modo de transformação dos conflitos a partir das próprias identidades/
Uma prática dos conflitos sustentada pela compaixão e pela sensibilidade/
Um paradigma cultural e um paradigma específico do direito/
Um Direito da outridade/
Uma concepção ecológica do Direito/
Um modo particular de terapia/
Uma nova visão da cidadania, dos direitos humanos e da democracia.
(WARAT, 2004, p. 67-68).

A confluência de tantas vertentes não poderia jamais ser tratada sob a ótica binária, do confronto de dicotomias do qual se vale a ciência e suas bases estruturais. Foi a partir dessa visão que identificamos no rizoma um aliado na busca por uma definição de mediação que pudesse exprimir todos os conceitos que ela é capaz de abraçar.

Para Lins (2005, p. 1232), a “árvore define o território, o crescimento vertical e a identidade do ser”, enquanto o “rizoma é horizontalidade que multiplica as relações e os intercâmbios que dele se originam”. A forma de pensar arbórea reflete uma visão limitada das coisas, interioriza, e, paradoxalmente, afasta-nos da própria natureza³. É a esse método que se opõe a ideia de Deleuze e Guatarri, que nos apresentam o rizoma como um sistema em que as heterogeneidades encontram conexões entre si, que se constrói a medida que vai se realizando, e não, que se desenvolve em cima de estruturas pré-estabelecidas (1995).

2.1 PLATÔS E AGENCIAMENTO: O CORPO SEM ÓRGÃOS

Na proposta rizomática, aparece a figura do platô, que responde a “toda multiplicidade conectável com outras hastes

³ “A natureza não age assim: as próprias raízes são pivotantes com ramificação mais numerosa, lateral e circular, não dicotômica” (DELEUZE; GUATARRI, 1995, p. 3).

subterrâneas superficiais de maneira a formar e estender um rizoma” (DELEUZE; GUATARRI, 1995, p. 15). A leitura do conceito encontrado em Warat, acima transcrito, denuncia como são diversos os conceitos que ele põe em um mesmo platô como forma de definir a mediação: amor, arte, democracia, Direito.

Para Warat, são características gerais da mediação a sensibilidade, a compaixão, a alteridade, o contágio e o diálogo (REBOUÇAS, 2010, p. 188-189). Nesse caminho, em sendo um mecanismo utilizado para solucionar conflitos, devemos ressaltar que esses conflitos, segundo a teoria em exame, não devem ser vistos sob uma ótica negativa, como poderíamos nos ver tentados a fazer.

Enxergar o conflito como uma chaga que reclama a cura aparece para nós como uma atitude capaz de limitar as potencialidades da mediação. Em verdade, a mediação reconhecida por Warat, apresenta foco na aprendizagem e na subjetividade dos envolvidos (REBOUÇAS, 2010, p. 188). Trata-se, como podemos concluir, de uma visão que transcende ao óbvio, ao comum, ao simples desejo de por fim a uma querela entre as partes, trata-se de um projeto que possui referencial coletivo (REBOUÇAS, 2010, p. 188) e visa a produzir efeitos perante toda a sociedade.

Podemos ir mais além, inclusive. O diálogo, por exemplo, é incompatível com uma cultura de competitividade que se revela por meio de posturas defensivas comuns na comunicação entre pessoas ou grupos (MUSZKAT, 2008, p. 63) que são fomentadas pela maneira de pensar hierarquizada em uma estrutura ramificada e sólida.

Cientes dessas circunstâncias, observamos que, ainda que se tente introduzir a multiplicidade no sistema arbóreo, a fim de mitigar a forma dicotômica de pensar, essa inserção vai se constituir em um “aborto na raiz principal” (DELEUZE; GUATARRI, 1995, p. 3). “Os sistemas arborescentes são sistemas hierárquicos que comportam centros de significância e de subjetivação” (DELEUZE; GUATARRI, 1995, p. 11), de modo que não é possível, nele, fugir-se a uma ideia de centro de controle das ações que dele emanarem.

No rizoma, por outro lado, não temos ramificações dependentes de um ponto (raiz), mas ligações interdependentes entre

si e independentes ao mesmo tempo. Temos as chamadas linhas de fuga, que garantem movimentos de territorialização e desterritorialização, que colocam os chamados agenciamentos – conjuntos de linhas que se interligam em velocidades diversas (DELEUZE; GUATARRI, 1995, p. 2) – em conexão uns com os outros.

Considerada como agenciamento, a mediação está interligada a outros agenciamentos. Os planos em que ocorrem esses agenciamentos são nomeados pela dupla pensadora do rizoma de corpos sem órgãos, nos quais se manifestam as singularidades a serem observadas (ROLNIK, 2000, p. 453).

Qual seria o corpo sem órgãos da mediação? “Há vários, segundo a natureza das linhas consideradas, segundo seu teor ou sua densidade própria, segundo sua possibilidade de convergência sobre um ‘plano de consistência’ que lhe assegura a seleção” (DELEUZE; GUATARRI, 1995, 1995, p. 2).

A mediação está em relação com outros corpos sem órgãos, pode ser vista como uma linha de fuga do platô que podemos denominar acesso à Justiça, se considerada como alternativa à via judicial propriamente dita.

As pessoas levam seus desejos a um sistema judicial que se apresenta como multiportas. Este, como sugerido por Frank Sander, em 1976, corresponde a uma organização em que o jurisdicionado teria a sua disposição, para solução de conflitos que trouxesse ao conhecimento do Estado, não apenas a via judicial, mas também outros mecanismos disponíveis, a exemplo da conciliação e da mediação (CABRAL; HALE; PINHO, 2016, p. 42).

Sobre esse corpo os agenciamentos se fazem e se desfazem (DELEUZE, 1996). O órgão judicial constitui um platô, a mediação outro platô, assim como a conciliação, ou qualquer outra forma de resolução conflitual, que se intercomunicam e intracomunicam por meio de agenciamentos, linhas de fuga, que territorializam e desterritorializam.

Para Warat (2004, p. 62), como a mediação, mais do que um método de solução conflitual, é um instrumento para a transformação do indivíduo, e quiçá, de toda uma coletividade, ela aparece como:

Uma forma alternativa (com o outro) de intervenção nos conflitos. Falar da alteridade é dizer muito mais coisas que fazer referência a um procedimento cooperativo, solidário, de mútua autocomposição. Estamos falando de uma possibilidade de transformar o conflito e de nos transformarmos no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmo-nos no lugar do outro para entendê-lo a nós mesmos.

Nesses devires para entender o outro, a nós, a mediação reclama uma interpretação rizomática. As características que enumeram Deleuze e Guatarri no texto introdutório que se analisa neste estudo podem ser visualizadas com a devida pertinência em suas peculiaridades.

2.2 OS DEVIRES DA MEDIAÇÃO E SUA ADEQUAÇÃO AO RIZOMA

Entre tantas coisas numa separação é também uma língua que se extingue. (MARQUES; JORGE, 2017)

Na intenção de fundamentar suas conclusões, argumentando ser uma forma de convencer o leitor de que sua construção teórica é válida, Deleuze e Guatarri (1995, p. 4) enumeraram seis princípios aos quais chamaram de “características aproximativas do rizoma”. São eles: a conexão e a heterogeneidade, a multiplicidade, a ruptura a-significante, a cartografia e a decalcomania.

A resolução de conflitos a partir da mediação, como processo assistido não adversarial, que mostra o conflito como uma confrontação construtiva, revitalizadora, que visa a restaurar relações (WARAT, 2004), demanda a conexão entre “cadeias semióticas, organizações de poder, ocorrências que remetem às artes, às ciências, às lutas sociais” (DELEUZE; GUATARRI, 1995, p. 5), o que lhe garante a adequação aos princípios um e dois, da conexão e da heterogeneidade.

“Qualquer ponto de um rizoma pode ser conectado a outro e deve sê-lo”, essa característica define o rizoma, de modo que, se pensarmos que a mediação demanda ligações e vínculos, não conseguimos nos afastar de uma visualização rizomática de seus conteúdos. A palavra vínculo, inclusive, é tratada como indicativo da aplicação da mediação pelo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015):

Art. 165. (*omissis*)

[...]

§ 3o O mediador, que 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.

Quanto à forma de se fazer mediação, não podemos apontar uma maneira ideal para a prática. O que existem são técnicas que se misturam, se combinam e que são usadas entre as próprias partes com a ajuda de um facilitador que não interfere no resultado.

A mediação, seguindo nesses caminhos, é interdisciplinar por excelência, uma vez que seu viés transformativo não comporta uma visão compartimentada dos desejos confrontantes. O tratamento do conflito, cujo conceito carrega, em si, a complexidade como núcleo fundamental, demanda uma atitude que vai além da mera mistura indiscriminada de conhecimentos.

A mediação, pois, exala multiplicidade, definindo-se pelo fora: “pela linha abstrata, linha de fuga ou de desterritorialização segundo a qual elas mudam de natureza ao se conectarem às outras” (DELEUZE; GUATARRI, 1995, p. 6). E esse é o terceiro princípio estabelecido por Deleuze e Guatarri como indispensável à constituição do rizoma.

Quando, por exemplo, ao terceiro alheio à disputa é dada a possibilidade de propor soluções para a demanda a ser solu-

cionada, a mediação transforma-se em conciliação. Assim a mediação obedece, também, ao princípio da ruptura a-significante. Segundo esse conceito: “Um rizoma pode ser rompido, quebrado em um lugar qualquer que ele retomará seguindo uma ou outra de suas linhas” (DELEUZE; GUATARRI, 1995, p. 6), essas chamadas linhas de fuga fazem parte do rizoma, “não há imitação nem semelhança, mas explosão de duas séries heterogêneas na linha de fuga composta de um rizoma comum que não pode mais ser atribuído, nem submetido ao que quer que seja de significativo.” (DELEUZE; GUATARRI, 1995, p. 7)

Por fim, “o rizoma se refere a um mapa que deve ser produzido, construído, sempre desmontável, conectável, reversível, modificação, com múltiplas entradas e saídas, com suas linhas de fuga” (DELEUZE; GUATARRI, 1995, p. 15). A mediação também é tudo isso, deve ser fluida, deve promover o empoderamento das partes para que elas encontrem a solução adequada para seus desejos.

Nesse caminho, os dispositivos de poder seriam meros componentes de seus agenciamentos (DELEUZE, 1996, p. 3). A mediação nunca será uma cópia, extraída de um modelo. Ao contrário, trata-se de um instituto que busca seus próprios caminhos, em que se dá espaço para a criação, para a desconstrução e para a reconstrução, de relações, de conceitos, das suas próprias estruturas.

Esgotados os princípios elencados por Deleuze e Guatarri (1995, p. 14), os autores apresentam como definição elaborada a partir dessas características:

Resumamos os principais caracteres de um rizoma: diferentemente das árvores ou de suas raízes, o rizoma conecta um ponto qualquer com outro ponto qualquer e cada um de seus traços não remete necessariamente a traços de mesma natureza; ele põe em jogo regimes de signos muito diferentes, inclusive estados de não-signos.

Como consequência, temos que “em suma, não seriam os dispositivos de poder que agenciariam ou que seriam constituin-

tes, mas os agenciamentos de desejo é que disseminariam formações de poder segundo uma de suas dimensões.” (DELEUZE; GUATARRI, 1995, p. 3-4) Na forma proposta por Warat, a mediação é aliança, ao tempo em que o rizoma de Deleuze e Guatarri, é *intermezzo*, ou seja, intermeio, inter-mediação. Intermediar desejos, encaminhando-os no sentido de solucionar conflitos de maneira a promover a transformação do indivíduo: perfeita combinação, adequação cabível e pertinente.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todas as linhas lidas nos principais textos em análise – Deleuze e Guatarri e Warat – víamos devires que transitavam perfeitamente entre os conceitos em debate – mediação e rizoma. A proposta de uma mediação como um método interdisciplinar que procura conferir empoderamento às partes para torná-las aptas a resolverem seus próprios conflitos, e, mais do que isso, a visão de uma mediação capaz de promover a transformação, não só dos conflitos, mas das próprias pessoas, ao que nos parece, não comporta uma análise dicotômica, enraizada, presa a uma estrutura central que não facilitasse a fluidez que o contexto reclama.

Visualizada a convergência entre os elementos de uma e outra teoria, procuramos demonstrar a adequação da forma de pensar apresentada por Deleuze e Guatarri ao estudo do referido meio de solução conflitual. Os princípios por eles proclamados como determinantes para a configuração de um rizoma apresentam uma coerência inafastável frente às condições em que a prática da mediação transformadora de Warat atinge seu ápice de funcionamento.

Foi o que se procurou demonstrar ao longo deste artigo. Ao seu final, resta-nos, então, concluir que, diante da complexidade conceitual que carrega esse instrumento de resolução não adversarial de conflitos, uma estrutura de pensar que não respeite sua multiplicidade, seu caráter de mutação constante, não se adequa a suas finalidades e o engessa desnecessariamente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. República Federativa. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU** de 17/03/2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: ago. 2017.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.

DELEUZE, Gilles. Desejo e prazer. **Cadernos de subjetividade**, p.13-25, 1996.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. Introdução: rizoma. Trad.: Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa. **Mil platôs**, v.1, p.11-38, 1995.

LINS, Daniel. Manguê's school ou por uma pedagogia rizomática. **Educação & Sociedade**, v.26, n.93, 2005.

MARQUES, Ana Martins; MARQUES, Jorge, Eduardo. **Como se fosse a casa** (correspondência). Minas Gerais: Relicário, 2017.

MUSZKAT, Malvina. **Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações**. 2.ed. rev. São Paulo: Grupo Editorial Summus, 2008.

NEUTZLING, Daiane Mülling; PEDROZO, Eugenio Avila. Reinterpretação da destruição criadora de Schumpeter pela ótica da complexidade, estruturas dissipativas e rizoma. **InterSciencePlace**, v.1, n.6, 2015.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. **Tramas entre subjetividades e direito**: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os

sistemas de resolução de conflitos. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2010.

ROLNIK, Suely. Esquizoanálise e antropofagia. **Gilles Deleuze**: uma vida filosófica. São Paulo: 34, 2000. p.451-462.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

**VIOLÊNCIA, ESTADO
E SOCIEDADE**

Parte II

**Coletânea de Artigos
Direito e Interdisciplinaridade
Vol. I.**

***A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA
E O COMBATE À VIOLÊNCIA
POLICIAL: OS SUBSTITUTIVOS
PENAIIS NA ERA DO GRANDE
ENCARCERAMENTO, A
RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DE ALAGOAS Nº
21/2015 E A POSSÍVEL EFICÁCIA
NA REPRESSÃO DA TORTURA
POLICIAL EM MACEIÓ/AL***

Roberto Barbosa de Moura

Yasmin da Rocha Teixeira

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes - UNIT.
rbarbosademoura@gmail.com

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes - UNIT.
yasmin.rocha.t13@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A audiência custódia passa a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro em 2015, mas sua regulamentação já estava prevista no Pacto de San José da Costa Rica de 1969 (OEA), art. 7(5), bem como no Pacto Internacional sobre Direito Cívico e Político adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, no seu art. 9 (3) (ONU, 1992).

Desta forma, por força da emenda 45/2004, que modificou em grande parte a Constituição Federal de 1988, inclusive no art. 5º §3º, o qual determina que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que passem por um rito de emenda constitucional possuam força de norma constitucional.

Alerta-se ao leitor que o entendimento dominante da Suprema Corte é de que esses diplomas possuem valor de normas supralegais e infraconstitucionais, ou seja, estão abaixo da Constituição Federal, mas acima de leis ordinárias e complementares.

Este debate ficou evidenciado na divergência de visões do Min. Celso de Mello e do Min. Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.2006. Este julgado selou entendimento contrário ao texto expresso da Constituição Federal, já que o art. 5º, no seu parágrafo 3º, fixa valor de emenda constitucional a esses diplomas.

Verte-se que, fugindo desse imbróglho hermenêutico e perpassado um atraso no que tange a regulamentação da audiência de custódia pelos tribunais, abarcar este instituto como chave para a democratização de um processo penal acusatório, sob o jaez de valores democráticos encontrados na Constituição Federal, seria da maior importância para um vir a ser de uma sociedade alicerçada em valores democráticos.

Pois, dentre as funções da audiência de custódia, está no esteio da Resolução nº 21 do TJ/AL: 1) verificar a legalidade do auto de prisão em flagrante; 2) A necessidade da conversão do flagrante em prisão preventiva; se o preso pode receber a liberdade provisória ou medida cautelar diversa da prisão. 3) Veri-

ficar se houve a ocorrência de maus-tratos, servindo como instrumento de prevenção e combate a tortura.

O cerne da presente pesquisa consistiu em averiguar maus-tratos e práticas de tortura no ato da prisão em flagrante e durante a custódia cautelar do detento, uma vez que esta averiguação serve como um “termômetro” eficaz que permite analisar se as instituições estão mais direcionadas a valores autoritários ou democráticos.

Desse modo, foi realizada uma pesquisa de campo no modelo quantitativo e qualitativo, sendo formulado um questionário com o objetivo de responder: 1) Número de vezes em que o juiz questionou se houve, ou não, violência; 2) Número de vezes em que o promotor questionou se houve, ou não, violência; 3) Número de vezes em que o defensor perguntou, ou não, se houve violência; 4) Número de vezes em que o acusado relatou ter sofrido violência; 5) Número de vezes em que o acusado foi encaminhado, ou não, para realizar o exame de corpo de delito; 6) Número de vezes em que, na audiência de custódia, não se pode averiguar se houve, ou não, exame de corpo e delito.

Os pesquisadores obtiveram os dados, tanto assistindo às audiências e respondendo ao questionário de forma presencial, anotando em um caderno de campo no período de abril e maio, bem como extraindo os vídeos das audiências da pauta de janeiro de 2017. Portanto, o espaço temporal observado nesta pesquisa foi de janeiro de 2017 até maio daquele ano.

Acerca dos vídeos, os pesquisadores tiveram acesso a eles por meio do Sistema de Automação da Justiça (SAJ), uma vez que são públicos e não continham segredo de justiça. As escolhas das audiências foram feitas de forma aleatória não havendo um critério minucioso para tal, e chegou-se a uma amostra de 84 (oitenta e quatro) audiências. Amostra colhida pela disponibilidade dos dados, bem como de limitação temporal dos pesquisadores.

Por conseguinte, no que tange ao processo de extração do material, os pesquisadores realizaram porcentagens dos questionários com base em uma regra de três simples, a qual englobou os quesitos em resposta binária – sim e não – enfrentados

pela quantidade total pesquisada, ou seja, 84 (oitenta e quatro) audiências.

O trabalho, apresentados comparativos, no que concerne à questão da violência policial, entre Maceió/AL e o estado de São Paulo, utilizando para tal o relatório “Tortura Blindada”, empreendido pela Conectas Direitos Humanos (2017).

2 DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia é um instrumento processual o qual estabelece que todo preso em flagrante deverá ser apresentado à autoridade judicial dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas após o flagrante, para que esta avalie a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção, conforme dispõe o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na Res. 213/ 2015, art. 1º:

Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

Nesta audiência, o acusado será apresentado e entrevistado pessoalmente pelo juiz, sendo ouvidas as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. A depender do caso, o juiz poderá conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, substituir a prisão por medidas cautelares ou mesmo converter em prisão preventiva.

Além de o instituto se adequar aos pactos internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, por meio dele, o juiz irá avaliar a legalidade, necessidade e adequação da continuidade da prisão e poderá averiguar eventuais ocorrências de maus-tratos ou de tortura no momento da prisão em flagrante e durante a custódia cautelar.

Depreende-se que a audiência de custódia é também uma tentativa de redução do encarceramento provisório, por justamente garantir a rápida apresentação do preso a um juiz de direito logo após a sua prisão. **Cabe destacar a fala do ministro Ricardo Lewandowski (G1, 2015, on-line), em que o mesmo aduz que cerca de oito mil pessoas presas em flagrante deixaram de entrar nos presídios em 2015, após passarem por audiências de custódia.**

Ademais, por audiências, é possível analisar as condições a que foi submetido o preso, podendo dessa forma, funcionar como um instrumento de combate e/ou prevenção à tortura e à violência policial.

2.1 O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Apesar de o projeto de audiência de custódia, que visava garantir a sua realização, ter sido lançado apenas em 2015 pelo CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e com o Tribunal de Justiça de São Paulo, entrando em vigor somente em 2016, a mencionada audiência já estava prevista em pactos e tratados internacionais subscritos pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que assegura no art.7º (5):

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Esta Convenção ocorreu no ano de 1969, tendo sido promulgada internamente por meio do Decreto nº 678 de 1992. Segundo o art.5º, §3º da Constituição Brasileira de 1988, os tratados internacionais sobre direitos humanos

ratificados pelo Brasil, que passem pelo trâmite legislativo de reforma da Constituição Federal, possuem *status* constitucional, dessa forma, qualquer norma infraconstitucional, anterior ou posterior ao Pacto que com ele colidir, não terá validade jurídica.

Portanto, apesar da garantia de a pessoa presa ser levada sem demora à autoridade judicial competente não estar prevista expressamente na Carta Magna, desde 2004, através da emenda 45/2004, tal garantia tem forma e *status* constitucional, devido à incorporação do referido pacto ao ordenamento jurídico pátrio.

2.2 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) – A IMPLEMENTAÇÃO TARDIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

A audiência de custódia já se encontrava disposta em convenções internacionais de proteção aos Direitos Humanos, assinadas pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica. Ambos foram promulgados em 1992, respectivamente, pelos Decretos nº 592 e nº 678.

De forma semelhante à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos estabelece, em seu art.9º (3), que: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais [...]. (Grifo nosso).

Embora o instituto da audiência de custódia já estivesse previsto internamente desde 1992, apenas em 2015, vinte três anos depois de oficialmente publicado, este passou a ter existência prática por meio da Resolução 213/2015, editada pelo CNJ, a qual padronizou a realização e o funcionamento das audiências a nível nacional, passando a vigor em 2016.

2.3 A RESOLUÇÃO Nº 21/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS

A Resolução nº 21, de início, já aborda a necessidade de mecanismos avaliativos no que tange à legalidade da prisão em flagrante e à necessidade ou não de sua manutenção, além da possibilidade de se averiguar eventual afronta aos direitos da pessoa presa e ocorrência de maus-tratos, podendo, a audiência de custódia, servir como uma ferramenta de controle, prevenção e de combate à tortura, consoante dispõe a referida Resolução:

CONSIDERANDO a busca de mecanismos que avaliem a legalidade da prisão em flagrante ou se esta deve ser relaxada (art. 310, I, do Código de Processo Penal), a necessidade de sua conversão em prisão preventiva (art. 310, II, do Código de Processo Penal), se o preso poderá receber a liberdade provisória (art. 310, III, do Código de Processo Penal) ou medida cautelar diversa da segregação (art. 319 do Código de Processo Penal), **permitindo-se aferir eventual afronta aos direitos da pessoa presa, bem como verificar a ocorrência de maus-tratos, servindo como instrumento de prevenção e combate à tortura.** (Grifo nosso).

Por conseguinte, nota-se que a Resolução nº 21 do Tribunal de Justiça de Alagoas, tendo em vista a grave questão carcerária do Brasil, busca com o advento da audiência de custódia em Alagoas, atuar como fator positivo de mudança da realidade vigente, conforme prevê que: “considerando a importância da iniciativa na gestão da grave questão carcerária do País que se verifica de forma acentuada também no Estado de Alagoas”.

Um dos meios utilizados para tentar coibir a força desmedida exercida pela polícia, tanto no ato da prisão em flagrante, quanto durante o período de guarda cautelar do preso, é a apresentação deste ao juiz dentro do período de 24 (vinte e quatro)

horas, contados a partir da prisão em flagrante delito, como é verificado no art. 1º da Resolução:

Art. 1º Fica implantada a audiência de custódia com a finalidade de apresentar a pessoa presa em flagrante delito, em até 24 (vinte e quatro) horas após a comunicação de sua prisão, em observância ao disposto no art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

2.4 O QUE É TORTURA

Utiliza-se a denominação “tortura”, a qual é conceituada pela Convenção das Nações Unidas contra a Tortura de 1984, precisamente em seu art. 1º, o qual dispõe que:

[...] o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. **Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram** (Grifo nosso).

Ademais, o conceito de tortura também está previsto no art. 2º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em que consta:

[...] entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. **Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contato que não incluam a realização dos atos ou aplicação dos métodos a que se refere este Artigo** (grifos nossos).

3 O RETRATO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA POLICIAL NO FÓRUM DA CAPITAL DE ALAGOAS

3.1 UM PANORAMA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM ALAGOAS

Aliado a este trabalho foram formadas parcerias entre pesquisadores que circunscreveram a pesquisa na audiência de custódia em Alagoas. Uma delas foi da pesquisadora Yasmim Almeida (2017, p. 56), a qual detectou que: “De acordo com o relatório do núcleo de audiências de custódia no ano de 2016 ocorrem 815 audiências na 17ª Vara Criminal da Capital”. A autora destacou que o crime que “mais leva pessoas a serem presas em flagrante é o tráfico de drogas”. Bem como “258 pessoas foram presas por

tráfico só no ano de 2016. Diante disso, 32% dos crimes cometidos na cidade são de tráfico” (ALMEIDA, 2017, p. 56).

Outro dado relevante apresentado por Almeida (2017, p. 56) foi o fato de que das “[...] 815 audiências realizadas em 2016, resultaram em 550 decretações de prisões preventivas e 251 concessões de liberdade provisória, ou seja, houve mais que o dobro de decretação de preventivas do que concessão de liberdade”.

A presente pesquisa analisou 84 (oitenta e quatro) audiências de custódia. As audiências analisadas foram extraídas tanto dos processos digitais, por meio do Sistema de Automação da Justiça (SAJ), bem como por pesquisa de campo em que os investigadores assistiram às audiências de custódia, os quais puderam fazer anotações e levantamento das informações.

O dado amostral de 84 (oitenta e quatro) audiências, apesar de não exaurir quantitativamente, buscou-se verificar também qualitativamente a partir dessa amostra o respaldo nas hipóteses trabalhadas nesta pesquisa. Assim, utiliza-se a metodologia quantitativa e qualitativa, por motivos alheios e temporais não se pôde realizar uma pesquisa etnográfica dos sujeitos da audiência.

Com o objetivo de responder se a audiência de custódia vem sendo um meio eficaz de combater a tortura e os maus-tratos se suscita os seguintes quesitos: 1) Número de vezes em que o juiz questionou se houve, ou não, violência; 2) Número de vezes em que o promotor questionou se houve, ou não, violência; 3) Número de vezes em que o defensor perguntou, ou não, se houve violência; 4) Número de vezes em que o acusado relatou ter sofrido violência; 5) Número de vezes em que o acusado foi encaminhado, ou não, para realizar o exame de corpo de delito; 6) Número de vezes em que, na audiência de custódia não, se pode averiguar se houve, ou não, exame de corpo de delito.

No tocante ao primeiro quesito, ficou evidente que apesar de ser um protocolo regulamentado pela Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015 do CNJ, é uma obrigação do juiz de garantias indagar se houve tortura ou maus-tratos, bem como o encaminhamento para a realização do exame de corpo de delito.

Estas obrigações nos termos do art. 8º, VI e VII, da mencionada resolução e pelo princípio da legalidade, art. 37, *caput* da Constituição Federal de 1988, são um dever da atividade jurisdicional na atuação de juiz de garantias em sede de audiência de custódia.

Observou-se (ANEXO 1) que em apenas em 36,9% (31) dos casos restou evidenciado que houve uma indagação pelo magistrado se houve, ou não, violência policial no flagrante. De outra forma, apesar da regulamentação exigir um dever de conduta apenas pela magistratura, o Ministério Público, embora seja o *dominus litis* da ação penal, um de seus deveres institucionais é o de controle externo da atividade policial, conforme preceitua a Constituição Federal em seu art. 129, VII, que dentre as funções do ministério público, encontra-se: “[...] exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior” (BRASIL, 2016).

A pesquisa notou que apenas em 20,2% (17) dos casos o membro do *parquet* indagou se houve, ou não, violência (ANEXO 2).

A defesa (pública ou privada) indagou (ANEXO 3) ao custodiado apenas em 14,3% (12) dos casos se houve, ou não, violência no auto de prisão em flagrante. Por outro lado, o custodiado aduziu (ANEXO 4) em 23,4% (22) dos casos ter sofrido violência no procedimento de prisão em flagrante por parte dos policiais.

Ademais, em apenas 20,2% (ANEXO 5) dos casos ficou demonstrado que o custodiado iria se submeter ao procedimento protocolado na regulamentação de exame de corpo de delito. Cumpre ponderar que em 56% restou evidente que o custodiado não iria se submeter ao exame de corpo de delito e em 23,8% não se pode constatar que o custodiado iria se submeter ou não ao exame.

3.2 O RELATÓRIO TORTURA BLINDADA

A pesquisa feita pela Conectas Direitos Humanos (2017), entre julho de 2015 até maio de 2016, por meio de pesquisa de campo e monitoramento das audiências de custódia feitas no Fórum Criminal da Barra Funda em São Paulo, aponta que 31% dos

presos em flagrante que passaram pela audiência de custódia no intervalo do monitoramento eram acusadas do crime de roubo; “Isso pode indicar que os acusados de roubo estão mais suscetíveis à violência policial do que os acusados de terem praticado outros crimes” (CONNECTAS, 2017, p. 34)

Outro dado que salta aos olhos é o de que, dos 393 (trezentos e noventa e três) casos, em apenas 34 houve registro formal de agressão no auto de prisão em flagrante e em apenas um caso o Delegado responsável deu ordem de prisão ao Policial Militar acusado, instaurando, assim, o inquérito policial para apuração dos fatos (CONNECTAS, 2017, p. 35).

O estudo também apresentou o *modus operandi* de isenção de responsabilidade dos agentes públicos, de tal forma que:

Nos casos em que não havia o registro de violência no auto de prisão em flagrante, estavam presentes expressões e frases que buscavam negar qualquer tipo de agressão por parte dos policiais, além disso, em 18% dos casos havia uma explicação da origem de possíveis lesões que a pessoa presa apresentava de modo a isentar os policiais. (CONNECTAS, 2017, p. 35).

Este relatório também aponta para o uso de cães e a justificativa usada pelos agentes públicos: “o cão B. exaltou-se” (caso 172). “Em alguns casos, a vítima de tortura ou maus-tratos chegou a mencionar em audiência de custódia ter sido ameaçada para mentir sobre a origem de suas lesões ao ser encaminhado a atendimento médico” (CONNECTAS, 2017, p.36)

Também merece destaque o fato de que “17% dos casos observados pela pesquisa, as pessoas presas foram levadas a um hospital para atendimento médico antes da audiência de custódia”. Bem como “mais da metade destes (9%) havia apenas o registro da delegacia de que a pessoa custodiada teria sido levada a Hospital ou Pronto Socorro, não existindo nenhum documento oficial da própria instituição médica” (CONNECTAS, 2017, p. 37).

Outro ponto que realça e circunscreve aos elementos apresentados neste trabalho é a discrepância no trato com o acusado e a violência sofrida por este, com a violência sofrida pela vítima e as informações colhidas para incriminar o acusado, pois:

Quando presentes, os documentos elaborados pelos hospitais eram extremamente genéricos e precários, sem informações a respeito dos procedimentos médicos realizados, das lesões encontradas, ou do que as teria dado causa o que representaria importante medida para a constatação da violência policial e consequente responsabilização dos agentes públicos. (CONNECTAS, 2017, p. 37).

Destaque-se o fato de que quando era a vítima que estava no hospital em razão de lesões, os mesmos documentos, por vezes, também eram juntados no auto de prisão em flagrante com uma minúcia de detalhes “identificando-se as lesões e possíveis causas e a ações perpetradas pela pessoa que estaria presa” (CONNECTAS, 2017, p. 37)

3.3 A VIOLÊNCIA POLICIAL

O ponto nodal para entender a violência policial é, primeiramente, compreender a própria polícia. Zaffaroni (2012, p. 92) menciona que:

[...] a função policial foi inventada para colonizar, mas foi levada às cidades metropolitanas quando se decidiu controlar pela força a violência criada pela concentração urbana, isto é, quando se optou por tratar as massas deslocadas internas, que ainda não podiam se colocar na produção pela escassa acumulação de capital primitivo, da mesma forma que os colonizados eram tratados.

Logo, percebe-se que o modelo policial aderido por uma nação reflete o grau de avanço democrático desenvolvido por

esta, uma vez que, historicamente, a polícia servia como forma de controle colonizador. Esta tese encontra maior densidade no ponto em que o autor suscita a resistência inglesa na criação da polícia, pois os ingleses “[...] tinham experiência colonial e não queriam sofrer esse controle em seu próprio território. Ademais, tinham diante de si o exemplo da polícia de ocupação territorial francesa, com o modelo borbônico e do tenebroso e contemporizador Joseph Fouché (1759-1820)” (ZAFFARONI, 2012, p. 374).

Parte-se do entendimento, conforme ensinamentos do prof. André Sampaio, que “[...] a polícia representa essa pequena parcela de poder sobre a vida e a morte” (SAMPAIO, 2015, p. 322). O referido autor, na senda de Foucault, Benjamin e Derrida, destaca que a polícia possui um poder amorfo, pois é:

[...] intangível e onipresente, autojustificada por aquilo que ela mais produz: *o medo do delinquente*. Por outro lado, sua imagem se identifica à do Estado, de modo que atacar aquela é atingir este; ela já não se satisfaz, daí, em simplesmente aplicar a lei, ela a cria, ela é, como intitula Derrida, a força de lei. (SAMPAIO, 2015, p. 323).

Diante do exposto, infere-se que a polícia é uma instituição de controle, disciplinar, que por vezes irá utilizar da força (tortura, maus-tratos e intimidação) na condução dos sujeitos indesejáveis, **ao mesmo tempo cabe concluir que não existe crise na condução policial ou que esta não esteja cumprindo sua função, tal afirmativa estaria completamente equivocada, pois é o seu contrário que é verdadeiro a partir de uma análise histórica, como já apontado.**

Um fato que não deve ser desprezado é que toda atuação policial tem guarida no Ministério Público e na magistratura. Orlando Zaccone (2015, p. 23) lembra que “[...] a polícia mata, mas não mata sozinha”.

No entanto, seguindo os ensinamentos do Prof. Zaffaroni (2012, p. 493), bem como partindo de uma criminologia de cunho cautelar, busca-se primeiramente desdramatizar a situa-

ção, pois o mesmo evoca que: “Não tem sentido rasgar as roupas gritando corrupção e querer resolver tudo com a remoção das chefias e do pessoal, sem mexer nas estruturas e sem melhorar as condições de trabalho”.

Zaffaroni (2012, p. 493-495) elenca, ainda, uma série de propostas concretas no objetivo de mudança do pensamento e da atuação policial; ele, primeiramente, alerta para que não se incorra em generalizações fracassadas, mas sim olhar a realidade de cada polícia, caso a caso; suscita que a corrupção é uma forma de arrecadação ilegal, portanto, deve-se buscar uma melhor remuneração e distribuição de renda equitativa.

Zaffaroni (2012), também, indica os benefícios de uma sindicalização forte, que não seja aquela dos sindicalistas profissionais, mas que esteja inserida no *labor*. Aponta também para o fomento de formação universitária, técnica e cívica. Elenca que a corporação deve possuir instrumentos de resolução de conflito, assim, não engendrando novos.

Igualmente, propõe uma mudança de paradigma de uma polícia militarizada para uma polícia comunitária, que não seja tão extensa a ponto de não serem controladas sequer pelo exército, bem como se deve renunciar a meritocracia estatística “[...] pois estimula a criação de fatos, a produção de detenções sem sentido, a geração de incômodos inúteis à população” (ZAFFARONI, 2012, p. 495).

Por fim, o prof. Zaffaroni (2012, p. 496) completa aduzindo a necessidade de investigação de toda violência policial, note-se:

É função judicial obrigatória investigar todo fato de violência em que o pessoal policial tenha produzido a morte de um suspeito ou o ferido, como também toda a denúncia de tortura ou constrangimentos ilegais ou de ameaças a testemunhas ou vítimas nestes casos. Para uma adequada investigação desses fatos é necessário que os laboratórios de criminalística, os necrotérios e os médicos forenses dependam da autoridade judicial e não da própria polícia. (Grifo nosso)

3.4 DISPOSITIVOS DE ENCARCERADORES, PRISÃO PREVENTIVA E O FRACASSO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

O advento da audiência de custódia como panaceia para solução dos problemas no esteio do grande encarceramento e das práticas abusivas da polícia se encontra circunscrito a uma lógica a qual Salo de Carvalho denomina de propostas relegitimadoras, como a transação penal, medidas cautelares alternativas à prisão e suspensão condicional do processo, que nada mais são do que formas de expansão do estado penal, o qual o autor cita que:

A responsabilidade pela densificação do punitivismo e pela criação do imenso contingente de pessoas presas é dos atores que dão vida, diariamente, ao sistema punitivo. A responsabilidade da imposição gótica de sofrimento em nosso sistema carcerário é da própria estrutura punitiva e dos seus discursos relegitimantes, que promovem e fomentam sua utilidade como mecanismo imprescindível de controle social. A composição destes ingredientes possibilita aos sistemas de punição alta capacidade de reinvenção, fazendo com que a imposição superlativa de sofrimento seja constante, independente da criação de espaços de liberdade. (CARVALHO, 2010, p. 377).

Ademais, pensar em soluções e estruturas processuais que visem combater o controle social por meio do grande encarceramento deve estar jungido de uma mudança das mentes colonizadas por essas práticas punitivas, ou seja, os atores – polícia, ministério público e magistratura – bem como uma mudança radical na forma de pensar para além de mecanismos que:

[...] não enfraquecem a prisão, mas a revigoram; não diminuem sua necessidade, mas a reforçam; não anulam sua legitimidade, mas a ratificam: são

instituições tentaculares cuja eficácia depende da existência revigorada da prisão, o centro nevrálgico que estende o poder de controle, com a possibilidade do reencarceramento se a expectativa comportamental dos controlados não confirmar o prognóstico dos controladores. (SANTOS, 1985, p. 364).

Estas críticas podem ser referendadas no fracasso já demonstrado de que, apesar de ser um protocolo de combate à violência e maus tratos, não se questiona seriamente e proficuamente se houve violência ou maus tratos, mas, por outro lado, o interesse dos atores nas audiências, como percebido na pesquisa de campo, é o interesse na conversão do Auto de Prisão em Flagrante (APF) em prisão preventiva. Além da legitimação da atuação policial, que atualmente se encontra inconformada por estar tendo seus atos contraditos, arbitrária e mascarar as torturas praticadas por agentes públicos que possam influir no processo/investigação.

Nesta senda, o magistrado de execução penal, Luís Carlos Valois (2017, p. 7) lembra bem que enquanto o juiz da execução penal faz de tudo para não soltar (exames criminológicos, certidão de bom comportamento etc.), seus coirmãos – juiz de conhecimento e das garantias – fazem de tudo para prender.

O dado do CNJ de janeiro de 2017, o qual fez um levantamento por meio dos Tribunais de Justiça, verificou que Alagoas é o segundo estado da federação com maior quantidade de presos provisórios, tendo um número desastroso de 80,92% de presos provisórios (ANEXO 6).

Desta forma, a hipótese suscitada pelo professor Juarez Cirino dos Santos resta comprovada, uma vez que não se preocupa em diminuir os tentáculos do controle punitivo, mas de expandir, uma vez que o poder tende a ser sempre desarrazado, assim, audiência de custódia demonstra tão apenas um verniz que não cumpre suas funções, seja de diminuir o número de presos provisórios, seja de combater a violência policial no auto de prisão em flagrante.

Ademais, não se pode deixar levar pelo canto da sereia de um número absoluto aduzido fora de contexto e apenas circunscrito ao espaço paulista, nota-se que apesar de 8.000 (oito mil) custodiados não terem sua prisão em flagrante convertida em preventiva, este dado não torna por absoluto a audiência de custódia como uma panaceia para resolução dos problemas processuais e de execução penal no Brasil.

Chega-se a esta conclusão, pois a quantidade de detentos em São Paulo tange 226,5 mil detentos (MATSUURA, 2015), conforme apontado, este quadro não se modifica com a retirada de 8.000 (oito mil) detentos, já que este número figura tão apenas 3,53% do total de presos de São Paulo.

4 CONCLUSÃO

A audiência de custódia nasce na senda de propostas de interesses legislativos genuínos desencarceradores e com o espírito democrático, no entanto quando subjaz na realidade, este instituto se reveste e passa a ser operado por sujeitos os quais possuem uma mente operada pelo pensamento inquisitório. Destarte, bem ressalta Alexandre Morais da Rosa e Salah Hassan Khaled Jr. (2014, on-line), que: “Ainda temos que avançar e muito, pois permanecemos presos a um núcleo de pensamento autoritário que é preciso urgentemente superar para fortalecer a democracia”.

Um dos aspectos dessa superação seria primeiramente reconhecer a audiência de custódia, não como algo ontologicamente posto no ordenamento jurídico brasileiro, mas como um mecanismo em disputa pelos sujeitos que a tencionam, aos quais tendem para a inquisitorialidade – autoritária, ou para a democraticidade – modelo democrático (CUNHA MARTINS, 2010, p. 93-94).

Por conseguinte, partir do pressuposto que a única função da pena é o castigo e sob a perspectiva agnóstica da pena, conter o poder punitivo estatal seria da maior necessidade ao nosso ordenamento e à audiência de custódia, uma vez que o Brasil possui a 4º maior população carcerária do mundo (INFOPEN, 2014, on-line) e Alagoas contém um excedente carcerário de 22,9% (SERIS, 2017, on-line).

Assim, cumpre destacar que a Polícia Militar do Brasil é a que mais mata e que mais morre, nota-se, pois: “a polícia mata um cidadão a cada três horas e mais de um policial é morto por dia” (IBCCRIM, 2016, p. 1).

É a partir do entendimento que a audiência de custódia tem um dever na democracia de conter o aparato punitivo da violência policial na prisão em flagrante, que restou demonstrado seu inverso, ou seja, não havia o mínimo de rigor técnico e humano na averiguação de casos de violência policial, seja ao não questionar o custodiado, ao não encaminhar ao exame de corpo de delito, bem como ao não haver responsabilização dos policiais, vez que os primeiros seriam condições para o último.

Desta forma, bem acertado foram os dizeres de Juan Mendez, Relator Especial para Tortura da Organização das Nações Unidas (ONU), o qual dá amplo respaldo às conclusões desta pesquisa, o mesmo suscita que no Brasil:

Há um alto grau do uso da tortura na interrogação. Há um alto grau de impunidade pela tortura. Perguntamos em muitos estados sobre tortura e maus tratos nas cadeias, o número de casos levados à Justiça e o número de condenações por tortura. Em todos os estados, se havia casos, era possível contar nos dedos da mão, [havia] muitos poucos processos. Não vimos uma condenação sequer por tortura, nem por abuso de autoridade (MENDEZ, 2015, on-line).

Por fim, o trabalho buscou trazer um quadro preocupante no que concerne à falácia do combate à tortura, que seria um dos objetivos da audiência de custódia, assim, parte-se nos dizeres de Baratta (1991, p. 254) para a autocolonização no espaço democrático, no intuito de que os atores envolvidos partam do respeito, interesse ao destino das pessoas detidas e provenha de uma mudança radical e humanista do sistema penal, pois de outra forma a audiência de custódia continuará a ser um instrumento tecnocrático cuja finalidade seja legitimar ações autoritárias do poder punitivo dentro da suposta

democracia. Afinal, “Não há democracia verdadeira que conviva com a tortura. Não há democracia com corpos insepultos!” (IBCCRIM, 2016a, p. 1).

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. **Resolução nº 21 do Tribunal de Justiça de Alagoas** de 15 de setembro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Alagoas: Tribunal de Justiça de Alagoas, 2015.

ALMEIDA, Yasmim Cavalcante Pina de. **A influência da crise carcerária no índice de decretação de prisões preventivas em audiência de custódia**. 2017. 77f. TCC – Trabalho de Conclusão de Curso, Centro Universitário Tiradentes, Maceió/AL.

BALLESTEROS, Paula. **A audiência de custódia e a prevenção à tortura: análise das práticas institucionais e recomendações de aprimoramento**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/audiencias-de-custodia-e-prevencao-a-tortura-analise-das-praticas-institucionais-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1-correto.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BARATTA, Alessandro. **Resocialización o Control Social: por un concepto crítico de reintegración social del condenado**. ARAÚJO JR., João Marcelo de (Coord.). **Sistema Penal para o Terceiro Milênio: atos do colóquio Marc Ancel**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº213**, de 15/12/2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 2 maio 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. **Substitutivos penais na era do grande encarceramento**. In: ABRAMOVAY, Pedro; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do grande encarceramento**: seminário. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CONNECTAS, Direitos Humanos. **Tortura Blindada**: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo, 2017. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>. Acesso em: 13 de maio de 2017.

CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the Brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DEPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN**, junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário brasileiro de segurança pública, 2015**. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario2015.retificado.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

G1. **Audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil nos presídios**. São Paulo. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo>.

com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>. Acesso em: 10 abr. 2017.

IBCCRIM. Editorial. **Tortura: até quando?** Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 24, n.283, junho 2016a.

IBCCRIM. Editorial. **Segurança Pública: entre a legalidade retórica e a letalidade real.** Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 24, n.284, julho 2016b.

KARAM, Maria Lúcia. Dispositivos legais desencarceradores. In: ABRAMOVAY, Pedro; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do grande encarceramento: seminário.** Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MATSUURA, Lilian. **População carcerária em São Paulo cresceu 33% nos últimos quatro anos.** 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-21/populacao-carceraria-sp-cresceu-33-ultimos-quatro-anos>>. Acesso em: 15 maio 2017.

MENDEZ, Juan. **Relator da ONU diz haver ‘alto grau’ de tortura a presos interrogados no Brasil.** Brasília, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/relator-da-onu-diz-haver-alto-grau-de-tortura-presos-interrogados-no-brasil1.html>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

OEA – Organização dos Estados Americanos. **Convenção americana sobre direitos humanos**, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 5 ago. 2017.

OEA – Organização dos Estados Americanos. **Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura**, 1987. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98386.htm>. Acesso em: 5 ago. 2017.

ONU – Organização das Nações Unidas. Assembleia geral. **Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, Res. ONU 39/46**, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm>. Acesso em: 5 ago. 2017.

ONU – Organização das Nações Unidas. Assembleia geral. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, 1992. Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 5 ago. 2017.

ROSA, Alexandre de Moraes; KHALED JR., Salah H. **In dubio pro hell: o princípio mal-dito do processo penal**. Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2014/07/08/dubio-pro-hell-o-principio-mal-dito-processo-penal/>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal (a nova parte geral)**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SAMPAIO, André Rocha. **Polícia para quê (quem), ou o ataque do coioete fracote ao poder disciplinar do soberano**. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; FRANÇA, Leandro Ayres; RIGON, Bruno Silveira (Org.). **Biopolíticas**. Curitiba: iEA Academia, 2015.

SECRETARIA de Estado de Ressocialização e Inclusão Social – SERIS. **Mapa Carcerário**. Disponível em: <<http://www.seris.al.gov.br/populacao-carceraria/mapa-04-08.05.2017-a-09.05.2017.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2017.

VALOIS, Luis Carlos. **O juiz da execução penal em tempos de ódio Segurança Pública: entre a legalidade retórica e a letalidade real**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 24, n.293, abril 2017. p. 7.

ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida:** a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos:** conferências de criminologia cautelar. Tradutores: Cecília Perlingeiro, Gustavo de Souza Preussler, Lucimara Rabel, Maria Gabriela Viana Peixoto. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSIDERAÇÕES POLITICO-CRIMINAIS DA LEI 13.260/16 (ANTITERRORISMO) E SUA CONSTRUÇÃO DISCURSIVA

José Luiz Cavalcanti Pedrosa Júnior

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho discorre a respeito de questões político-criminais que ensejaram a criação da Lei 13.260/16 (Antiterrorismo) e dos discursos que permearam o presente diploma legal no momento de sua elaboração.

A lei supramencionada que regulamentou o crime de terrorismo e estabeleceu os mecanismos de investigação e processamento deste, surgiu em um breve espaço de tempo e com fortes influências de discursos emergenciais e punitivistas. Sendo estes fundados na exigência internacional de legislação especial sobre a matéria, principalmente pela proximidade dos jogos olímpicos realizados no Brasil em 2016. Assim, além da tipificação das condutas consideradas como terroristas, a presente lei instituiu que fossem utilizados os mesmos métodos de investigação, processamento e julgamento da lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/13).

O objetivo geral do artigo é identificar os elementos emergenciais e simbólicos que influenciaram a Lei Antiterrorismo no momento de sua tramitação na câmara e como estes interferem não apenas na criação, mas também na legitimação de leis penais e processuais penais mais severas e invasivas, tendo muitas vezes como consequência o suprimento de garantias fundamentais.

Para alcançar o objetivo citado, faz-se necessária uma descrição sobre o contexto social/político que ensejou a criação da respectiva lei, além disto, uma breve explanação sobre o método de análise do discurso empregado na investigação das falas parlamentares proferidas em plenário.

Este trabalho encontra-se estruturado em três tópicos, tendo o primeiro a função de trazer algumas conceituações e considerações sobre o terrorismo, principalmente no aspecto internacional. Neste ponto serão apresentadas as reflexões dos autores Arno Dal Ri Júnior, Tatiana de Almeida Freitas Cardoso e Giorgio Agamben. Além destes, será demonstrado, também, o posicionamento da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a matéria. Já o segundo expõem um breve histórico sobre a regulamentação

nacional da lei antiterrorismo, descrevendo os principais motivos que levaram a essa normatização.

O terceiro tópico do trabalho irá tratar de alguns discursos que foram construídos em torno da lei de terrorismo, tanto aqueles que buscam legitimar o presente diploma legal, por considera-lo essencial para a prevenção de ataques no território nacional, quanto àqueles que apontam para possíveis incoerências no texto legal e seu uso de forma política e autoritária, diante da possibilidade de criminalização de movimentos sociais. Neste ponto, foram utilizadas as técnicas de análise do discurso de Helena H. Nagamine Brandão e Michel Pêcheux para examinar alguns discursos parlamentares que influenciaram diretamente a Lei 13.260/16 no momento de sua tramitação.

Além destes, também foram utilizados os autores Augusto Jobim Amaral, Sérgio Salomão Shecaira, Antônio Pedro Melchior, dentre outros, para conceituar e questionar as ideológicas penais mais explícitas e discorrer sobre as influências dos discursos punitivistas penais e do senso comum penal na justificação do presente dispositivo legal.

A conclusão apresenta as reflexões finais sobre os temas abordados durante todo o artigo e as críticas a respeito da elaboração e possível aplicação da lei Antiterrorismo.

2 CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS SOBRE O TERRORISMO

Antes da análise sobre os aspectos político-criminais e discursivos referentes à Lei 13.260/16, que tipificou o crime de terrorismo com o objetivo de prevenir/punir possíveis atentados e estabelecer os procedimentos a serem utilizados em sua investigação, faz-se necessária uma breve introdução a respeito da conceituação do terrorismo na atualidade.

Na reunião da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1995, foram formuladas as primeiras medidas de combate ao terrorismo internacional, começando pela conceituação deste como:

Atos criminosos pretendidos ou calculados para provocar um estado de terror no público em geral, num grupo de pessoas ou em indivíduos para fins políticos são injustificáveis em qualquer circunstância, independentemente das considerações de ordem política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa ou de qualquer outra natureza que possam ser invocadas para justificá-los.

Já na Convenção Internacional para a Supressão e o Combate ao Terrorismo, realizada no ano 2000, a ONU novamente colocou o tema em pauta, ampliando o seu entendimento sobre a matéria e complementando a conceituação anterior, conforme afirma Cardoso (2014, p. 133) ao descrever o ato terrorista como aquele:

Intencionado a causar morte ou sérias lesões corporais a um cidadão ou qualquer pessoa que não tenha sido parte de hostilidades quando existente um conflito armado, quando o propósito de tal obra, por sua natureza ou contexto, intimide a população ou obrigue um governo ou uma organização internacional a fazer ou se abster de desempenhar uma ação.

Os conceitos apresentados pela ONU buscam estabelecer uma uniformidade na definição daqueles atos que devem ser considerados terroristas, sempre com o objetivo de resguardar a vida e integridade de civis, além de assegurar que determinados atos violentos não serão justificados por nenhuma motivação de ordem ideológica, filosófica, religiosa etc.

É relevante destacar, porém, que apesar da tentativa da ONU de estabelecer uma conceituação e criar estratégias para repressão ao terror, tal questão foi totalmente ressignificada após os ataques sofridos pelos Estados Unidos em 11 (onze) de setembro de 2001. Tendo estes como resultado dois aviões lançados contra as torres do *World Trade Center* (centro econômico) em Nova Iorque, um contra o Pentágono (departamento de defesa norte americano) e o último caído em uma área descampada

após o confronto físico entre passageiros e sequestradores.

Após os atentados mencionados anteriormente, a comunidade global passou a olhar o terrorismo de outra forma e pensar (ou até mesmo exercer) novas medidas cada vez mais enérgicas em seu combate. Optando inclusive pelo uso de práticas autoritárias e que violam aos próprios direitos humanos protegidos internacionalmente.

Uma dessas práticas autoritárias, a título de exemplo, é o *PatriotAct*, sobre este dispositivo explica Agamben (2004, p. 14):

USA *PatriotAct*, promulgado pelo Senado no dia 26 de outubro de 2001, permite ao *Attorneygeneral* “manter preso” o estrangeiro (alien) suspeito de atividades que ponham em perigo a segurança nacional dos Estados Unidos; mas, no prazo de sete dias, o estrangeiro deve ser expulso ou acusado de violação da lei sobre a imigração ou de algum outro delito.

As práticas securitárias e de expansão punitiva iniciada pelos norte-americanos logo refletiu na União Europeia (UE), em que pesem as distinções entre os sistemas jurídicos de cada país membro da UE, uma tendência entre estes foi o aumento de medidas repressivas e de segurança. Sobretudo na criação do estereótipo do islâmico terrorista, nas detenções de suspeitos por tempo indeterminado e quebra do sigilo de alguns dados pessoais na investigação de possível envolvimento individual com grupos terroristas.

Sobre este fenômeno, é imperiosa a lição de Dal Ri Jr (2006, p. 192), ao afirmar:

Parece ir se delineando o desenvolvimento de um processo através do qual discursos com claras influências do movimento norte-americano conhecido por “*Law and Order*” vão lentamente se introduzindo nas políticas criminais referentes à segurança pública dos principais Estados-membros da União Europeia e no mecanismo de cooperação penal instituído no âmbito da própria UE, com, neste caso específico, a identificação

da figura do delinquente por excelência no fundamentalismo islâmico e no “terrorista árabe”. De atentado em atentado, a mídia, os preconceitos culturais e religiosos que persistem desde o tempo das Cruzadas e os homens que se encarregam de elaborar os discursos que mantêm viva a doutrina da segurança nacional, têm tentado aproveitar cada segundo na construção deste novo inimigo comum, sempre visto como uma ameaça externa. Um discurso que apresenta os criminosos e os grupos em que esses se organizam como inspirados em doutrinas que vêm de fora, que vêm do estrangeiro, voltadas a “abalar” a segurança pública. No caso do islâmico, se trataria de uma doutrina eminentemente religiosa, com um forte componente político.

Conforme exposto até o momento, constatamos a preocupação da ONU em reprimir e delimitar o conceito de terrorismo, no intuito de prevenir possíveis ataques contra a população civil. Por outro lado, fica explícita a tendência mundial na criação de normas penais mais severas e intervencionistas, cujo pretenso objetivo é aperfeiçoar os mecanismos de investigação e combate ao terrorismo, independentemente do custo às liberdades individuais e violações aos direitos humanos, provocadas por normas com forte apelo preconceituoso, expansionista e autoritário.

3 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE O TRÂMITE A LEI 13.260/16

A Lei 13.260/16, tratando a questão de forma aparentemente tardia, foi criada com a finalidade regulamentar o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal, que trata do terrorismo no rol dos crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, não tipificando, porém, diretamente a conduta ou quais fatos poderiam ser considerados atentados terroristas. Diante desta disposição constitucional, o Poder Executivo Federal usou

de sua prerrogativa para regular a matéria e submetê-la à apreciação dos outros poderes.

A Presidência da República enviou, em caráter de urgência, para a apreciação na Câmara dos Deputados no ano de 2015, o projeto de lei que tratava da tipificação do crime de terrorismo e promovia modificação das Leis 12.850, que versa sobre a tipificação do crime de organização criminosa e seus mecanismos de investigação e obtenção de provas e Lei 7.960 que regulamenta a prisão temporária.

No dia 13 de agosto do mencionado ano, foi aprovado na Câmara dos Deputados o texto substitutivo ao projeto do executivo e enviado para revisão no Senado Federal, sendo o texto legal novamente alterado por aquela casa após diversas discursões. No dia 24 de fevereiro de 2016, o texto redigido pelo senado retornou à Câmara dos Deputados e foi rejeitado de forma simbólica (pois a câmara não poderia mais alterá-lo). Logo após, seguiu para a sanção presidencial e posterior publicação no dia 16 de março de 2016.

Em que pese o terrorismo ser reconhecidamente um problema global desde os atentados de 11 de setembro aos EUA (principalmente quando os afetados são países centrais), sendo a França o principal alvo de grupos extremistas nos últimos anos, conforme ficou evidenciado pelos ataques praticados contra o jornal satírico *Charlie Hebdo*¹ em janeiro de 2015, a casa de shows Bataclan em novembro daquele ano e a cidade litorânea de Nice em julho de 2016. Este problema nunca aportou em praias brasileiras.

É relevante por isso destacar que o Brasil vive uma situação totalmente diferenciada, pois historicamente nunca sofreu ameaças de grupos terroristas internacionais, não participou de intervenções militares no oriente médio (motivo utilizado por segmentos terroristas para definir seus inimigos e possíveis alvos) ou registrou qualquer ato criminoso dentro do território nacional que tenha sido ordenado por células terroristas.

1 O periódico foi atacado após a publicação de diversas charges humorísticas representando o profeta Maomé, tendo sido vitimados oito membros do jornal, dois funcionários do prédio onde este funcionava e dois policiais que chegaram ao local no momento dos ataques.

Desta forma, percebemos que o Brasil nunca foi considerado um alvo por parte de grupos terroristas internacionais. Sendo a rápida elaboração, tramitação e aprovação da lei que tipificou crime de terrorismo, fruto depressão de organismos internacionais, sobretudo pelo fato do Brasil estar sediando os jogos olímpicos de 2016, ocorrido na cidade do Rio de Janeiro. Assim, observamos que a lei teve um caráter muito mais simbólico do que propriamente necessário, pois serviu apenas para atender uma demanda securitária internacional.

Diante do exposto, já percebemos a força discursiva na simbologia da criação do tipo penal terrorismo, tendo este crime surgido a partir da necessidade/obrigação do país se posicionar formalmente sobre o tema, visto que em nossa legislação não havia uma codificação específica para essa matéria. É importante ressaltar, porém, que existia no ordenamento jurídico nacional um dispositivo que tratava de organizações terroristas internacionais, estando ele presente no inciso II do artigo 1º da Lei 12.850/13, que trata sobre organização criminosa.

4 MÉTODO DE ANÁLISE DO DISCURSO E ELEMENTOS A SEREM OBSERVADOS

Conforme demonstrado até o momento, o tema terrorismo é complexo e permite muitas interpretações e reflexões, não sendo objetivo do presente trabalho se aprofundar nesta matéria, mas demonstrar o quanto os discursos punitivistas e securitários podem se apropriar do seu conteúdo pra expandir o alcance penal e legitimar práticas autoritárias, muitas delas podendo ser utilizadas inclusive de forma política contra determinados grupos e movimentos sociais.

Nesta etapa do trabalho serão investigados os discursos (falas) parlamentares, proferidos na Câmara dos deputados, no intuito de se buscar os elementos discursivos (construções de significados, influências ideológicas, fragilidade do binômio causa/efeito etc.) que ensinaram cada grupo parlamentar a votar

favorável ou não a presente lei. Examinando ainda as suas motivações implícitas (aquilo que o discurso oculta, podendo ser sua real substância).

Convém, neste ponto, esclarecer quais elementos serão explorados nos discursos estudados, sendo fundamental para o artigo a identificação de termos emergenciais, a (re)produção de significados violentos a partir do uso de significantes com forte apelo emocional e contaminadas com o senso comum penal (para justificar a implementação urgente da lei) e a utilização de dispositivos genéricos e obscuros, possibilitando uma maior discricionariedade interpretativa no uso da lei. Diante disto, a análise realizada buscará demonstrar tanto as falhas político-criminais da lei quanto as pretensas ideologias punitivista que lhe entrelaçaram.

É importante estabelecer as noções introdutórias sobre o discurso, conforme apresenta Orlandi (2009, p. 15) ao conceituá-lo como “palavra em movimento, prática de linguagem: com o estudo do discurso observa-se o homem falando”. Tal definição demonstra o primeiro contato com o discurso por meio de sua externalização, sendo a produção deste iniciada com o ordenamento de um conjunto de palavras com significados determinados. Destaque-se a necessidade de um emissor responsável pela estruturação destas significantes no momento de sua transmissão.

A construção discursiva está além desse aparente jogo de palavras sequenciadas, sobretudo porque o discurso transcende não apenas a linguagem, mas seu próprio emissor. Desta forma, percebemos que a investigação sobre a construção da realidade frente a produção/reprodução discursiva não deve ser pautada apenas na estruturação semântica ou no enunciador, mas em algo anterior a ambos.

Neste sentido, é valiosa a lição de Helena Brandão (1986, p. 18) ao estabelecer que a análise do discurso

Toma a linguagem como um fenômeno que deve ser estudado não só em relação ao seu sistema interno, enquanto formação linguística a exigir de seus usuários uma competência específica, mas também enquanto formação ideológica, que

se manifesta através de uma competência sócio-ideológica.

Essa reflexão traz ao debate uma questão central que é a ideologia (manifesta ou não) como fator determinante/preponderante na reprodução discursiva, sendo sua criação muito anterior àqueles que a proferem, tendo estes, porém, um papel fundamental na sua utilização, pois fazem as modificações necessárias para exteriorização e contextualização do discurso.

Sobre o tema ensina, ainda, Pêcheux (1995, p. 160): “As palavras, expressões, proposições...mudam de sentido segundo as posições sustentadas por aqueles que as empregam, o quer dizer que elas adquirem seu sentido em referência a essas posições, isto é, em relação às formações ideológicas”.

4.1 URGÊNCIA, CAUTELA, PUNIÇÃO E DESNECESSIDADE. CONSTRUÇÕES DISCURSIVAS QUE INFLUENCIARAM O PROJETO DE LEI 13.260/16

Após esta sucinta introdução sobre a análise do discurso, faz-se necessária a investigação dos discursos parlamentares proferidos nos dias 4 e 12 de agosto de 2015, pelos deputados federais: Vitor Pereira Valim (PMDB), Alberto Fraga (DEM) e Jandira Feghali (PCdoB), respectivamente. A escolha destes três parlamentares se deu pelo viés ideológico que assumem em seus posicionamentos políticos e por sua representatividade, pois no momento em que foram se pronunciar na tribuna da câmara estavam representando bancadas e partidos.

VITOR VALIM 04/08/2015 (PMDB-CE)- Sr. Presidente, vou tentar ser bem breve neste minuto, para explicar, inclusive aos amigos da bancada da vida - que intitulam, às vezes, a “bancada da bala”, mas acho que é a bancada da vida, já que

nós defendemos aqui a vida, e não a morte -, esse projeto da Presidenta Dilma que está trancando a pauta. Ele trata de descrever o que é terrorismo, que é todo ato de discriminação, preparatório, executório, e aí o inciso II tipifica bem direitinho o que é terrorismo. Mas, já no § 3º, ele dá um salvo-conduto a todos os movimentos sociais que porventura ajam de forma violenta, de forma brutal, de forma que haja coisas preparatórias, e deixa muito claro que é uma brecha que se quer dar para movimentos sociais que agem de forma terrorista no nosso País. Então, entrei com emenda supressiva ao § 3º desse projeto da Presidenta Dilma, que, repito, quer dar um salvo-conduto aos movimentos sociais que agem de forma terrorista no nosso País.

Percebe-se, começando a análise pela fala supramencionada, que ao introduzir sua fala, o parlamentar tenta inicialmente modificar a percepção da imagem referente ao grupo o qual representa, sendo este a conhecida “bancada da bala”, formada por agentes de segurança pública (delegados, coronéis de polícia, ex-militares etc.) que se autointitulam “especialistas” na matéria. Conforme podemos observar, tal inversão da imagem ocorre ao renomear-se como representante da bancada da “vida”, fazendo alusão ao seu suposto compromisso com a proteção desta de forma incondicional (menos para aqueles marginalizados que cometem crimes, pois não merecem serem detentores de direitos humanos).

Vale destacar que a atuação parlamentar dos componentes da “bancada da bala”, ironicamente/forçosamente renomeada de “bancada da vida”, é pautada pela defesa de propostas notoriamente punitivistas. Na maioria dos casos, os membros deste grupo apoiam e propõem medidas que visam o controle social por meio da legislação penal e do aumento das forças policiais de repressão, adotando claramente uma ideologia (elemento substancial na formação do discurso) pautada em políticas criminais autoritárias como *Law and Order*, tolerância zero, eficientismos etc.

É relevante informar que essas ideologias foram importadas do sistema nova-iorquino de combate à criminalidade dos anos 1990, quando o prefeito Rudolph Giuliani implementou um sistema policial altamente repressivo que consistia na prisão em grande escala de pequenos criminosos e indivíduos marginalizados (mendigos, prostitutas, dependentes químicos etc.), com o objetivo de prevenir maiores delitos e preservar a ordem pública naquela cidade.

Na verdade, tais medidas não passam da velha tática higienista de tentar combater problemas sociais estruturais por meio do sistema penal, o qual é constantemente invocado para resolver estas mazelas e “limpar” a cidade. Sobre a questão ensina Wa-cquant (2011, p. 38)

A doutrina da “tolerância zero”, instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda – a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente de incômodo tenaz e de inconveniência – propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante. E com ela a retórica militar de “guerra” ao crime e da reconquista do espaço público, que assimila os delinquentes (reais ou imaginários), sem-teto, mendigos e outros marginais a *invasores estrangeiros*.

Observamos que tal discurso punitivista foi prontamente acolhido por diversos setores políticos em nosso país, sobretudo por aqueles que defendem o direito penal como um instrumento eficaz e legítimo na proteção de bens jurídicos essenciais e na manutenção da ordem pública. Além disto, estas ideologias também trouxeram uma nova justificativa aos velhos métodos arbitrários praticados no Brasil, conforme aduz Shecaira (2009, p. 275) “A influência norte-americana possibilita inserir nas práticas tupiniquins de violência desmedida contra as classes populares, pobres, negros, favelados um novo discurso dotado de credibilidade e reconhecimento mundial”.

É importante destacar que o processo penal também é constantemente invocado nas produções discursivas desse grupo, sobretudo quando tentam alterar a legislação processual para “combater” a violência a partir da “otimização” de procedimentos investigatórios (visto que muitas vezes as garantias “atrapalham” ou inibem a atividade policial), relativização das nulidades, decretação de prisões por prazo indeterminado, dentre outras modificações em total descompasso com um sistema democrático.

Cabe ressaltar ainda os constantes ataques feitos aos “direitos dos manos” (construção discursiva pejorativa e preconceituosa utilizada em alguns casos para intitular os direitos humanos ou seus militantes) e a reiterada propagação da ideia do “eles” no direito penal, empregando sempre como tática a reprodução dos estereótipos e a visão maniqueísta e limitada sobre a criminalidade, a qual se baseia na plena escolha pessoal ou perversidade intrínseca do agente.

Convém destacar que o discurso referente ao “eles” é amplamente explorado e divulgado pela criminologia midiática, tendo esta uma forte influência sobre os membros da “bancada da bala”, visto que ao demonstrar situações de caos e violência descontrolada termina legitimando a “tese” destes profissionais da necessidade de uma intervenção policial/penal mais contundente e violenta, sobretudo por se estar lidando com “inimigos” (a serem eliminados), sejam eles nacionais ou não.

A respeito do tema é essencial a intervenção de Zaffaroni (2012, p. 307), ao afirmar que:

A criminologia midiática cria a realidade de um mundo de pessoas decentes frente a uma massa de criminosos, identificadas através de estereótipos que configuram um *eles* separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de diferentes e maus. Os *eles* da criminologia midiática incomodam, impedem de dormir com as portas e janelas abertas, perturbam as férias, ameaçam as crianças, *sujam* por todos os lados e por isso devem ser separados da sociedade, para deixar-nos viver tranquilos, sem medos, para

resolver todos nossos problemas. Para tanto, é necessário que a polícia nos proteja de sua cilada perversa, sem qualquer obstáculo nem limite, porque nós somos limpos, puros e imaculados.

Faz-se mister reforçar ainda o questionamento do deputado Vitor Valim sobre o parágrafo terceiro que, segundo o parlamentar, daria um “salvo conduto” aos movimentos sociais, possibilitando a estes a prática de crimes. Além da total desonestidade intelectual (visto que os membros de movimentos sociais estão sujeitos à responsabilidade criminal desde que infrinjam uma norma penal vigente) o deputado explicita os anseios punitivistas de seu grupo ao enquadrar os possíveis danos causados pelos movimentos sociais no patamar de um atentado terrorista.

É importante indagar que este posicionamento ocorre primeiramente pela forma autoritária que muitos dos profissionais de segurança pública enxergam os grupos de reivindicações sociais, utilizando na maioria das vezes o uso da força para controlar a “desordem” e a perturbação da paz pública supostamente causada por estes, não observando o quanto de perturbação a ordem pública as suas próprias ações resultam.

Outrossim, a “bancada da bala” é aliada política de outra bancada extremamente reacionária que é a do “boi”, composta por agropecuaristas e latifundiários, que também têm um longo histórico de enfrentamento com os movimentos sociais que pleiteiam a reforma agrária, ecologia e defendem a demarcação de terras indígenas e quilombolas. Tendo estes grupos em muitos casos como única alternativa de reivindicação a ocupação de propriedades improdutivas. Registre-se ainda que o Brasil é o país do mundo onde mais morrem trabalhadores rurais vítimas do conflito por terras, devendo ser importante a reflexão sobre quem de fato exerce o terror no campo.

Assim, concluímos que o deputado Vitor Valim apresentou o discurso desse seguimento legislativo, que ideologicamente baseia-se em políticas criminais punitivistas e autoritárias, sendo contrários aos direitos humanos ditos dos bandidos (pois estes só devem servir aos “humanos direitos”) e favoráveis à criminali-

zação dos movimentos sociais e do uso da força no controle destes, visto a sua propensão à prática de “atos terroristas”. Foram demonstrados, também, os discursos implícitos que fomentam o recrudescimento penal, marcados pela forte influência midiática.

Quem também se posicionou favorável ao projeto de lei foi o deputado Alberto Fraga (DEM), que ao usar a palavra proferiu o seguinte discurso:

ALBERTO FRAGA 12/08/2015 (DEM-DF)-
Ficam dizendo que nós temos receio de fazer uma legislação. Se a legislação é contra o terrorismo, ela tem que ser dura mesmo, tem que prever uma pena de 15 a 30 anos para quem vai financiar o terrorismo, para, inclusive, desmotivar essas pessoas. É por isso que o País está mergulhado nessa insegurança pública: porque se tem medo de estabelecer a punição. É por isso que, a cada dia que passa, nós ficamos mais reféns de bandidos: porque, quando se fala em aumentar pena ou endurecer o jogo, a coisa aqui parece que muda de figura. Os americanos, depois do atentado às Torres Gêmeas, o que fizeram? Endureceram a legislação deles. Aqui no Brasil, não. Querem que aconteça uma tragédia - e nós temos as Olimpíadas se aproximando - para depois fazer a legislação rígida? Aí não adianta. Depois de a porta ter sido arrombada, não adianta choramingar. Portanto, nós vamos votar “sim”.

Inicialmente é necessário esclarecer que o deputado supracitado também é membro da “bancada da bala”, logo, a análise referente a algumas influências ideológicas já foram realizadas anteriormente, sendo relevante no momento a investigação do discurso, objetivando a demonstração de novas ideologias e práticas punitivistas que lhe sustentam.

Em seu discurso, o parlamentar reitera a necessidade da criação de uma lei penal mais severa (como se já não houvesse tantas) no intuito de coibir possíveis patrocinadores de grupos terroristas. Além disto, afirma que a atual situação de inseguran-

ça nacional dá-se pela falta de punição, trazendo ao debate a velha falácia de mais punição/menos crime. Por fim, aponta para o “bom” exemplo norte americano a ser seguido.

Diante da construção discursiva, envolvendo a relação entre mais penas/menos crimes, é importante destacar que esta tese se encontra respaldada na teoria da prevenção geral negativa da pena, a qual defende que para evitar a prática de crimes, é necessário o uso de punições severas, visto que estas serviriam de exemplo aos que ousassem transgredir a lei. Logo, quanto pior a pena fosse, mais temerosos ficariam os criminosos, levando a consequente diminuição nos índices de violência e criminalidade.

Ressaltamos que tal tese não tem amparo científico algum, sobretudo porque atinge de forma massiva aqueles que já são naturalmente selecionados pelo sistema penal, causando na verdade grandes quadros de encarceramento e superlotação penitenciária. Sobre o tema cabe a uma breve análise prática da atual situação brasileira, na qual o país ocupa o quarto lugar mundial em número de encarceramentos, não conseguindo, porém, diminuir seus índices de criminalidade ou baixar a quantidade de indivíduos presos.

Para elucidar um pouco mais o tema, é importante a menção do informativo da Rede de Justiça Criminal (2016, p. 2) a respeito da matéria:

Importa saber também que o encarceramento em massa que vem ocorrendo no Brasil não gerou qualquer impacto positivo sobre os indicadores de violência. Muito pelo contrário. Não à toa, Estados Unidos, China e Rússia, que apresentam respectivamente as três maiores populações carcerárias no mundo, vêm reduzindo sua taxa de aprisionamento (relação de pessoas presas a cada 100.000 habitantes). Na contramão da tendência mundial, o Brasil testemunhou um impressionante aumento de 33% de sua taxa de aprisionamento em cinco anos, chegando hoje à média de quase 300 pessoas presas para cada cem mil habitantes.

Ressaltamos, ainda, a inexistência de elementos metodológicos e empíricos que comprovem a equação posta pelo parlamentar, sendo relevante apresentar ainda uma hipótese posta por Bauman (2008, p. 194)

nenhuma pesquisa realizada até 2000 mostrou qualquer correlação entre a severidade da política penal e o volume de atos criminosos, embora a maioria dos estudos tenha de fato descoberto uma forte correlação (negativa) entre a “pressão de encarceramento” de um lado, e “a proporção de previdência social independente do mercado” juntamente com “a parcela do PIB destinada a esse propósito”, de outro. No final das contas, o novo foco sobre os crimes e os perigos que ameaçam a segurança corporal dos indivíduos e suas propriedades se revelou, para além da dúvida razoável, intimamente relacionado ao aumento do “sentimento de vulnerabilidade [social]”, seguindo de perto o risco da desregulamentação econômica e da correspondente substituição da solidariedade social pela autoconfiança individual.

Com isso, comprovamos que o discurso punitivista não se sustenta em números ou estudos acerca da criminalidade, mas na velha retórica da concepção metafísica do conflito entre bem (nós) *versus* mal (eles) e na canalização da vingança coletiva sobre grupos previamente selecionados por estereótipos. Além disso, este discurso é constantemente propagado para objetivos politizantes, visto que a segurança pública é uma pauta de grande visibilidade e importância para maioria da população, sobretudo por esta ser influenciada diretamente pela visão fatalista da criminologia midiática.

Sobre este fenômeno, denominado populismo penal, é de grande importância à análise de Amaral (2014, p. 55):

O populismo penal torna-se claramente uma componente forte da vida democrática. Um “direito

de punir” puramente repressivo, conjugado a uma democracia de opinião (efervescente), é meramente uma pequena amostra das promessas atrativas (aos eleitores) deste discurso político de emoção midiática. Sua irrupção passa a ter três elementos fundamentais: punições radicais; com a total indiferença quanto a qualquer eficácia destas políticas (pois vale o impacto que produz sobre a opinião publicada) e a legislação rigorosa que promete reduzir a criminalidade.

Assim, constatamos que o discurso populista penal proferido pelo deputado Alberto Fraga, é uma retórica constante dos parlamentares ligados à segurança pública e outros segmentos políticos que buscam impulsionar suas “carreiras” e atrair a atenção da imprensa (principalmente a sensacionalista), diante de sua fácil difusão e pouca (nenhuma) teoria. Possibilitando ainda, a qualquer interlocutor discursivo mais eloquente (ou histérico, como é de costume), executar a sua verbalização e promover a difusão do senso comum penal, legitimando a expansão do sistema repressivo nacional.

Após a apresentação e análise de dois discursos favoráveis ao projeto de lei, é importante o estabelecimento de seu contraponto, sendo este realizado pela deputada Jandira Feghali (PCdoB) em seu discurso:

JANDIRA FEGHALI 12/08/2015 (PCdoB-RJ) - Em relação à Lei Antiterrorismo, Sr. Presidente, eu entendo a dificuldade do Governo e a preocupação em responder aos organismos multilaterais, particularmente à ONU, diante da pressão e dos prazos. No entanto, precisamos observar os conteúdos, porque é muito grave votarmos uma Lei Antiterrorismo sem uma análise detalhada e tranquila do que nós estamos apreciando [...] No entanto, o resultado, isto aqui, apesar de algumas sugestões terem sido acolhidas, impede que votemos a favor do texto. Primeiro: mesmo com artigo que ressalva os movimentos sociais, o conjunto da obra do texto é tão genérico em

alguns aspectos que cabe tudo; tudo cabe como ato terrorista, e os autores todos cabem. É importante dizer que o PCdoB repudia atos de terrorismo. Nós não concordamos, não achamos que isso pode ser permitido no mundo inteiro, mas o Brasil não tem o Estado Islâmico nem a realidade que têm outros países. Nós não temos terrorismo no Brasil. Nós fizemos a Copa sem lei antiterrorismo e podemos fazer as Olimpíadas. Nós poderíamos, como saída, ter tipificado o crime no Código Penal. Não precisávamos ter uma lei tão abrangente, que permita a tipificação de terrorismo para várias e várias atividades - que são criminosas, até, mas não praticam crimes de terrorismo [...] Há, no texto, o conceito de paz pública em comunidade pública. O que é mesmo esse conceito? Eu, sinceramente, não sei. Uma manifestação que impeça o trânsito, que dificulte as pessoas de chegarem ao trabalho, é impedir a paz pública? Eu pergunto: saquear um supermercado é crime? É. Mas é um crime de terrorismo, num furto famélico? Pode ser um crime de furto ou de roubo, mas não é um crime de terrorismo. Quando se diz aqui: "*ocupação de instalações públicas*". Uma ocupação, para morar, de um prédio abandonado do INSS é uma ocupação de instalação pública, por direito a moradia. Isso é crime de terrorismo? Com o nível de generalização deste texto, tudo cabe. Como nós não temos organizações terroristas no Brasil, quem vai ser entendido como organização criminosa e terrorista pode ser qualquer entidade ou qualquer movimento que cometa esses chamados delitos [...] Poderemos tipificar o terrorismo, mas jamais fazer uma lei antiterrorismo com as características que vemos neste texto. Portanto, o PCdoB votará contra e pede, e apela, para que nós derrotemos esta lei.

A deputada inicia sua fala questionando alguns pontos controversos do projeto de lei, mais especificamente no que diz respeito ao seu caráter genérico. Ao prosseguir, questiona ainda a

situação diferenciada do país frente ao terrorismo global e traz alguns exemplos de situações que configurariam crimes comuns, porém, diante da abrangência interpretativa do diploma legal, poderiam ser consideradas atos terroristas.

Vale destacar que o partido da parlamentar (PCdoB) fazia parte da bancada do Governo Federal, entretanto, diante da possibilidade do projeto de lei criminalizar os movimentos sociais e da proximidade histórica da sua legenda com estes, adotou posição contrária à lei, afirmando inclusive que o inciso que excluía os movimentos sociais poderia ser interpretado de forma diversa da pretendida.

Nas críticas referentes a abrangência da lei, a deputada expõe hipoteticamente alguns atos ilícitos e sua possível conversão em atos terroristas. Em que pesem certos exageros, como a possível transformação de um furto famélico em ataque terrorista, alguns pontos levantados foram fundamentais no momento dos debates, a exemplo do risco à paz pública.

Concernente aos termos genéricos contidos no projeto de lei, como o supramencionado, é necessária muita cautela, visto que quanto maior for o grau interpretativo do dispositivo legal, maiores serão as possibilidades do seu uso de forma arbitrária, conforme afirma Lopes Jr. (2014, p. 854) ao tratar da ordem pública que “por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante”. Neste ponto, estamos ainda diante um termo muito criticado exatamente pelo seu caráter indefinido e expansivo, que é um dos grandes responsáveis inclusive pela maioria das prisões cautelares nacionais.

A parlamentar questiona ainda a possibilidade dos crimes envolvendo invasões de propriedades públicas ou privadas serem capitulados como terrorismo, demonstrando preocupação, pois diversas ocupações constituem um elemento político e social significativa diante da falta de moradia e do caráter reivindicatório que as ocupações representam.

Ao proferir tal discurso, a parlamentar transmite não apenas a sua ideologia de esquerda (recorrentemente criminalizada, estatal ou discursivamente), mas os anseios de diversos segmen-

tos sociais (MTST, MST, grêmios estudantis etc.) que vêm adotando esta tática política de ocupação dos espaços públicos no intuito de atrair a atenção para a defesa de suas causas e abrir canais de diálogo, como podemos observar pelas recentes ocupações a institutos de ensino em protesto ao projeto de emenda constitucional 55, que estabelece teto aos gastos públicos e pode atingir diretamente aos setores essenciais de saúde e educação.

Outrossim, os apontamentos realizados pela deputada não são infundados, visto o triste histórico nacional do uso de mecanismos legais na repressão de movimentos sociais e grupos ligados à esquerda. Sobre o tema reflete Melchior (2015, p. 144) ao detectar a inclinação punitivista do Estado contra esses grupos:

No atual contexto do sec. XXI, o emprego político do processo penal não se dirige, como no Estado Novo ou na Ditadura Civil e Militar, expressamente contra uma ideia ou ideologia política, por si mesma criminalizada. Isto não significa que as opiniões políticas deixaram de ser erigidas, por dentro do discurso repressivo estatal, como provas de autoria ou participação delitiva. Este é o argumento central: a ideologia política, por ex., ser supostamente comunista ou anarquista, participar de certos sindicatos ou movimentos de inclinação crítica à esquerda, ex. libertação da terra, movimento sem teto; possuir material destinado a protestos, como por ex. adesivos, constitui, na visão do Estado, prova de concorrência no crime de associação criminosa. O chamado “vândalo”, neste caso, funciona como uma atualização semântica do significante “subversivo”.

Assim, podemos concluir que o discurso em defesa dos movimentos sociais proferido por Jandira Feghali, pauta-se contrário à forma genérica com a qual o projeto de lei fora construído, tendo em vista a possibilidade do seu uso político contra grupos sociais. Além disto, o constante risco da criminalização ideológica que movimentos à esquerda possam sofrer, sendo este fato algo recorrente em nossa história.

Ao finalizar as análises desses três discursos parlamentares, que na verdade representam duas forças políticas e discursivas colidentes, a respeito do projeto que originou a Lei 13.260/16, percebemos como as ideologias explícitas e implícitas se manifestam por meio de suas falas, tendo os interlocutores um papel fundamental na estruturação discursiva e no exercício do convencimento. Conforme ficou demonstrado, os embates discursivos e ideológicos se pautaram entre a expansão do poder punitivo estatal e a proteção dos movimentos sociais.

É importante frisar que, pouco foi discutido sobre a questão dogmática e técnica em si, principalmente pelo emergencial percurso que a lei atravessou até ser sancionada. Não sendo ouvido órgãos internacionais e verdadeiros especialistas e estudiosos no tema, ou sendo realizadas pesquisas empíricas e estudos sobre as configurações do terrorismo e as formas mais adequadas de sua investigação/repressão.

5 CONCLUSÃO

Conforme ficou demonstrado no presente artigo, a Lei 13.260/16 que regulamentou o crime de terrorismo e seus mecanismos de investigação e processamento em nosso ordenamento jurídico, surgiu após a pressão de organizações internacionais para que o Brasil criasse uma lei específica sobre a matéria, principalmente pela realização dos jogos Olímpicos de 2016.

Além disto, a referida lei sofreu fortes influências e foi sedimentada em discursos emergenciais e punitivistas, de acordo com o que foi apresentado pela análise de alguns discursos parlamentares selecionados. Acarretando, assim, a criação de mais uma lei penal de extensa abrangência interpretativa e com falhas técnicas, colocando em risco inclusive os movimentos sociais.

Também ficou demonstrada a forte influência de elementos simbólicos e emergenciais no presente diploma legal, tendo estes influenciado diretamente na pretensa necessidade imediata de regulamentação do terrorismo.

Diante do estudo feito é possível apresentar uma crítica e afirmar que foram demonstrados alguns problemas político-criminais na lei, tanto em sua elaboração quanto na possível aplicação futura, pois restou comprovada a intensa influência de discursos punitivistas, populistas e a falta de técnica no momento de sua elaboração. Além da existência de diversos termos genéricos que permitem uma maior discricionariedade por parte dos órgãos investigadores e julgadores no uso do poder punitivo.

Em que pese a necessidade do Brasil se proteger de possíveis atentados e buscar por meio de acordos de cooperação internacional mecanismos de enfrentamento ao terrorismo, tal combate não será realizado pela mera tipificação penal de uma ou mais condutas tidas como terroristas, sobretudo porque os crimes decorrentes de um possível ataque já se encontram devidamente tipificados nas diversas leis penais brasileiras. Logo, aqueles bens jurídicos que a Lei 13.260/16 se propõe proteger e aquelas condutas que o dispositivo legal busca prevenir/punir, já são objetos de tutela penal.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AMARAL, Augusto Jobim; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Cultura da punição**: a ostentação do horror. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à análise do discurso**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 2012.

CARDOSO, Tatiana de Almeida Freitas R. A mundialização do

terrorismo: a (re)definição do fenômeno após o 11 de setembro. In: ZAIA, Rosa Maria; AMARAL Augusto Jobim do; PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima (Coord.). **Direitos humanos e terrorismo**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2014.

DAL RI JR, Arno. Da Europa dos mercados à Europa das prisões quando terrorismo, xenofobia e paranoia tentam entrar no direito da União Europeia. **Sequencia**, n.53, p.176, dezembro, 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15099>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELCHIOR, Antônio Pedro. Movimentos sociais e repressão criminal com fins políticos no Brasil do séc. XXI. **Autoritarismo e processo penal brasileiro**. Geraldo Prado; Diogo Malan (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ORLANDI, Eni P. **Análise de discurso: princípios e procedimentos**. 5.ed. Campinas: Pontes, 2003.

PÊCHEUX, Michel. **Semântica e discurso: uma crítica à afirmação do óbvio**. Trad. Eni Orlandi et al. 2.ed. Campinas: Unicamp, 1975

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. **Revista brasileira de ciências criminais**, n.77, São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. 2.ed. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A palavra dos Mortos – conferências de criminologia cautelar**. Trad. Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2012.

***HOMICÍDIO E GÊNERO:
A VULNERABILIDADE DA
POPULAÇÃO LGBT NO BRASIL***

Thayná Lobato Vieira

Luiz Felipe Bezerra dos Santos

Acadêmico do Bacharelado em Direito do Centro Universitário Tiradentes - UNIT/AL.
thaynalobato@hotmail.com

Acadêmico do Bacharelado em Direito do Centro Universitário Tiradentes - UNIT/AL.
luizfelipeb099@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Explicar as categorias fundacionais de sexo, gênero e desejo como efeitos de uma formação específica de poder supõe uma forma de investigação, a qual Foucault, reformulando Nietzsche, chamou de “genealogia”. A crítica genealógica recusa-se a buscar as origens do gênero, a verdade íntima do desejo feminino, uma identidade sexual genuína ou autêntica que a repressão impede de ver [...]. (BUTLER, 2017, p.10).

Este artigo tem como objetivo mostrar a caótica situação das políticas públicas para Gays, Lésbicas, Bissexuais, Transexuais e Travestis(LGBT) no Brasil, bem como a insegurança que circunda esse grupo. Assim, por meio de uma análise quantitativa e qualitativa dos dados expostos no relatório do Grupo Gay da Bahia, de 2016, que revela as taxas de assassinatos da população LGBT no Brasil, em conjunto com uma revisão bibliográfica, cujo o conteúdo se faz pertinente ao tema em questão, trabalhou-se com a hipótese da vulnerabilidade dessas pessoas decorrerem de suas características intrínseca e de uma omissão do Estado, no que diz respeito a ineficácia/inexistência de uma regulamentação voltada para essas pessoas.

Isto posto, o trabalho em tela estrutura-se em duas partes. Inicialmente, tem-se o escopo de realizar uma averiguação da aplicabilidade de preceitos fundamentais, respaldados pela Constituição Federal, nas ações políticas cujo o intuito seja de reduzir a vulnerabilidade desse grupo. Ressalta-se, ainda, que demonstraremos algumas políticas e ações existentes voltadas para a redução dessa insegurança.

Posteriormente, com uma análise dos dados elaborados pelo Grupo Gay da Bahia (GGB, 2016), por meio de uma análise crítica, mostraremos essa vulnerabilidade em números, destrinchando alguns aspectos importantes dessas taxas, como: um perfil geográfico desses homicídios, um percentual de identificação dos suspeitos e um perfil da idade das vítimas e dos segmentos

LGBT – onde, dentro de um grupo indefeso, identificaremos uma incidência, maior, de fragilidade em uma parte desses segmentos.

Ademais, nesta parte, se valendo desses dados, questionaremos uma construção heteronormalizadora, que atingem diversos campos sociais, defronte a algumas ideais criminológicas e a teoria *queer*.

2 A (IN)EFICIÊNCIA DA PROTEÇÃO A POPULAÇÃO LGBT

Percebe-se, debruçando-se sob a realidade de LGBT, que a vulnerabilidade desse grupo se revela como uma constante em suas vidas, uma vez que a sua sexualidade, ou sua identificação de gênero, não é mais uma de suas características, e sim uma determinante de vida.

Assim, partindo do pressuposto que o Estado é responsável pelo bem-estar de seus cidadãos, sem qualquer tipo de distinção como disciplina o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, colocando-se no papel de viabilizar uma vida segura e digna a todos, é que surge a necessidade de averiguar-se como se dá no Brasil essa positivação, bem como a atuação das garantias de direitos por meio de políticas públicas voltadas à proteção a essa população.

O Artigo I da declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe sobre a igualdade, independentemente de cor, sexo, religião, identidade de gênero e sexualidade e, apesar de ser datada do ano de 1948, antes da promulgação da constituição cidadã, na prática da legislação brasileira o que há na verdade é uma omissão política que faça valer essa igualdade em relação à população LGBT (BONETO, 2017, on-line). Até agora os poucos direitos conquistados pela população LGBT no Brasil estão ligados apenas à interpretação extensiva a pouca legislação infraconstitucional encontrada em alguns municípios e estados.

Revela-se, então, uma omissão do Estado, e, como aduz Carlos Gonçalves, “Não apenas a ação produz danos. Omitindo-se o agente público também pode causar ao administrado e à

própria administração” (GONÇALVES, 2015, p.162). Isto posto e tendo em vista a Responsabilidade Civil do Estado, disciplinada no art.37, §6º, da CF/88, é que necessitasse-se realizar uma verificação da real proteção, dada por meio das legislações, sob o manto das garantias constitucionais, direitos fundamentais, a todos os cidadãos.

De acordo com Judith Butler (2017, p.162) “o corpo só ganha significado no discurso no contexto das relações de poder”, quando a autora coloca a sexualidade como uma forma, histórica, de poder, que se faz sob os corpos e a afetividade, é que nos surge o ímpeto de questionar a presença do heterossexismo nas estruturas sociais e trabalhar com a hipótese de que essa é uma das razões responsáveis por uma possível inexistência e/ou ineficácia, seja legislativa ou em formas de políticas públicas, na proteção desse grupo marginalizado.

Ao colocar em tela, também, a necessidade da criminologia, como instrumento auxiliador na compreensão e ruptura desse sistema heteronormalizado, criar elos com a teoria *queer* é que se chega na necessidade de se verificar a existência de um padrão hetero, normativo e político, ainda vinculante nos dias atuais. De modo que, este tenta se fazer de tolhido, um pouco acanhado e, por isso, sem o devido cuidado, poderá até passar despercebido.

3 DA OMISSÃO AO HOMICÍDIO

Uma política pública é uma ação que tem por objetivo resolver interesses que causem um bem-estar à sociedade. Ao se conceituar política pública grita a necessidade, especialmente de medidas que ajudem a melhorar a situação da violência no país, mas quando o assunto é homicídios LGBT o Brasil mostra sua face omissiva, deixando em segundo plano as ações que regulem essa situação alarmante(BONETO, 2017, on-line).

O Brasil, sendo um dos países que mais matas Transexuais e Travestis, tem uma política de esconder esses fatos, seja politicamente, seja midiaticamente (SANTOS, 2015, on-line), “dessa maneira temos ainda o que chamamos de cifras negras, ou seja,

o número de vítimas tende a ser bem maior devido aos casos não noticiados, não levados ao conhecimento das autoridades ou ainda não reconhecidos como crimes de ódio”. Apesar de ideias de políticas públicas saltarem desde iniciativas populares, conferências nacionais, até a Organização das Nações Unidas (ONU), a omissão política do país em executar muitas dessas medidas alarma mais essa situação (BONETO, 2017, on-line).

Existem políticas públicas para todas as áreas sobre a LGB-Tfobia, como educação, saúde e segurança. Estudando algumas delas é notório que apesar de possuírem certa eficiência não se encontram, em todo, presentes no cotidiano do Brasil. Ou seja, ainda há muito o que se trabalhar para melhorar a situação atual.

No ano de 2011, foi criado um comitê de saúde LGBT de caráter nacional que conta com o apoio de 10 estados brasileiros (GO, PE, PB, PR, MS, SP, RS, BA, RJ, PA), sendo, este comitê, de fundamental importância para a criação de ações em torno da saúde e do acesso à saúde da população LGBT. Um exemplo é o curso Política Nacional de Saúde LGBT, um curso on-line oferecido pela Universidade Aberta do Sistema Único de Saúde (UnA-SUS), procurado principalmente por enfermeiros e assistentes sociais, mas aberto a toda e qualquer pessoa que tenha interesse em saber mais sobre a saúde da mulher Lésbica e Bissexual, e que ajuda, também, a desmistificar a ideia de que essas mulheres não correm o risco de sofrer de câncer de mama e colo do útero (BRASIL, 2015, On-line).

Instituições como a Conferência Nacional LGBT e a ONU, como também os Programas Nacionais de Direitos Humanos I e II e o Programa Brasil sem Homofobia, dão vários exemplos de políticas públicas de combate a Homofobia (MELLO; BRITO; MAROJA, 2012, p.403-429) que tem pouca, ou nenhuma, eficácia por conta, principalmente, da falta de manifestação de interesse dos governantes – principais provedores dessas políticas.

Afirmam Luiz Mello, Walderes Brito e Danela Maroja (2012a, p. 403-429) que:

Apesar de uma relativa abundância de documentos governamentais e de eventos que proporcionam interlocução entre governo e

sociedade civil, o grande desafio é transformar as incipientes políticas públicas, gestadas ao longo dos últimos anos, especialmente a partir de 2004 em efetivas políticas de Estado, que não estejam à mercê da boa vontade de governantes e das incertezas decorrentes da inexistência de marco legal de combate à homofobia e de promoção da cidadania LGBT.

Apesar da omissão legislativa existem programas que tentam diminuir os impactos causados pela violência contra a população LGBT. “Não há clareza, entretanto, sobre os avanços dessas iniciativas, muito menos sobre o que de fato foi efetivado no campo da segurança pública” (MELLO; AVELAR; BRITO, 2014, p. 304.

Globalmente falando, o Brasil está adiantado, já que “mais de um terço dos países do mundo criminalizam relações amorosas e consensuais entre pessoas do mesmo sexo” (A CAMPANHA..., on-line), mas, ainda há muito com o que se preocupar:

Apesar dos progressos recentes no cenário global, jurisdições de mais de 70 países ainda criminalizam as relações entre pessoas do mesmo sexo. Em muitas partes do mundo, agressões contra lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais são ocorrências cotidianas. (ONU..., 2017, on-line).

No ano de 2013, foi lançado pelo Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos a campanha chamada “Livre e iguais”, com o objetivo de promover a igualdade de direitos e o tratamento justo de pessoa LGBT. Essa campanha foi lançada no Brasil em abril de 2014 na cidade de São Paulo, com a presença das Campeãs da Igualdade da ONU, Daniela Mercury e Malu Mercury. Para essa campanha foram projetadas nos ônibus e trens da cidade ao longo de semanas as mensagens da campanha, atingindo um público de potencialmente 10 milhões de pessoas. “Nunca ouve tanto, e o que há, é praticamente nada” (MELLO; AVELAR; BRITO, 2014, p.315.

O que agrava essa celeuma social é a dificuldade na ruptura dos estigmas tão bem construídos no decorrer dos séculos. Romper com esses ideais cediços torna-se necessário quando se assume a missão de reduzir a violência de gênero, na realidade quando se quer abolir qualquer tipo de violência. Todavia, antes de tudo, é preciso escrever nas entrelinhas da nossa história, buscar desvendar os olhos da sociedade para as questões que envolvem a orientação e a identidade sexual.

O homossexual do século XIX torna-se uma personagem: um passado, uma história, uma infância, um caráter, uma forma de vida; também é morfologia, com uma anatomia indiscreta e, talvez, uma fisiologia misteriosa. Nada daquilo que ele é, no fim das contas, escapa a sua sexualidade. Ela está presente nele todo. (FOUCAULT, 2017, p.47-48).

Observamos, explorando a ideia de Foucault (2017, p.47), no que se refere às chamadas *sexualidades periféricas*, uma tendência de negação, ou pior: renegação, de tudo aquilo que não se encaixa em um padrão hetero. Assim, esse afastamento da “normalidade” não é visto com bons olhos e torna-se um vírus dentro de uma sociedade heteronormatizada e heteropolitizada, refletida nas legislações e políticas públicas adotadas no país –ou a não existência/efetividade delas. Importante esclarecer que essa normalidade, supracitada, é construída em cima de um heterossexismo, ou seja, na estigmatização e aversão aos que não se encaixam nos padrões heterossexuais.

Para Welzer-Lang (2001 apud CARVALHO, 2012, p.154):

O heterossexismo é a discriminação e a opressão baseada em uma distinção feita a propósito da orientação sexual. O heterossexismo é a promoção incessante, pelas instituições e/ou indivíduos, da superioridade da heterossexualidade e da subordinação simulada da homossexualidade. O heterossexismo toma como dado que todo mundo é heterossexual.

Esse heterossexismo vulnerabiliza a população LGBT não só no campo político e normativo, onde existe uma inviabilidade de atuação e uma carência na proteção, mas cria, também, uma vulnerabilidade física e psíquica que resulta em índices alarmantes de violência contra essas pessoas.

Ao trabalhar em cima dos dados, revelados pelo Grupo Gay da Bahia, que relatam a violência que esse grupo sofre no Brasil, identifica-se diversas situações sintomáticas, que perpassam desde da anemia jurídica, que peca na ineficácia/ausência de uma proteção isonômica aos seus cidadãos, a um campo político infértil, onde se impede esses ramos de brotar. Resta, então, o questionamento de onde se encontra a famosa tríade, alicerces de um estado democrático de direito, conquistada na Revolução Francesa (1789), "*Liberté, Egalité, Fraternité*".

Percebe-se que, analisando essa trilogia, filiada aos índices de homicídios à população LGBT, essa *liberdade* não é plena no que diz respeito a opção sexual, ou sua identificação de gênero; em relação a *igualdade* é possível dizer que ainda não atingiu, plenamente, esse grupo; e quanto a *fraternidade*? Esta não se relaciona a uma solidariedade, ou estima, ao próximo, mas sim acesso e gozo de direitos políticos, sociais e individuais, por isso que dos três talvez seja o menos aplicado.

Por essa razão temos que os números revelam, mas as vidas significam, isto é, mais que taxas e dados a serem analisados e trabalhados sob uma perspectiva social e jurídica, é necessário dar voz a essas pessoas. Assim, ao verificar os dados amplia-se a visão diante desse trágico fenômeno, retratado pela matéria de Jorge Gauthier (2017, on-line):

Itaberly Lozano era alegre, vaidoso e amava a família. Mas ele foi morto com facadas pelas mãos da própria mãe. Edivaldo Silva de Oliveira, o Nino, e Jeovan Bandeira, eram amigos e queridos pela população da cidade de Santa Luz, no interior da Bahia. Mas foram mortos e tiveram os corpos carbonizados por assaltantes. A travesti Sheila Santos, adorava sambar e era a felicidade na Gamboa, em Salvador. Mas foi assassinada com

um tiro na cabeça no meio da rua. Itaberly, Nino, Jeovan e Sheila compõem uma triste estatística que mancha de sangue as cores do arco-íris que são símbolo da população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais).

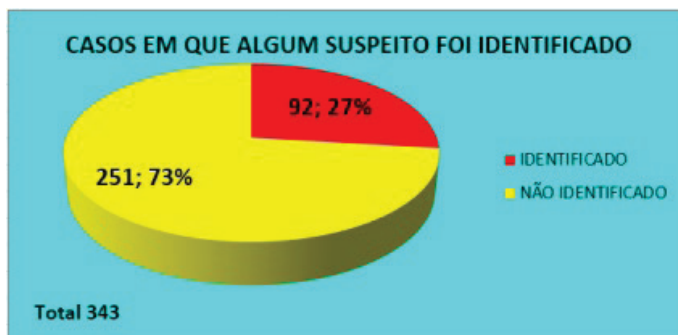
De acordo com o relatório do Grupo Gay da Bahia (GGB), que coleta e divulga, há mais de trinta anos, dados referentes aos homicídios de lésbicas, gays, bissexuais e transexuais, no ano de 2016 morreram 343 (trezentos e quarenta e três) LGBT no Brasil. Ou seja, de acordo com o relatório “a cada 25 horas um LGBT é barbaramente assassinado vítima da ‘LGBTfobia’” (GGB, 2016, p. 1). De acordo com o relatório:

Dos 343 assassinatos, 173 eram gays (50%), 144 (42%) trans (travestis e transexuais), 10 lésbicas (3%), 4 bissexuais (1%), incluindo 12 heterossexuais, como os amantes de transexuais (“T-lovers”), Grupo Gay da Bahia Página 2 além de parentes ou conhecidos de LGBT que foram assassinados por algum envolvimento com a vítima, como o ambulante do metrô de S. Paulo ou por serem confundidos com gays. (GGB, 2016, p.1).

Percebemos, assim, que estes homicídios estão intrinsecamente ligados a questões de gênero, o que nos mostra uma desmistificação da ideia de que vivemos em uma sociedade mais tolerante e empática, revelando, em verdade, uma população apática e omissa no que diz respeito aos crimes e à vida desse grupo marginalizado.

Essa omissão é ainda mais evidenciada quando se analisa a taxa de identificação dos suspeitos desses homicídios. Diante dos dados fornecidos pelo relatório, conforme o Gráfico 1 a seguir, apenas 92 (noventa e dois), dos 343 (trezentos e quarenta e três), tiveram suspeitos identificados, ou seja, o número, absurdo, de 251 (duzentos e cinquenta e um) homicídios permanecem sem suspeitos, apartados de qualquer resolução.

Gráfico 1 – PERCENTUAL DE SUSPEITOS



Fonte:GGB (2016, p. 14)

Por meio desses números, ou melhor dizendo: dessas vítimas, pode-se dizer que transparece um processo legitimador de violência, um processo discreto que não incita, mas que não suprime.

Ademais, o relatório também aborda dois recortes interessantes, um diz respeito ao perfil das vítimas e o outro às regiões do Brasil. Expõe-se, então, que em relação à idade das vítimas a faixa etária mais atingida é entre 19 a 30 anos, com um percentual de 32%. No que diz respeito ao perfil regional revela-se que a região Nordeste possui o maior índice de assassinatos, tomando para si 32% do total. No que se refere ao Estado de Alagoas revela-se alguns dados interessantes: dos 343 homicídios que ocorreram no Estado, destes, apenas 4 na capital.

O recorte feito pelos segmentos, são eles: lésbicas, gays, bissexuais e transexuais, é extremamente revelador. O relatório demonstra que os transexuais e os travestis são os mais atingidos por essa violência simbólica construída a partir da heteronormalização, mesmo que as taxas revelem que 50% dos homicídios diz respeito aos gays, dado que:

Proporcionalmente, as travestis e transexuais são as mais vitimizadas: o risco de uma “trans” ser assassinada é 14 vezes maior que um gay, e se compararmos com os Estados Unidos, as 144 travestis brasileiras assassinadas em 2016

face às 21 trans americanas, as brasileiras têm 9 vezes mais chance de morte violenta do que as trans norte-americanas. Segundo agências internacionais, mais da metade dos homicídios de transexuais do mundo, ocorrem no Brasil. (GGB, 2016, p. 2).

De acordo com Salo de Carvalho (2012, p. 154), há três níveis que configuram uma construção heteronormalizadora social, são eles: a violência simbólica, a violência das instituições e a violência interpessoal. Para o autor a *violência simbólica* é uma construção social, arquitetada a partir de discursos que menosprezam a diversidade, seja ela a orientação sexual ou a identificação de gênero; já a *violência institucional*, a praticada pelo Estado, é colocada como aquela que criminaliza e mazela os que não se encontram no padrão heteronormalizador; no que diz respeito a *violência interpessoal* essa se configura como a que por meio de atos pessoais, uma violência real, corpórea ou psíquica visa nulificar essas diversidades.

Nessa senda, pode-se afirmar que o conjunto dessas violências, perpetradas em razão de um padrão sexual e de gênero, acabam configurando como legitimadores da vulnerabilidade LGBT. Isto posto, passasse a abordar essa realidade sob a ótica da teoria *queer*, que serviria como instrumento na construção de uma criminologia cujo o objetivo é o de compreender e romper, essa legitimação da violência de gênero.

Assim, utilizando-se dessa teoria, que identifica a orientação e a identidade sexual como construções sociais, na compreensão da violência de gênero estar-se-ia ampliando a abordagem desse fenômeno, possibilitando se trabalhar em cima de uma base mais sólida.

Nas palavras de Manuel Rufino (2016, p. 62):

A possibilidade de tensionar discursos criminológicos ortodoxos e críticos e os avanços verificados pelas problematizações acerca da heteronormatividade feita pela teoria *queer* pode vir ser uma importante estratégia

interdisciplinar, e, inclusive, gerar uma criminologia queer disposta a compreender a complexidade do contemporâneo, abdicando de modelos totalizadores e criando campos de diálogo para ruptura com a cultura homofóbica, geradora de diversos tipos de violência contra essa população. Compreender a construção das masculinidades hegemônicas e suas formas de produção de violência, em caráter interpessoal, institucional ou simbólico, parece ser um dos grandes desafios do pensamento criminológico contemporâneo.

Romper as fronteiras das disciplinas, visando uma interdisciplinaridade para a compreensão desses fatos/taxas, que ainda configuram no pensamento da sociedade atual, é fundamental para a sua desconstrução, como aduz a filósofa Ângela Davis (2009, p.27), “quando a investigação filosófica dialoga com outras disciplinas e métodos, temos condições de produzir resultados muito mais frutíferos”. Sendo assim, trabalhar a criminologia sob a ótica da teoria *queer* abre possibilidades para a compreensão dessas taxas alarmantes de homicídios contra a população LGBT no país e se possível, quem sabe, possibilita-se pensar até em primeiros passos na direção de uma atenuação.

4 CONCLUSÃO

Ao analisar os dados do relatório de 2016 do GGB evidenciou-se que o Brasil possui taxas alarmantes em relação aos homicídios LGBT e que é o país que mais mata travestis e transexuais. Diante dos dados revelados pelo Grupo Gay da Bahia, evidenciou-se que o processo de heteronormalização se posta como intensificador da indefensabilidade dessas pessoas, criando lacunas normativas, ausência de legislações específicas sociais, ineficácia das políticas públicas, na proteção dessas pessoas. Ou seja, essa cealeuma se relaciona, diretamente, com o heterossexismo ainda presente e bem vivido, diga-se de passagem, na sociedade.

Isto posto, o presente trabalho demonstra que é imprescindível a realização de pesquisas que versem sobre a vulnerabilidade a qual está acometida a população LGBT. Portanto, analisando as taxas de homicídios LGBT, à luz do pensamento *queer*, se revelam algumas falácias que dificultam a ruptura da atual situação desse grupo no Brasil.

É importante, pois, que sejam introduzidas, nos três poderes (legislativo, judiciário e executivo), instrumentos mais eficientes que viabilizem as políticas públicas relacionadas a essa população, reduzindo, ou evitando, a intensificação desse processo de vulnerabilização.

Tem-se, também, que a educação age como um dos pontos cruciais na busca pela *liberté*, uma vez que, políticas educacionais, que introduzam os assuntos relacionados à sexualidade e identidade de gênero, são de suma importância na construção de uma sociedade mais justa e igualitária, pare que se quebre paradigmas pré-formados. Assim, Parafraçando Immanuel Kant, “O ser humano é aquilo que a educação faz dele”.

Apontamos, então, a necessidade de se introduzir políticas públicas de segurança, educação e saúde, com um olhar especial para a região Nordeste que apresenta os maiores índices de homicídios de pessoas LGBT, que se prestem a viabilizar condições de vida a esse grupo, confrontando a violência simbólica, institucional e interpessoal.

REFERÊNCIAS

A CAMPANHA global das nações unidas contra a homofobia e a transfobia. **Free&Equal**. Disponível em: <<https://www.unfe.org/pt-pt/about/>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

ANDRADE, Danilo. **Políticas públicas**: o que são e para que existem. 2016. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/politicas-publicas-o-que-sao/>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e Política**. São Paulo: Boitempo, 2014.

BONETO, Guilherme. **A eterna omissão da política em relação as pessoas LGBT**. 2017. Disponível em: <<http://cartacampinas.com.br/2017/06/paradagay-lgbt-wx-a-eterna-omissao-da-politica-em-relacao-as-pessoas-lgbt/>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. **Projeto de Lei da Câmara nº 122**, de 2006 - (CRIMINALIZA A HOMOFOBIA). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604/>>. Acesso em 14/08/2017.

BRASIL. Ascom SE/UNA-SUS. Saúde lança campanha sobre saúde de mulheres lésbicas e bissexuais. **UNA-SUS**. 3 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.unasus.gov.br/noticia/saude-lanca-campanha-sobre-saude-de-mulheres-lesbicas-e-bissexuais>> Acesso em: 15 ago. 2017.

BRITO, Débora. Número de homicídios de pessoas LGBT pode ser recorde em 2016. **Agência Brasil**. Brasília, 29/12/2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-12/numero-de-homicidios-de-pessoas-lgbt-poder-ser-recorde-em-2016/>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 13.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

CAMPOS, Carmem H. **Criminologias feministas: três possibilidades para a configuração de um campo de estudo**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c112115f1c81e4f4>>. Acesso em: 10 ago. de 2017.

CARVALHO, Salo. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, PUCRS**, v.4, n.2, p.151-168, julho/dezembro, 2012.

DAVIS, Angela. **A democracia da abolição:** para além dos impérios das prisões. Tradução: Artur Neves Teixeira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso:** aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24.ed. São Paulo: Loyola, 2014.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1:** A vontade de saber. Tradução de Maria Thereza Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 4.ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz e Terra, 2017.

GAUTHIER, Jorge. Número de mortes de LGBTs bate recorde em 2016 no Brasil; Bahia teve 32 homicídios. **Correio24horas.** 23 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://blogs.correio24horas.com.br/mesalte/numero-de-mortes-de-lgbts-bate-recorde-em-2016-bahia-teve-32-homicidios/>>. Acessado em: 13 de julho de 2017.

GGB – Grupo Gay da Bahia. **Relatório.** 2016. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/01/relatc3b3rio-2016-ps.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2017

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** responsabilidade civil. V.4. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Luiz; AVELAR, Rezende Bruno de; BRITO, Walderes. Políticas públicas de segurança LGBT no Brasil. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v.1, n.221. p.297-320, 2014.

MELLO, Luiz; AVELAR, Rezende Bruno de; MAROJA, Daniela. Por onde andam as Políticas Públicas para a População LGBT no Brasil. **Revistas Sociedade e Estado**, v.27, n.2, p.289-312, 2012a.

MELLO, Luiz; BRITO, Walderes; MAROJA, Daniela. Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. **Cadernos Pagu**, v.39, p.403-429, 2012b.

MOTT, Luiz; MICHELS, Eduardo. **Relatório 2016: Assassinatos de LGBT no Brasil**. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/01/relatc3b3rio-2016-ps.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

OLIVEIRA, Manoel R.D. Interdisciplinaridade e estudo criminológico da violência homofóbica: tensões entre criminologia e teoria queer. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, UFRGS, v.4, n., p.61-71, 2016.

ONU e missões diplomáticas de 13 países reafirmam apoio à luta contra a LGBTIfobia. **ONUBR – Nações Unidas no Brasil**. 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-e-missoes-diplomaticas-de-13-paises-reafirmam-apoio-a-luta-contra-a-lgbtifobia/>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

RESENDE, Livia da S. **Homofobia e violência contra a população LGBT no Brasil: uma revisão narrativa**. 2016. Monografia (Graduação) – Curso de Saúde Coletiva, Universidade de Brasília – Campus Ceilândia, Brasília, 2016.

SANTOS, Elaine. **A ditadura gay e a violência contra LGBT no Brasil**. 2015. Disponível em: <<https://dhafetivo.jusbrasil.com.br/artigos/262385521/a-ditadura-gay-e-a-violencia-contra-lgbt-no-brasil/>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

***O REFLEXO DO DIREITO PENAL
DO INIMIGO NA LEI DE DROGAS
E NO CASO RAFAEL BRAGA***

Isabela Simões do Nascimento

Louyse Marcelly Melo Neri

Acadêmica do curso de Bacharelado em Direito da Universidade Tiradentes - UNIT.
bl_simoes@hotmail.com

Acadêmica do curso de Bacharelado em Direito da Universidade Tiradentes - UNIT.
louysemarcelly@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Na busca pela compreensão do Direito Penal, é de suma importância entender suas finalidades. Doutrinadores como João Mestieri (1971, p. 3) costumam indicar como o seu principal fim a garantia das condições de vida da sociedade ou a preservação dos interesses do indivíduo ou do corpo social como leciona Heleno Cláudio Fragoso (1985, p. 2). Tais fórmulas levam a reflexão de que o interesse social perde seu significado, em uma sociedade dividida em classes, na qual o interesse da classe dominante é estrutural e antagônico ao daquela que não está no poder. Apesar de subsidiariamente desempenhar funções como a educativa, o principal papel do Direito Penal é o de controle social. Ele busca acima de tudo legitimar a hegemonia e submeter aqueles que não se integram à ideologia dominante.

Ao estabelecer princípios como o da isonomia, o sistema penal é apresentado como garantidor de uma ordem social justa e igualitária, que se opõe a qualquer tipo de distinção entre as pessoas. No entanto, na realidade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, de certos grupos sociais, utilizando suas condutas como pretexto para o encarceramento. Ele também se apresenta como justo, ao estabelecer o princípio da intervenção mínima, pelo qual o Estado só iria interferir quando houvesse uma real necessidade, quando na prática o seu funcionamento é repressivo. Ainda, ao eleger a dignidade da pessoa como um supra princípio norteador de todo o ordenamento jurídico, o direito penal esconde seu caráter estigmatizante. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2002, p. 308) sustenta que:

A história das penas é seguramente mais horrenda e infame para a humanidade que a própria história dos delitos: porque mais cruel, e talvez mais numerosa, que as violências produzidas pelos delitos foram as produzidas pelas penas; e porque enquanto o delito tende a ser uma violência ocasional, e às vezes impulsiva e necessária, a violência infligida pela pena é sempre programada,

consciente, organizada por muitos contra um. Contrariamente à fantasiosa função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história produziu ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de mortificações incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.

Ao introduzir a teoria do Direito Penal do Inimigo de Gunter Jakobs no ordenamento jurídico, o legislador legitima condutas punitivistas e repressivas, que antes habitavam apenas o plano das funções declaradas. Com o apoio da mídia, o proibicionismo estatal passa a integrar o novo discurso oficial, ao criar um estado de terror e insegurança que só seria solucionado por meio do Direito Penal. Assim, direitos e garantias fundamentais são esquecidos no estabelecimento de práticas como o Regime Disciplinar Diferenciado, a Lei de Crimes Hediondos, a Lei do Crime Organizado e a Lei de Drogas.

Esta é produto de uma política econômica e social de transnacionalização do combate às drogas criado pelos Estados Unidos, com o intuito de culpar os países produtores pelo alto consumo interno de drogas no país. Países da América Latina e do Oriente Médio, adotaram tais políticas ao iniciarem um estado permanente de guerra às drogas, estabelecendo como inimigo interno o traficante. Diversos foram os discursos construídos em torno das drogas e estes foram responsáveis pela criação de este-reótipos necessários para legitimar o controle social formal.

No entanto, restam alguns questionamentos sobre o que seriam as drogas, sobre quais os critérios utilizados na distinção entre drogas ilícitas e drogas lícitas e principalmente quais as semelhanças entre as drogas listadas como proibidas. Eloisa Helena de Lima (2013, p. 25) ao abordar sobre o tema relata que “o termo droga possui várias acepções, podendo ser referido a medicamentos ou remédios com propriedades terapêuticas estabelecidas e mais especificamente a substâncias que são capazes de causar dependência e/ou são objeto de abuso”. Tal definição é extremamente ampla, imprecisa e genérica.

O capitalismo tem vivido à custa de drogas farmacológicas da indústria transnacional que servem para ativar, desligar ou dormir e que possuem o mesmo efeito alterador no corpo humano. Entretanto, o controle social promovido pela indústria farmacêutica não tem sido motivo de alarde para a população. Assim, é notável que a palavra droga não pode ser concretamente definida porque é utilizada de maneira genérica para incluir toda uma série de substâncias muito distintas entre si, que possuem em comum unicamente o fato de terem sido proibidas.

O discurso construído em torno da droga parece ser um fator muito mais importante do que a substância em si, sua definição e sua capacidade ou não de alterar de algum modo o funcionamento do ser humano. São separadas entre proibidas e permitidas de acordo com a conveniência. A droga deixa de ser analisada apenas de acordo com suas características e passa a incluir também a do consumidor ou do traficante, que será assim definido com base na ideologia de diferenciação, estabelecida com base na polaridade entre o bem e o mal.

Para os jovens usuários de classe média cabe o estereótipo médico, que necessitam de tratamento, enquanto que para a juventude recrutada para o varejo cabe apenas o estereótipo criminal. A política criminal de combate às drogas torna-se assim um importante instrumento de barbárie genocida contra a população negra e periférica que superlota hoje o sistema carcerário brasileiro.

Dentre os 668,2 mil presos por tráfico no Brasil, o caso mais recente gerador de uma considerável comoção social é o de Rafael Braga. Jovem, negro e catador de material reciclável foi preso em abril de 2017 por suposto envolvimento com tráfico de drogas na posse de 0,6g de maconha, 9,3g de cocaína e um rojão, foi condenado a 11 anos e três meses de prisão em sentença judicial, unicamente com base na palavra dos policiais. Apesar de toda uma defesa estruturada em provas e testemunhas, Braga ainda luta para ter sua liberdade restabelecida e é um triste exemplo dos efeitos que a seletividade do Direito penal causa na vida do jovem negro e periférico, provando que quando o Estado não mata, encarcera injustamente.

O estudo tem atributo qualitativo em que foram observadas fontes secundárias impressas e digitais. A análise do conteúdo deu-se de forma crítica, impessoal, científica, descritiva, compreensiva e atenciosa. A bibliografia utilizada inclui artigos científicos, livros, endereços eletrônicos e notícias do caso em estudo. O nível de pesquisa é o exploratório dado a importância e a falta de visibilidade do tema.

2 DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do Direito Penal do Inimigo, criada por Gunter Jakobs, surge em 1985 com a função primordial de proteger a norma, tutelando apenas indiretamente os bens jurídicos considerados mais fundamentais. Assim, o que se busca tutelar é a não lesão à vigência da norma. Nas palavras do próprio autor (JAKOBS, 2003, p. 4-5) “não é a causação de uma morte que configura a lesão a um bem jurídico penal, mas a desobediência normativa contida no crime de homicídio”. Pode-se observar estas mesmas condutas nos crimes de perigo, ou nos de mera conduta em que a afetação a eficácia da norma, antes de produzir qualquer resultado naturalístico, já é punível como forma de salvar a expectativa normativa.

A pena, nesses moldes, é a perfeita resposta estatal que garante a primazia normativa. Protegida sob uma conjectura que emana à população segurança jurídica em sua aplicabilidade, ela não opera como uma real reparação de danos, ao contrário, ela fomenta que o desrespeito da norma precede do bem juridicamente lesado.

Para o Jakobs (2003, p. 37), o direito penal está dividido em dois polos: o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo. O primeiro está protegido pela visão garantista, tendo todos os seus direitos observados sob a ótica dos princípios fundamentais bem como uma possível ressocialização perante a sociedade. O segundo, seleciona os chamados inimigos do Estado, tratando o autor do crime como uma não-pessoa, que por não ingressar no estado de cidadania, não é considerado um sujeito processual, com todas as garantias e direitos reservados ao cidadão comum.

São eles os criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. Contra eles instaura-se um estado de guerra permanente, razão pela qual, de acordo com Jakobs, numa guerra, as regras do jogo devem ser diferentes.

Salo de Carvalho (2016, p. 114) aduz:

A probabilidade, mesmo que genérica do dano legitimaria a intervenção penal desde os atos preparatórios da conduta (antecipação da punição), à suspensão de garantias processuais (v.g. incomunicabilidade e ausência de publicidade) e a imposição de sanções rígidas de caráter inabilitador (preventiva de condutas futuras). Com o abandono permanente das regras, o inimigo não poderia usufruir as benesses próprias do conceito de pessoa.

Foram utilizados como fundamentos os ideais de Rousseau ao afirmar que o inimigo, ao infringir o contrato social deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele, logo, deve morrer como tal. Os pensamentos de Hobbes e Kant também foram de grande importância para a separação do direito penal, uma vez que Jakobs correlacionava o modo que estes filósofos abordavam seus ideais em relação ao indivíduo que afrontava o Estado. Hobbes alegava que em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo e Kant aduzia que quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo. Nesse sentido, Jakobs (2003, p. 29) explica:

[...] na posição de Kant não se trata como pessoa quem «me ameaça... constantemente», quem não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão. De maneira similar, Hobbes despersionaliza o réu de alta traição: pois também este nega, por princípio, a constituição existente. Por conseguinte, Hobbes e Kant conhecem um Direito penal do cidadão - contra pessoas que não

delinquem de modo persistente por princípio - e um Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o status de pessoa. O Direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito penal do inimigo é Direito em outro sentido.

Percebe-se em tal modelo, a priorização absoluta da segurança pública em detrimento da dignidade da pessoa humana, característica de projetos políticos totalitários. Ao destituir o desviante do status de pessoa, abdica-se da própria noção de Estado Democrático de Direito. O sujeito de direitos passa a ser um mero objeto de intervenção e violência arbitrárias das agências penais.

Essa realidade tangente é observada quando o assunto tratado são as prisões cautelares. No Brasil, a Carta Magna de 1988, prevê expressamente no artigo 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Entretanto, há ressalvas no Código de Processo Penal que abarca, dentre outras linhas, que o indivíduo será preso preventivamente como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Isto posto, entende-se que as prisões preventivas são exceções que objetivam evitar imediatamente um dano a algum bem jurídico baseado na periculosidade que o agente apresenta à sociedade. Entretanto, segundo o Ministério da Justiça em um levantamento sobre os cárceres no Brasil em 2014, cerca de 41% das pessoas privadas de liberdade são presos sem condenação. Isto quer dizer que quatro a cada dez presos estão encarcerados sem terem sido julgados e condenados.

Assim, nota-se que resguardados por motivos de ordem pública e externa, consideradas extraprocessuais, uma vez que não tem relação entre as partes, mas sim com a atuação do Estado perante as políticas que garantirão a ordem pública, os indivíduos considerados perigosos tornam-se inimigos da convivência

social e possuem seus direitos e garantias limitados. Nessa senda, o Estado demonstra à população que a insegurança foi contida e esquece de atuar nas medidas administrativas para que o índice de violência diminua.

Importante notar que a criminologia crítica separa as funções das agências penais em funções declaradas e funções reais. O discurso liberal voltado aos princípios fundamentais como a legalidade e a igualdade estão localizados apenas no plano das funções declaradas, pois a repressão e o punitivismo, função real, restou a mesma, sendo a retórica humanista apenas uma dissimulação para práticas autoritárias. No entanto, torna-se preocupante quando, no vácuo entre o garantismo e a prática violenta, as funções reais começam a ser defendidas como base dos novos discursos oficiais, sendo transferidas para o nível enunciativo, gerando uma potencialização da violência na nova realidade que se deseja criar. Nesse diapasão, Maurício Stegemann Dieter (2007, p. 181) brilhantemente constata que “o radical contraste entre as funções declaradas e a cruel tragédia da execução penal no Brasil coloca em xeque o discurso que autoriza a aplicação de penas em sociedades democráticas”.

Salo de Carvalho (2016, p. 118) explica que a tensão existente entre a crise de segurança individual vivenciada pela sociedade, que se vê cada vez mais como vítima em potencial e a falência da segurança pública, apresentada pela incapacidade de os órgãos de Estado administrar minimamente os riscos, gera um terreno fértil para tentações autoritárias brotarem como a aparência de instrumentos eficazes no restabelecimento da lei e da ordem. No cálculo entre custos e benefícios, o sacrifício de direitos e garantias fundamentais aparenta ser o preço razoável a ser pago pela retomada da segurança. Sua assimilação resta ainda mais fácil se estes direitos e garantias a suprimir integram o patrimônio jurídico de alguém considerado como inimigo, de outrem considerado como obstáculo ou ameaça que deve ser reputado como ninguém, como não ser.

O Estado e a mídia, por meio do sensacionalismo e da transmissão de imagens chocantes, tomaram a responsabilidade

de criticar o funcionamento das leis penais, induzindo a população a acreditar que, o endurecimento da pena, a criação de novos tipos penais e a restrição de garantias processuais, garantiriam a segurança que eles tanto necessitam. Ao colocar a sociedade em estado de medo e insegurança, cria-se um terreno fértil para o desenvolvimento do Direito Penal simbólico.

Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar, (2003, p. 631), discorrendo sobre o simbolismo do Direito Penal, prelecionam:

Para a lei penal não se reconhece outra eficácia senão a de tranquilizar a opinião pública, ou seja, um efeito *simbólico*, com o qual se desemboca em um Direito Penal de risco simbólico, ou seja, os riscos não se neutralizariam, mas ao induzir as pessoas a acreditarem que eles não existem, abrandam-se a ansiedade ou, mais claramente, mente-se, dando lugar a um Direito Penal promocional, que acaba se convertendo em um mero difusor de ideologia.

Rogério Greco (2012, p. 3) explica que não é possível educar a sociedade por intermédio do Direito Penal. O raciocínio do Direito Penal Máximo nos conduz, obrigatoriamente, à sua falta de credibilidade. Quanto mais infrações penais, menores são as possibilidades de serem efetivamente punidas as condutas infratoras, tornando-se ainda mais seletivo e maior a cifra negra.

Na Modernidade o direito e o processo penal são formalmente definidos como limites à intervenção punitiva irracional, como barreira de contenção da violência desproporcional, entretanto, a punição por meio das penas por si só não consegue sustentar-se.

3 LEI DE DROGAS

A Lei 11. 343/2006, popularmente conhecida como Lei de Drogas, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o escopo de prevenir o uso indevido de entorpecentes e coibir a pro-

dução e o seu comércio ilegal. Para tanto, o texto normativo traz características austeras para punir o autor do delito, haja vista a presença dos dezoitos verbos que representam o núcleo do tipo.

A Lei de Drogas possui mais de dez anos de vigência, entretanto sua aplicabilidade em relação a diminuir os números do comércio e uso das drogas não obteve êxito. Um levantamento feito pelo *Portal da Globo* com base em dados fornecidos pelos governos dos 26 estados e do Distrito Federal referentes a maio de 2015, mostram que quando a lei entrou em vigor, eram 31.520 presos por tráfico nos presídios brasileiros. Em 2015 os números chegaram a 182.779 presos.

Ao analisar os efeitos diretos da política criminal de drogas brasileira, que tem se mostrado um fracasso, Salo de Carvalho (2013, p. 47) parte de uma constatação normativa, plano do direito penal, do seu imediato efeito empírico, plano da criminologia e, constata a existência de vazios e dobras da legalidade legítima o aprisionamento massivo da juventude vulnerável. Identificou como vazios e dobras de legalidade as estruturas incriminadoras da Lei 11.343/06 que permitem um amplo poder criminalizador às agências da persecução criminal, notadamente a agência policial.

Estruturas normativas abertas, contraditórias ou complexas criam zonas dúbias que são instantaneamente ocupadas pela lógica punitivista e encarceradora. A dobra de legalidade estaria associada a um excesso normativo: a previsão, ou proliferação, de condutas idênticas nos dois tipos penais que estruturam e edificam a política criminal de drogas – proibição de condutas facilitadoras do consumo art. 28, caput, da Lei 11.340/06 e incriminação do comércio art. 33, caput, da Lei 11.340/06.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

É possível perceber que nos dois tipos penais, conhecidas no senso comum como porte e tráfico de drogas, há consequências jurídicas mais e menos severas previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Se por um lado a nova lei de drogas vedou qualquer possibilidade de prisão, provisória ou definitiva, ao indivíduo processado por porte de drogas para o consumo, por outro, aos casos de comércio de drogas foi estabelecido um regime penal mais rigoroso, estabelecendo como pena aplicável entre 5 e 15 anos, enquanto, como salienta Salo de Carvalho (2013, p. 48), o crime de estupro possui pena entre 6 e 10 anos de reclusão, e a do homicídio simples entre 6 e 30 anos de reclusão. E ainda, equiparando-o ao status de hediondo, possuindo assim um regime jurídico diferenciado no processo de instrução e execução penal.

Segundo o art. 28, § 2º, da Lei de Drogas “para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.” No entanto, é de amplo conhecimento que embora tal artigo seja destinado ao juiz, o primeiro contato habilitado ao exercício de criminalizar é por meio dos agentes policiais. Estes irão identificar se o sujeito, por exemplo, que traz consigo a droga, realiza a conduta com o fim de consumo pessoal tipificada no art. 28 ou se porta com qualquer outra finalidade, que não precisa necessariamente envolver atividade comercial podendo ser enquadrada no crime de tráfico tipificado no art. 33.

O dispositivo legal, ao invés de delimitar precisamente critérios de imputação, abre uma margem de interpretação que fundamenta a atividade policial em determinadas imagens e representações sociais de quem são e onde vivem os traficantes e os consumidores. Tais estereótipos criminalizam um grupo social vulnerável com um alto nível de incidência no sistema carcerário: jovens pobres, em sua maioria negros e periféricos.

Faz-se mister sinalizar que o art. 33 merece críticas no que se refere a conduta de “entregar a consumo ou fornecer drogas ainda que gratuitamente” prevista no caput, visto que a hipótese narrada equipara ao tráfico, que é crime hediondo, uma conduta sem qualquer intuito comercial. Nas palavras de Vera Batista no (2014, p. 17) prefácio do livro *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11. 343/06*:

[...] o caráter mágico e fetichista da nossa política criminal de drogas vai demonizando tudo à sua volta. Parece que na questão criminal, como em Lavoisier, nada se perde, tudo se transforma. Na sua brutal e inédita magnificação, o sistema penal contemporâneo alarga seus domínios sem abrir mão de nenhuma velha técnica: são as penas alternativas e mais o cárcere, a prisão, a tortura e o extermínio de sempre, multiplicados.

O artigo 44 da Lei de Drogas aduz que “os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”. Assim, a distinção penal dada do consumidor e do traficante denota a aplicação verídica do Direito penal do cidadão e do inimigo, principalmente no que concerne às penas apresentadas.

Segundo Rosa Del Olmo (1990, p. 28-29) ocorre em meados da década de sessenta o controle de entorpecentes tendo a finalidade de dirimir as fronteiras nacionais para o controle da criminalidade e assim, finalmente, instalar a paz. Os fundamentos centrais do controle da delinquência passaram a ser invocados independentemente da contextualização sociocultural dos

países envolvidos. Começa a ser gerado, um duplo discurso sobre a droga que pode ser conceituado como modelo médico-jurídico, tendendo a estabelecer ideologia de diferenciação entre o consumidor-doente e o traficante-delinquente.

Além disso, outra decorrência do uso político dos entorpecentes foi o seu estabelecimento como inimigo interno e posteriormente externo. Os Estados Unidos perceberam que o consumo de drogas, principalmente drogas psicodélicas, como o LSD e a maconha, alcançaram na década de 1960 amplitude generalizada e que o controle tornou-se extremamente difícil para as agências de poder dos Estados. O uso de drogas ilícitas passa a ter, neste preciso momento histórico, sentido libertário, adquirindo caráter de manifestação política. O consumo de drogas não mais está escondido; ele sai da periferia e adentra à classe média. O caos se instaurou a tal modo que se iniciaram nos Estados Unidos campanhas massivas sobre o combate às drogas, difundindo o controle de entorpecentes não apenas no país como também em toda a América Latina (DE CARVALHO, 2016, p. 52).

A política norte-americana começa a suscitar a existência de um inimigo externo, e este se encontra nos países produtores, no Oriente Médio e na América Latina. Transferiram ilusoriamente a responsabilidade do consumo interno para aqueles que produzem as drogas ilícitas, levando-os à obrigação de criar uma guerra interna. O poder penal da América latina é hoje dirigido aos setores pobres e aos dissidentes, com o máximo de arbitrariedade seletiva. A transição da ditadura para a democracia no Brasil não deixou para trás o autoritarismo e o proibicionismo militar, mas o incorporou, criando-se uma ilusória democracia, que estabelece liberdade para o mercado, mas restrições infinitas para a humanidade. Levando em consideração que a disseminação da cocaína levou ao recrutamento da mão de obra jovem para sua venda ilegal, iniciou-se uma guerra genocida contra jovens pobres que hoje superlotam o sistema carcerário brasileiro (DE CARVALHO, 2016, p. 52).

Essas informações são importantes para que se entenda onde e como essa personificação negativa das drogas começou,

dado que não é possível falar sobre guerra às drogas sem antes saber onde ela foi institucionalizada sobre o interesse político que criminalizá-la representa aos Estados Unidos. A legislação brasileira é baseada em convenções internacionais que, devido à transnacionalização do controle de entorpecentes, instituiu o traficante como o inimigo que deve ser combatido. Assim, o Brasil em seus textos legais instituiu paulatinamente a ideologia da diferenciação.

O traficante passou a ser visto pela sociedade como o criminoso que atua frente a ordem pública e que precisa ser detido, perdendo direitos e garantias para que a harmonia social possa existir. Ele é condenado pelo que ele representa não por suas ações propriamente ditas. A imagem do consumidor, por outro lado, é a do cidadão que cometeu um ilícito, será punido, mas será ressocializado, tendo todos os seus direitos assegurados.

Isso faz-se necessário pontuar haja vista que o sujeito será punido como traficante ou consumidor, na prática, por suas características socioeconômicas, se pobre é traficante, se classe média ou alta, usuário (WEIGERT, 2008, p. 6).

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal declarou, com base num *habeas corpus*, a inconstitucionalidade de parte do artigo 44 da Lei 11.343/06, que proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de entorpecentes. O ministro Gilmar Mendes em seus argumentos ressaltou que a regra do caput do artigo é incompatível com a Constituição Federal de 1988, pois violam diversos de seus princípios, tais quais o da presunção de inocência e do devido processo legal. Luiz Flávio Gomes (2009, p. 1), de acordo com a propositura retrata:

Afirmar que não é cabível a liberdade provisória no crime de tráfico de drogas é um rematado equívoco (seja do ponto de vista legal, seja do ponto de vista constitucional). Cuida-se de postura típica do Direito penal do inimigo (de Jakobs), que consiste precisamente em admitir que o processo contra o inimigo não deve ter todas as garantias do processo contra o cidadão. Pessoa é pessoa e não pessoa é não-pessoa!

De acordo com a Associação dos Agentes da Lei contra a Proibição (LEAP), baseado no relatório da Anistia Internacional endereçado à Organização das Nações Unidas, foi demonstrado que em 2015 um em cada cinco homicídios ocorridos na cidade do Rio de Janeiro, assim como um em cada quatro homicídios ocorridos em São Paulo, derivaram de operações policiais. Entre 2006 e 2015, mais de 8000 casos de homicídios resultantes de operações policiais foram registrados no estado do Rio de Janeiro.

Conforme dados do Instituto de Segurança Pública (ISP) em 2016, foram 920 mortos nessas circunstâncias somente na cidade do Rio de Janeiro e em 2017, nos meses de janeiro, fevereiro e março foram 302 mortes no estado do Rio de Janeiro, correspondendo a 17% do total de homicídios dolosos registrados no período, conforme. Sendo que o maior índice dessas operações é nas favelas.

É interessante notar, em conjunto em outra matéria realizada pela LEAP, que concernente ao número de dependentes de drogas a estimativa de usuários problemáticos, em 2017, permanece em torno de 10 a 12% do total de consumidores, significa dizer que assim como as drogas lícitas, as ilícitas também podem ser usadas recreativamente.

Isto posto somente afirma o que antes já fora dito, o Direito Penal do Inimigo está intrínseco no ordenamento jurídico brasileiro a tal modo que direitos e garantias são retirados, não entre linhas ou subentendidos no corpo das leis, mas expressos e explícito para salvaguardar o direito simbólico de que a sociedade está protegida do mal maior.

4 CASO RAFAEL BRAGA

O caso de Rafael Braga não é singular. Infelizmente casos como o dele circunvagam o judiciário de diversos Estados brasileiros. Jovens, em sua maioria negros, pobres, com baixa ou nenhuma escolaridade, que são selecionados para sempre os mártires, culpados e criminosos e deverão ser punidos, privados de direitos, presos e esquecidos para o bem do fim da violência e primazia da harmonia social.

Em matéria feita pela revista semanal *Carta Capital*, relatando sobre o caso é possível perceber que em junho de 2013, onde ocorreram as grandes manifestações populares no Brasil, Rafael Braga, morador de rua, foi preso por portar, segundo os policiais civis que o detiveram, um coquetel Molotov, isto é, uma garrafa de Pinho Sol cheia de álcool e um pano no gargalo, considerado aparato incendiário ou explosivo. O jovem alegou que o material foi forjado e que não tinha envolvimento com as condutas tipificadas a ele. Tendo seu recurso negado, ele foi preso durante cinco meses até o julgamento e foi condenado a 5 anos de prisão, mesmo tendo o laudo pericial do Esquadrão Antibomba da Polícia Civil reportado que o material encontrado possuía mínima aptidão para funcionar como explosivo. Em dezembro de 2015 ele conseguiu uma progressão de regime e foi permitido que cumprisse o resto da sua pena em liberdade, utilizando tornozeleira eletrônica.

Vários foram os jovens trazidos à delegacia nesse mesmo período em razão dos movimentos sociais, entretanto o único condenado por tal fato foi Rafael. Ele foi o inimigo encontrado para, devido a comoção social de 2013, refrear os movimentos sociais, afinal ele possuía todas as características propícias: negro, morador de rua e pobre.

Contudo, o caso de Rafael não termina com esse fato. De acordo com o pedido de *habeas corpus* impetrado pelo seu advogado:

A inicial acusatória veicula que, no dia 12 de janeiro de 2016, por volta das 9h, policiais militares da Unidade de Polícia Pacificadora (UPP) [...] nas proximidades da residência do paciente, quando supostamente receberam notícia de um “morador não identificado” de que, a poucos metros do local, havia um indivíduo que “portava material entorpecente a fim de comercializá-lo”. Os milicianos afirmam que abordaram o ora paciente, tendo encontrado em seu poder um saco plástico contendo 0,6 (zero vírgula seis) gramas de maconha e 9,3 (nove vírgula três) gramas de cocaína. Segundo o douto Ministério Público, nas mesmas condições

de tempo e lugar; o paciente estaria associado a outros indivíduos não identificados, todos subordinados à facção criminosa que domina o tráfico na localidade em que foi preso, com o fim de praticar reiteradamente o crime de tráfico de entorpecentes.

Ele foi condenado pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, em concurso material, com penas de 11 anos e 03 meses de reclusão e ao pagamento de 1.687 dias-multa. No *habeas corpus* a defesa constata dentre outras coisas que Rafael quando foi preso em flagrante possuía ocupação lícita e residência fixa comprovadas; reitera a prática de “flagrante forjado”, uma vez que o paciente afirma não possuir o material indicado; Rafael estava sozinho quando a polícia o encontrou por isso a prática de associação para o tráfico não se enquadraria; existe uma testemunha do fato que contraria a versão dos policiais; a quantidade de drogas ilícitas cuja posse é atribuída à Rafael é muito baixa, assim, não se enquadraria na conduta do comércio e que caso ele viesse a traficá-la, devido ao pequeno monte, a pena atribuída é severa gravosa.

No dia 8 de agosto de 2017 a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro julgou o *habeas corpus* e indeferiu o pedido, mantendo Rafael preso. O Instituto de Defensores de Direitos Humanos (DDH) em nota “reafirma a convicção plena de que a prisão de Rafael Braga Vieira é desnecessária e incompatível com o princípio constitucional da inocência. Por essas razões, recorrerá ao Superior Tribunal de Justiça”.

Dados esses fatos, é inegável que Rafael Braga está preso exclusivamente por conjunturas subjetivas. Em entrevista ao Justificando, **Djamila Ribeiro alude sobre o caso:**

[...] a questão de criminalizar os sujeitos negros. A quantidade de droga com que ele foi pego é extremamente pequena. Se fosse um rapaz branco de classe média, ele seria tido como um usuário e as pessoas teriam outra narrativa. E aí parece que como erraram da primeira vez e ficou

muito evidente, eles querem justificar esse erro criminalizando ele de qualquer forma.

Estado Democrático de Direito elege seu inimigo, atribui seus estereótipos, priva-lhe de liberdade, o condena a penas que excedem a razoabilidade da adequação da conduta ao bem jurídico tutelado, o denomina perigoso para lhe negar benefícios e ainda prega veementemente que o Direito Penal brasileiro tem função primordial de, ao punir, ressocializar o agente para o convívio social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, o tema toma evidência por merecer uma visibilidade maior do que é apresentada, dado as constantes condutas punitivas vivenciadas pelo Direito Penal do Inimigo. A política brasileira de guerra contra às drogas se mostrou inútil. Fracassada e danosa. Em razão de todos os dados e pesquisas apresentadas no estudo é notório observar que essa guerrilha dar-se-á, em sua maioria, nos territórios periféricos.

Os efeitos letais das operações policiais, como exemplo, são evidentes. Desse modo, é necessário a fim de eliminar essa guerra sanguinária, uma desmistificação dos discursos, envolvendo das drogas etiquetadas como ilícitas, legalizar e conseqüentemente regulamentar e controlar a produção, o comércio e o consumo dos entorpecentes.

Faz-se mister entender que apesar da difusão do Direito Penal simbólico e da falsa sensação de segurança que ele traz consigo, o Direito Penal não possui a efetiva função de prevenir condutas ilícitas. A criminalização exacerbada e autoritária da Lei 11.343/2006 não foi capaz de reduzir os números de consumo e tráfico, produzindo, entretanto, efeito contrário, uma vez que há uma expansão no mercado referente ao comércio de vários entorpecentes em todo o mundo.

Doravante, é interessante perceber que o uso de droga não está diretamente relacionado à dependência, apesar do que os defensores do proibicionismo e a mídia sensacionalista costumam afirmar.

mam divulgar. O uso recreativo de determinada droga é possível sem que se torne uma problemática. Entretanto, assim como o álcool, o tabaco e a cafeína, quando e, se houver algum problema relacionada a dependência, o tratamento deve ser oferecido assim como ocorre com as drogas lícitas.

A diferenciação entre usuário e traficante baseado em estereótipos subjetivos, o interesse econômico velado no combate às drogas, a criação de grupos caracterizados como inimigos do Estado, somente denota o quão pertencente à sociedade está o Direito Penal do Inimigo e o quão casos semelhantes ao do Rafael Braga ainda surgirão no Poder Judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARANDA, Germán. O drama de Rafael Braga. **Carta Capital**. 18/12/2014. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/830/o-bode-na-cela-5910.html>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BATISTA, Nilo et al. **Direito penal brasileiro, v. I**. 4.ed. 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Acesso em: 8 ago.2017.

BRASIL, LEAP. **A mortífera versão brasileira da 'guerra às drogas'**. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/a-mortifera-versao-brasileira-da-guerra-as-drogas/>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

BRASIL, LEAP. **Relatório do UNODC**: novos dados a demonstrar o fracasso da política de 'guerra às drogas'. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/relatorio-do-unodc-novos-dados-a-demonstrar-o-fracasso-da-politica-de-guerra-as-drogas/>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regra que proíbe liberdade provisória a presos por tráfico de drogas é inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130>>. Acesso: 8 ago. 2017.

DDH. Instituto de Defensores de Direitos Humanos. **Facebook**. 8 de agosto 2017. Disponível em: <https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=1836238256393158&id=347772661906399&substory_index=0>. Acesso em: 10 ago. 2017.

DE CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06** – Salo de Carvalho. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo :Saraiva, 2014.

DE CARVALHO, Salo. **Nas trincheiras de uma política criminal com derramamento de sangue**: depoimento sobre os danos diretos e colaterais. 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista63/revista63_46.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2017.

DE CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIETER, Maurício Stegemann. O programa de política criminal brasileiro: funções declaradas e reais contribuições de Claus Offe para fundamentação da crítica criminológica à teoria jurídica das penas. Revista Eletrônica do CEJUR, v.1, n.2, 2007.

Disponível em: <http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/1edicao-2009/eos-4-2009-8.pdf>. Acesso em: 8 ago.2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GOMES, Luiz Flávio; DAMÁSIO, Bárbara. **Liberdade provisória e tráfico de drogas**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1444795/liberdade-provisoria-e-traffic-de-drogas>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. 2012. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

G1. **Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-traffic-de-drogas.ghtml>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

INSTITUTO DE DEFENSORES DE DIREITOS HUMANOS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Tráfico de Drogas e Condutas Afins / Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas / Crimes Previstos na Legislação Extravagante / DIREITO PENAL. **Recurso de Habeas Corpus**. Habeas Corpus nº 0021306-30.2017.8.19.0000. Paciente: Rafael Braga Vieira aut. coatora: Juízo de Direito da 39ª Vara Criminal da Comarca da Capital Relator: Des. Katya Maria de Paula Menezes Monnerat. 8 ago. 2017 acórdão. Disponível em: <<http://cdn01.justificando.cartacapital.com.br/wpcontent/uploads/2017/07/31134726/HC-Rafael-Braga.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

JAKOBS, Günter. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JUSTIFICANDO. **Emblemático, caso Rafael Braga não choca o Brasil**. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/26/emblematico-caso-rafael-braga-nao-choca-o-brasil/>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

LIMA, Eloisa Helena et al. **Educação em saúde e uso de drogas**: um estudo acerca da representação das drogas para jovens em cumprimento de medidas educativas. 2013. Tese de Doutorado. Disponível em: <http://www.cpqrr.fiocruz.br/texto-completo/T_53.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

MESTIERE, João. **Teoria elementar do direito criminal**. Rio de Janeiro: Do Autor, 1971.

MOURA, Tatiana Whately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN**: junho de 2014. Brasília: Ministério da Justiça, p. 21, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 9 ago.2017.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução de Teresa Ottoní. Rio de Janeiro: Revan, 1990. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/5449530/a-face-oculta-da-droga---rosa-del-olmo---ano-1990>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de drogas e sistema penal**: alternativas para a redução de danos na Espanha e no Brasil. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1862/1/000407283-Texto%2BParcial-0.pdf>>. Acesso: 8 ago. 2017

INFILTRAÇÃO DE AGENTES: LIMITES E IMUNIDADES

Arthur Irwin Rosa Santos Góis

Ronaldo Alves Marinho da Silva

Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT; Bolsista do programa PROBIC/UNIT com o Projeto de Pesquisa intitulado: “Infiltração Policial: Uma análise comparativa da legislação deste instrumento de investigação nos países do Mercosul e jurisprudência brasileira”.

arthurirwin1@gmail.com

Co-autor orientador; Doutorando em Direito pela Universidade Mackenzie – UPM; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR; Vice-líder do Grupo de Pesquisa em Execução Penal/CNPq; Membro do Grupo de Pesquisa Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional da Universidade Presbiteriana Mackenzie/CNPq; Delegado de Polícia Civil/SE; Professor Universidade Tiradentes – UNIT.

ronaldo_marinho@outlook.com.br

1 INTRODUÇÃO

O processo legislativo, via de regra, é lento e com muito percalços, mas a criminalidade organizada tem pressa e habilidade de adaptação rápida, cometendo ilícitos de forma empresarial, no Brasil e no mundo. A tentativa de sofisticação e aperfeiçoamento de cometimento de crimes, a fim de deixar a menor quantidade de vestígios possíveis, é o *modus operandi* das Organizações criminosas, que hoje dominam o cenário da prática dos atos a margem da lei. Assim, a necessidade de se proteger a sociedade, oferecendo meio de provas aptos a descortinar as modernas técnicas criminosas, os caminhos e meios utilizados pelo mundo do crime, somente descobertos com a contribuição de alguém de dentro do sistema criminoso ou nele inserido de forma controlada, objeto deste trabalho e discussões na doutrina e jurisprudência.

Desse ponto, com um debate sobre violação de direitos fundamentais, como o da intimidade e da vida privada, criou-se a infiltração de agentes policias, para o colhimento de provas e o posterior desbaratamento de Organizações criminosas. Mas, como se trata de um instrumento que discute a relativização de direitos fundamentais, esse tema criou algumas polêmicas no meio acadêmico e debates sobre limites e imunidades de quem participa desse meio engenhoso de feitura de investigações. Analisar estas polêmicas constitui-se objetivo do presente artigo.

Para essa análise, objetivou-se descrever o início desse meio de prova e a legislação brasileira com o objetivo de analisar os avanços no marco regulatório do tema e identificar quais o alcance da sua utilização desta ferramenta como meio de obtenção de prova.

A seguir será analisado os pré-requisitos para utilização do agente infiltrado, quais instituições podem utilizar seu corpo de agentes, homens e mulheres incógnitos na investigação, mas fundamentais na obtenção do meio de prova.

Não de modo diferente, verificar-se-á as imunidades do agente infiltrado que, devido a sua atuação de altíssimo risco, não podem ser as mesmas de um policial comum que não permeou os caminhos do crime de forma disfarçada. A mostrar os

direitos desses agentes frente a investigação e ao crivo posterior do Poder Judiciário.

Para que se tenha de forma mais profunda uma segurança jurídica no tema, será apresentado o entendimento de tribunais colegiados superiores sobre o assunto, quais sejam, Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), visto que tal meio de prova ainda é muito recente no Brasil e pouco conhecido nos meios acadêmicos, da polícia judiciária e dos demais órgãos de persecução penal. Apesar disso, demonstra-se um meio de obtenção de prova muito eficaz, se bem planejado por parte dos órgãos que comandam as operações.

Em um trabalho desta importância, foi necessária a pesquisa bibliográfica em bancos de dados do STJ e STF. Assim como, examinou-se o que a melhor doutrina sobre o tema dispõe a fazer um estudo dialético e dinâmico para que se possa ter a noção mais ampla sobre o assunto.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O instituto da infiltração de agente não é algo muito recente. Pela sua efetividade, já que consegue extrair informações importantes de membros de organizações criminosas sem que os mesmos percebam, há muitas legislações de diversos países preveem tal instrumento na medida do aprimoramento da criminalidade organizada.

Assim, há uma profusão de ideias e opiniões com relação a origem histórica desse instituto, do ponto de vista ainda não sistematizado ainda, além de não se saber ao certo quem seriam os primeiros a atuarem nessa arriscada função. Assim, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva apontam que a origem vem da Bíblia Sagrada, que no Evangelho de Mateus (26: 14-16) aponta Judas como o primeiro agente encoberto (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 389).

Outra parte da doutrina afirma que ter um soldado infiltrado no meio de tropas inimigas, trazendo informações relevantes sobre a técnica militar inimiga faz parte estratégica em batalha há um tempo mais remoto ainda, trazendo à tona o caso do livro *Arte da Guerra* que tem autoria conferida a Sun Tzu, há mais de

2.500 anos, em que aponta os espões como de extrema relevância para a batalha (LIMA, 2013, p. 10).

Claro que em tão remoto tempo não havia qualquer sistematização do instituto e sequer tinha-se esse nome. A primeira tentativa de sistematização encontra sedimento na doutrina como sendo a de Eugène François Vidocq, que em meados do séc. XVIII criou a “Brigada de la Sûreté”, que se tratava de uma unidade à paisana informal formada por criminosos que trocaram de lado para combater a criminalidade em troca de benefícios processuais (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 389).

Posteriormente, a Inglaterra criou a divisão à paisana de detetives, em 1869, inspirada nos primeiros experimentos do gênero na Grã Betanha feitos por Sir Robert Peel, em 1829. No outro lado do Atlântico, nos Estados Unidos, ocorreu um caso parecido quando em 1906 o comissário de polícia de Nova York, William MacAdoo, lançou mão da infiltração para combater a criminalidade que estava fora de controle, principalmente em bairros humildes de origem italiana (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 390).

Ainda atraem atenção da doutrina a figura do “delato” que conseguia angariar informações em prol do Rei da França, com especial destaque ao reinado de Luiz XV. Além desse, tem-se o *Special Irish Branch*, ou esquadrão especial britânico que é oriundo da polícia londrina em 1883, que *a priori* concentrou atividades infiltradas em revolucionários irlandeses e depois voltou olhos aos estrangeiros. (LIMA, 2013, p. 10).

Apesar de todas essas iniciativas, até o século XXI não havia uma propulsão maior e sistemática para a utilização desse meio de produção de prova. Como também não existia legislação que regulasse como deveria ser a utilização da infiltração de agente e em quais crimes seria possível sua utilização.

Isso só mudou com o crescimento das Organizações criminosas e sua atuação em escala global, internacional, deixando mais patente que a utilização de métodos ortodoxos de investigação era facilmente driblada por esses grupos. Nesse ponto, a Organização das Nações Unidas (ONU), visando intensificar o combate às Organizações criminosas, principalmente as ligadas

ao tráfico de drogas e pessoas, passou a aceitar (e sugerir que seus signatários o fizessem) as informações advindas de agente policial infiltrado (ARAUJO, 2017, p. 601).

Isso culminou com a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, denominada como Convenção de Palermo, que é um acordo multilateral que estimula a cooperação entre Estados-partes para evitar e reprimir a atuação do crime organizado em ordem transnacional. Esse documento foi aprovado na Assembleia Geral da ONU, em 15 de novembro de 2000, foi realizada naquela oportunidade na cidade de Nova Iorque e contou com 40 ratificação dos Estados (contando para 147 países signatários atualmente) e passou a vigor em 29 de setembro de 2003 (GRECO FILHO, 2014, p. 12).

Esse tratado é responsável por possibilitar que os Estados-Parte tivessem um referencial normativo sobre Organizações criminosas e que pudessem utilizar com mais segurança os meios especiais de colhimento de prova, sem os receios de retaliações de ordem internacional, dentre eles a infiltração de agentes de polícia (SOUSA, 2015, p. 10).

Nessa esteira, o Brasil teve sua história ligada a infiltração policial catapultada pela Convenção de Palermo, de quem o país é signatário e que foi aprovada pelo Decreto nº 5.015/2004, sendo a referência utilizada na regulação do instituto no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, faz-se mister que se analise a evolução legislativa no Brasil, as mudanças e críticas doutrinárias que são dinâmicas e continuam como exercício do labor jurídico, em busca da melhor redação legislativa, principalmente de um tema tão delicado como é a infiltração policial.

3 INFILTRAÇÃO DE AGENTES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Notadamente para se falar de evolução de infiltração policial não se pode esquecer do desenvolvimento jurídico da definição e do combate às Organizações criminosas. Isso porque,

foi principalmente para combater essas práticas criminosas que colocavam em risco a vida, a segurança e a democracia de diversos países do mundo, que a ONU indicou o uso da infiltração de agentes como meio especial e excepcional de investigação.

A criminalidade organizada não é um produto da era moderna, mas com a expansão do capitalismo, com a globalização e os avanços tecnológicos que encurtaram distâncias, baratearam custos de comunicação e facilitaram a transferência de capitais em segundos e de forma profissionalizada, fez surgir a necessidade de regular a utilização de novos meios de prova como a infiltração e agentes, sendo que com essa nova roupagem no século XXI, o fenômeno merece e deve ter atenção especial tanto no âmbito jurídico como na seara social. (SOUSA, 2015, p. 9).

Não é outro o sentido trazido pelos professores Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p. 17), os quais afirmam que os estudos empíricos sobre o tema apontam o crescimento desta forma de criminalidade, apesar de que as próprias organizações criminosas dificultam o acesso a tais dados para evitar a repressão estatal, que pode ser comprovada pelas investigações que resultam em decisões jurisprudenciais comprobatórias deste fenômeno criminológico.

Contudo, esse entendimento apesar de majoritário não é unânime na doutrina, que ainda está em desenvolvimento no ordenamento jurídico nacional. Isso porque, há no meio doutrinário a presença da “teoria do mito” que aponta a criação das Organizações criminosas como uma mera arma do chamado Direito Penal do Inimigo (SOUSA, 2015, p. 5).

Alguns dos defensores dessa teoria são os juristas Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, que disciplinam com serenidade e firmeza, que merece transcrição *ipsis literis*:

A violência indiscriminada está nas ruas, nos lares, nas praças, nas praias e também no campo. Urge que se busquem meios efetivos de controlá-la a qualquer preço. E para ganhar publicidade fala-se emblematicamente em *criminalidade organizada* — delinquência econômica, crimes

ambientais, crimes contra a ordem tributária, crimes de informática, comércio exterior, contrabando de armas, tráfico internacional de drogas, criminalidade dos bancos internacionais —, enfim, *crimes de colarinho branco*. Essa é em última análise, a *criminalidade moderna*, que exige um novo arsenal instrumental para combatê-la, justificando-se, sustentam alguns, inclusive o abandono de direitos fundamentais, que representam históricas conquistas do Direito Penal ao longo dos séculos. (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 19).

Com a devida vênia aos renomados doutrinadores, acompanha-se a doutrina majoritária no sentido de que é patente a existência das Organizações criminosas e que elas se aperfeiçoam e necessitam de igual desenvolvimento do aparelho de investigação e apuração de delitos por parte do Estado, que não pode se escusar do dever de proteger a sociedade da atividade desses grupos.

Na mesma linha é a doutrina internacional aqui exemplificada pela professora de Direito Processual Penal, da Universidade de Salamanca, Marta del Pozo Pérez (2006, p. 268), que assim dispõe:

Resulta evidente que la criminalidad organizada es un fenómeno sociológico creciente, que va evolucionando de forma paralela a la sociedad post industrial, siendo preocupante para nuestra sociedad actual; sus riesgos son extraordinarios no sólo para la propia seguridad de los ciudadanos sino para el conjunto del Estado de Derecho. Este tipo de delincuencia es un fenómeno relativamente nuevo y que presenta importantes diferencias respecto a las ya conocidas formas tradicionales de llevar a cabo los ilícitos.

Dito isso, é claro que um fenômeno assim não pode passar como um delito comum que seja investigado pelos meios de

investigação de crimes como um simples furto e roubo. Assim, que se chega ao desenvolvimento do agente infiltrado como um elemento na coletânea de meios novos de combate a Organização criminosa também no Brasil, muito disso intensificado pelo papel da ONU.

Contudo, antes de passar-se a previsão legal no ordenamento jurídico pátrio, destaque-se observação feita por Marcos Aurélio de Costa Lima de que a infiltração ocorreu de forma clandestina, do ponto de vista legal, durante o regime militar que perdurou de 1964 à 1985, onde desviou-se o objetivo de instituições policiais, como a Polícia Federal, para a manutenção do *status* de domínio ideológico da ditadura, fazendo infiltração em organizações estudantis, órgãos estatais e outros pontos da sociedade civil (LIMA, 2013, p. 8).

Apesar de a Convenção de Palermo só ter sido aprovada no Brasil no século XXI, o Brasil já havia editado a Lei nº 9.034/1995 que regulamentava o combate às Organizações criminosas e previa a infiltração de agentes, porém não fazia a definição do que seria uma Organização criminosa, tampouco dizia como deveria se proceder a infiltração policial de agentes (SOUSA, 2015, p. 19).

Percebe-se isso da leitura do Art. 1º dessa lei que foi a primeira, a dispor sobre a infiltração. Ponto interessante sobre essa lei é que para a doutrina, apesar de louvar a iniciativa da construção do primeiro diploma pátrio sobre Organizações criminosas, deixava sua crítica no que tange a confusão que esta faz entre essas organizações e o crime de quadrilha ou bando, previsto no Art. 288 do Código Penal – hoje denominado por Associação criminosa (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 33).

Esta Lei teve críticas no ponto que trata da infiltração policial, tendo em vista que previa “agentes de polícia *ou de inteligência*”, o que para a doutrina é algo impensável e que fere a própria Constituição da República, tendo em vista que agentes de inteligência, como a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), tem por objetivo final a defesa do Estado em si, tanto a ótica política como da prevenção do próprio Estado democrático de Direito. Não sendo, portanto, objetivo desse órgão a realização de investigação policial.

Além disso, como se percebe na leitura do seu texto, que essa lei não trazia qualquer regulamentação de que forma ou como se procederia a infiltração policial. Sendo que sequer des-trinchou quais esses órgãos especializados de que trata o inc. V do Art. 2º, fazendo com que o instituto caísse em desuso por falta de regulamentação do procedimento, por insegurança jurídica (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 391).

Em seguida, editou-se a Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que previa no inc. I do Art. 33 a figura da infiltração policial em quadrilhas, grupos, organizações e bandos com o fito de colher informações sobre a operação dos grupos criminosos (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 391).

Logo, essa lei continuava cometendo a mesma falha que as outras ao não dispor com precisão o que era uma organização criminosa e não criar o marco regulatório sobre a atuação de cada órgão e/ou agente em uma possível infiltração policial. Frise-se o fato de ser a primeira lei a citar o Ministério Público como ente que deve participar da infiltração e, até com essa inovação o instrumento não podia ser utilizado por falta de definição do que era o instituto e como se daria sua utilização.

Na mesma omissão seguiram-se as leis antidrogas (Lei nº 10.409/2001 e Lei nº 11.343/2006), que previam o uso de tal meio de prova, mas sem descrever o seu conceito e o procedimento de aplicação ou sequer como se procederia a infiltração policial no certame de atuação desses grupos criminosos, bem como não acrescentou qualquer conceituação do que viria a ser uma Organização criminosa (SOUSA, 2015, p. 19).

Assim como, a atual Lei de Drogas, em seu Art. 53, I, responsável por revogar a Lei 10.409 também dispõe sobre a infiltração policial. Nesse sentido, apesar de sua larga utilização em outros países, a exemplo dos Estados Unidos, em que o *Federal Bureau of Investigation* (FBI, significa “Departamento Federal de Investiga-ção”) produzia manuais de infiltração policial, o Brasil notava a importância do instrumento como meio de investigação, mas a legislação não demonstrava como deveria ser feito o procedimento de infiltração, a captação de provas, responsabilização dos

excessos eventualmente cometidos pelo agente infiltrado, bem como quem deveria ter a função de fiscalizar todo o processo.

Somente em 2004 o problema foi parcialmente resolvido, com a incorporação da Convenção de Palermo por meio da edição do Decreto 5.015, Art. 2º, onde “vinha a definir o que seria o que a lei chamou de Grupo Criminoso Organizado”, mesmo que não tipificado uma conduta associativa (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 35).

Com isso, começou a polêmica da utilização desse documento por parte dos juízes e tribunais de 2º instância ou instâncias superiores para, aproveitando da definição de Organização criminosa (mesmo que com outro nome) para poderem lançar mão de instrumentos especiais de investigação, como é o caso da infiltração policial em organizações criminosas.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, buscando sedimentar entendimento começou a sistematicamente aproveitar a definição de “grupo criminoso organizado” trazida na Convenção de Palermo para conseguir dar o mínimo de efetividade aos meios excepcionais de investigação policial, tais como a própria infiltração ou a ação controlada (SOUSA, 2015, p. 20).

Para se exemplificar traz-se o seguinte arresto em que o Tribunal da Cidadania em sua Sexta Turma por unanimidade assim consignou:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*.
 TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM
 RELAÇÃO AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO.
 ART. 1º, INCISO VII, DA LEI N.º 9.613/98.
 IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS
 SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL.
**CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA
 NO ORDENAMENTO JURÍDICO. RECURSO NÃO
 CONHECIDO.**

[...]

2. O inciso VII do art. 1º da Lei nº 9.613/98, com redação anterior a Lei 12.683/2012, não se refere a “organização criminosa” como um crime antecedente do crime de lavagem de ativos, pois inexistente esse tipo penal no direito brasileiro. ***O referido dispositivo se refere a***

um crime praticado por uma organização criminosa, “sujeito ativo” que se encontra definido no ordenamento jurídico pátrio desde o Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004, que promulgou o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, o qual ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e, atualmente, está conceituado pela Lei 12.683/2012. O conceito de organização criminosa funciona como um elemento normativo desse tipo penal. (STJ. RHC 29.126/MS).

Como se pode perceber da leitura do arresto, nota-se que houve outras leis que confirmaram o entendimento da Convenção de Palermo. Assim se destaca como ratificadora a Lei 12.694/2012, que com objetivo de possibilitar o julgamento por um colegiado de juízes de 1º grau de jurisdição, trouxe em seu Art. 2º a disposição de o que seria uma “Organização criminosa” (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 38).

Nesse ponto já estava a se discutir o novo Projeto de Lei que daria origem a legislação que sedimentou o tema da Organização criminosa e da infiltração de agentes no Brasil, a Lei 12.850/2013.

Fruto do Projeto de Lei de autoria da Senadora Serys Slhessarenko (PT-MT, a época e atualmente no PRB-MT) que objetivou, *a priori*, definir o que seria crime organizado e passou a analisar a investigação criminal e os meios de captação de prova que pudessem dar mais efetividade ao combate das Organizações criminosas sem, contudo, se olvidar do devido processo legal e das funções constitucionais dos órgãos que participam da *persecutio criminis*. Em 2009, o projeto foi acolhido pela Câmara sob o número PL no 6478/2009, assim se adequando tanto à Convenção de Palermo, como recebendo teses modernas da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). A lei foi promulgada à 2 de agosto de 2013 sob a nomenclatura de Lei no 12.850/2013 (GRECO FILHO, 2014, p. 8).

Pioneira em diversos sentidos, a lei foi a primeira genuinamente brasileira a dispor de forma pormenorizada como deveria

se dar a infiltração policial, deixando alguns contornos para a doutrina e dessa recebendo críticas. Assim, do Art. 10 até o Art. 14 esse diploma legislativo deu a tão sonhada aplicabilidade ao instrumento de infiltração de agentes polícia o que abriu uma janela considerável de estudo e observação como a presença análise.

Com isso, o legislador ficou encorajado a ampliar a utilização desse instituto para outros ramos de investigação que trabalhassem com delitos que tivessem um dano social relevante. Assim, o Congresso Nacional publicou nesse ano, lei que abre possibilidade para a infiltração de agentes na rede mundial de computadores para reprimir a prática de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes criando os Arts. 190-A à 190-E no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Ainda não se tem uma doutrina consolidada sobre o tema, contudo demonstra a importância que o legislador brasileiro vem dando a infiltração policial dentro da sistemática de persecução penal. Os crimes a que se refere a lei é o da produção e veiculação de cenas de sexo explícito ou pornografia, envolvendo crianças e adolescentes (Art. 240); vender ou expor a venda imagem ou vídeo sexo explícito ou pornografia, envolvendo menores (Art. 241); oferecer, disponibilizar, trocar, transmitir, distribuir, publicar, ou divulgar por meios digitais esse conteúdo (Art. 241-A); adquirir, produzir ou armazenar tal acervo (Art. 241-B); simular a participação de crianças nesse tipo de conteúdo (Art. 241-C) e no Art. 241-E, o legislador disciplina o que são cenas de sexo explícito ou pornografia.

Contudo, para não figurar apenas nos formalismos da lei pretende se tratar, a seguir, de critérios objetivos e subjetivos do agente que deve participar da infiltração policial como agente policial infiltrado.

4 A FIGURA DO AGENTE INFILTRADO

Por detrás de toda essa legislação existe um agente infiltrado que tem que ser especialmente treinado física e psicologicamente para a missão de se infiltrar em uma Organização cri-

minosa ou numa ação típica de grupos organizados que ferem a dignidade de crianças e adolescentes, no tráfico de drogas, armas de fogo, pessoas etc.

Para que se possa entender a relação dos agentes infiltrados é de se notar que mesmo em outras leis que dispõe sobre a infiltração de agentes, o procedimento que deve ser obedecido em caso de silêncio da lei deve ser o informado na Lei 12.850/13, bem como outras questões relativas a competência e fiscalização (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 392).

Assim, define a Lei 12.850/13, mais recente sobre o tema, com acertado entendimento, diverso da legislação revogada, de que não se pode infiltrar agentes de inteligência, isso sendo dito pelo silêncio eloquente da norma legal. Até porque a novel legislação pede que o agente infiltrado seja integrante das polícias judiciárias, qual sejam, a Polícia Federal, nos crimes de competência da Justiça Federal e a Polícia Civil, quando a competência for da justiça estadual. (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 397).

Além de ser um agente de público das polícias civil ou federal, o agente infiltrado deve estar em tarefa investigativa para poder atuar como agente infiltrado, tendo em vista as divisões dentro das corporações, devendo ser excluído os concursados dessas polícias que não têm qualquer meandro com a investigação (ARAUJO, 2017, p. 602).

Não é outro o entendimento de Marllon Sousa (2015, p. 42) que, em obra específica sobre o tema de infiltração de agentes policiais, a nova legislação sobre o tema não admite a utilização de agentes da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) para a infiltração policial.

Além desses, não se permite a infiltração de guardas municipais em qualquer delito que se permita infiltração policial por questões de competência e de distinção legal, sendo que o próprio Texto Maior de 1988 afasta a possibilidade de sua utilização, disciplinando sua competência de zelo aos bens públicos municipais (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 398).

Quanto à prática dos crimes militares, apesar de não haver previsão de sua utilização, caso venha a ser positivada, deverá ser

feita pela polícia militar. Isso porque, nesses casos, a PM, como é conhecida a instituição corriqueiramente, exerce a função de polícia judiciária, função que as normas legais ordenam que seja responsável pela infiltração (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 399).

Ainda no que tange a polícia militar, cumpre destacar que os policiais à paisana não são agentes infiltrados, ao contrário, eles são apenas policiais designados por autoridade superior para se imiscuírem em investigações de crimes militares, a fim de coletar elementos de prova sem que seja possível a infiltração, não sendo autorizado por lei a investigar civis em prática de crimes não militares.

É oportuno salientar que o agente infiltrado não se confunde com os agentes conhecidos internamente na Polícia Militar como P2, que sendo da polícia militar se disfarçam em trajes civis para que possam identificar áreas denominadas de riscos por prática de delitos, mas sem ligação com uma busca por análise de provas de grupos organizados específicos e delineados como é o caso da infiltração de agentes polícia (SOUSA, 2015, p. 43).

Além desses importantes e interessantes pontos, cumpre destacar que não pode participar de infiltração de polícia os particulares que não tem o treinamento e todos os outros pontos necessários para se tornar um agente infiltrado (SOUSA, 2017, p. 41).

Nas hipóteses de uso de outros servidores públicos que não os descritos na lei ou de particulares, as provas advindas das infiltrações seriam consideradas ilícitas (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 399).

Assim, nesse caso, o depoimento do agente infiltrado, bem como as escutas ambientais por ele feitas deverão ser todas consideradas ilícitas. Isso com fulcro no princípio da contaminação que considera, como no *leading case SilverthorneLumber & Co. v. United States* de 1920 que consagrou o *fruits of prisonous tree* (frutos da árvore envenenada), que os frutos advindos de meio ilícito devem ser desentranhados do processo, sendo esse o fato mais temido pela acusação criminal (LOPES JR., 2014, p. 614-615). Isso decorre da vedação constitucional de provas ilícitas, como reza a Magna Carta de 1988, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Para que isso não aconteça, define-se agente policial infiltrado um servidor público, aprovado mediante concurso, que esteja ligado ao órgão de investigação policial, seja ele Polícia Civil, seja Polícia Federal e que esteja integrando a carreira de agente de investigação. (SOUSA, 2015, p. 44).

Aqui não se esgota o ponto, tendo em vista que não são apenas critérios objetivos e legais que norteiam a atuação do agente infiltrado, tendo que ser a escolha desse agente fruto de um árduo trabalho de triagem, tanto física quanto de ordem psicológica, informando aos envolvidos na operação de infiltração – consentimento livre e esclarecido – os riscos que a missão envolve (SOUSA, 2015, p. 95).

Logo, o agente infiltrado precisa, além de ser legítimo para o ato, tem de reunir uma série de caracteres que deem arcabouço para que ele (a) suporte os casos de forte estresse e, mesmo assim, consigam tomar as corretas decisões cobertos pelo manto da legalidade e da constitucionalidade e que podem ser defendidas perante o crivo posterior do Poder Judiciário (LIMA, 2013, p. 30).

Por ser um ato de tamanho risco, o agente infiltrado tem algumas imunidades que serão estudadas no próximo tópico.

5 IMUNIDADES DO AGENTE INFILTRADO

Apesar das questões objetivas tratadas no tópico anterior não pode pretender-se despersonalizar o agente policial, colocando como se a infiltração policial fosse uma operação comum como qualquer outra e não dando a oportunidade de o policial ao menos questionar a sua atuação. Se isso ocorresse, a infiltração passaria de meio eficaz de combate ao crime organizado para algo temido internamente nas polícias judiciárias, não sendo o objetivo da lei.

Assim, é fundamental perceber que o trabalho do agente infiltrado se trata de um serviço que deve ser prestado de forma livre, sendo lícito ao policial que passou pela triagem não aceitar que seja implementada a infiltração, sendo ele o agente infiltrado, facultando a administração pública buscar outro agente. Essa escolha do policial não pode ensejar qualquer processo e consequente sanção administrativa (LIMA, 2013, p. 13).

Não é outro o entendimento dos professores Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva os quais entendem que há licitude do policial que não permitir que se faça a infiltração sendo ele o agente, não sendo enquadrado como insubordinação, tampouco viola os direitos funcionais. Assim, os ilustres juristas entendem que não há motivo para responder administrativamente pela recusa e acrescentam: “não é necessária a motivação do agente infiltrado, basta que negue” (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 404).

Logo, constitui-se um direito administrativo do agente policial não ter de aceitar a ordem de quem, estando superior hierarquicamente, ordena que seja implementada infiltração de agente. Sendo que essa punição por esse ato não deve existir de forma direta, tampouco de forma indireta. De mesma forma, o agente policial infiltrado pode fazer, a qualquer tempo, parar a infiltração policial. Isso acontecendo, constitui-se direito do agente, também, a permanência do gozo de direitos de alteração de identidade e medidas protetivas e esses direitos são previstos expressamente na Lei 12.850/2013 em seu Art. 14 que inovou ao trazer esses direitos (GRECO FILHO, 2014, p. 64).

Tais direitos estão regulamentados na lei que instituiu o Programa de Proteção a testemunha. Dentre outras coisas, o agente infiltrado pode modificar o seu nome, bem como seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, isso em caso de perigo. Além disso, a localização do agente fica em sigilo (BRASIL, 1999).

Mas, a grande polêmica reside no fato da punibilidade do agente infiltrado. Isso porque é inevitável que o agente policial, por razões patentes, necessite lançar mão da prática de algumas infrações penais para poder angariar a lealdade ou confiança de quem chefia as Organizações criminosas sob investigação ou para que acompanhe os demais a mostrar-se o mais imiscuído na organização (NUCCI, 2015, p. 91).

Assim, a moderna doutrina entende que tudo parte da autorização judiciária para a infiltração de agentes, bem como de princípios indeterminados, como o da razoabilidade e da proporcionalidade. Porque o policial não tem o dolo para praticar os atos, pelo

contrário, é movido pelo sentimento de desbaratar uma Organização criminosa, uma rede de tráfico de drogas ou redes de práticas de crimes sexuais contra menores etc. Mas, se isso não satisfaz todas as críticas, entende-se que o agente policial infiltrado está abrigado por excludente de ilicitude, qual seja, estrito cumprimento do dever legal (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 405).

Sobre o estrito cumprimento do dever legal, o penalista Rogério Sanches Cunha (2016, p. 270) dispõe que não é incomum que o agente estatal, realizando suas atividades, é obrigado por força de lei *lato sensu* a violar um bem jurídico. Assim, desde que essa violação esteja dentro de limites razoáveis, o agente está coberto sob o manto do estrito cumprimento do dever legal, não tendo como ser caracterizado como crime.

Repise-se o que fala do jurista paulista, a violação não pode ser indiscriminada, mas sim tendo como baliza a razoabilidade e a proporcionalidade. Não é outro o entendimento de Vicente Greco Filho de que os excessos praticados pelo agente infiltrado devem ser punidos. Assim, as circunstâncias fáticas é que devem nortear a atuação do agente infiltrado, sendo que a exigência não pode ser de um esmero elevado, tendo em vista a situação de enorme estresse, supramencionada, em que se encontra o agente infiltrado. Além disso, em eventual dúvida, o entendimento deve ser o pró-agente infiltrado pela atitude fora dos padrões necessários tomada por ele com o nobre objetivo de colher provas que serão utilizadas no combate direto a determinada organização criminosa (GRECO FILHO, 2014, p. 62).

Esse exame da proporcionalidade na infiltração policial tem de ser realizado pelo magistrado togado, que deve fazer esse exame de acordo com a premissa da proporcionalidade *lato sensu*, que reúne necessidade, adequação e proporcionalidade *strictu sensu*. Para que isso ocorra e isso se configure o que é “uma imunidade de legalidade do agente infiltrado, esse deve agir nas balizas da decisão judicial que permitiu a infiltração de agentes” (SOUSA, 2015, p. 120-121).

Assim, se o agente seguir dessa maneira, ele será naturalmente absolvido por fatos típicos que naturalmente cometerá

como o de participar de Organização criminosa, ser partícipe dos crimes a que a Organização criminosa se destina. Além disso, cometerá eventualmente e será absolvido de crimes meio, como o de constrangimento ilegal que podem ser ou não absolvidas pelo crime fim, bem como os crimes praticados por terceiros e cujos o agente infiltrado tem ciência da prática e da autoria (GRECO FILHO, 2014, p. 63). Como se viu, não há crime a ser imputado ao agente infiltrado, devendo ser apurado nos limites definidos pela decisão que autorizou a infiltração.

Destaque-se que esses entendimentos não podem e não são puramente doutrinárias, mas também jurisprudencial, é nesse questionamento que se destina o tópico a seguir.

6 JURISPUDÊNCIA DO STJ E STF SOBRE O TEMA

Um dos assuntos mais difíceis que a jurisprudência teve que enfrentar é a questão da diferenciação entre agente infiltrado e agente provocador. Esse é um dos principais pontos levantados pela defesa dos acusados que se veem diante de um processo que utiliza agente infiltrado.

Assim, a doutrina sobre o agente infiltrado posiciona-se no sentido de que o agente estatal, no intuito de investigar uma Organização criminosa, não pode fazer surgir no possível infrator a vontade de cometer um delito. Sendo que só pode aderir a uma vontade anteriormente exteriorizada por membros do grupo (LIMA, 2013, p. 27).

Dessa forma, se o agente infiltrado prepara o ambiente para o cometimento do delito, trata-se de um crime impossível, o que transformará a infiltração de uma operação bem-sucedida para os investigadores e membros do Ministério Público, em um salvo conduto para o investigado, pelo menos naquele caso (ARAUJO, 2017, p. 601).

Nesse sentido, seguiu o STF em caso longínquo, mas que serviu de *leading case* utilizado por diversos julgados que envol-

vem infiltração de agente e que remonta ao ano de 2002 e que deve ser o entendimento utilizado principalmente com a nova dinâmica dos precedentes que tem arrebanhado doutrinadores inspirados no princípio da isonomia e da segurança jurídica. Assim, consignou a Min. Ellen Gracie em sede de *Habeas Corpus*:

Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Art. 12, caput da Lei nº 6.368/76. Não ocorrência. Paciente que, no momento dos fatos, se encontrava no local considerado ponto de tráfico, tendo ido buscar a droga após a solicitação de compra a ser verificada a versão dos policiais, o paciente, após o pedido, **teria ido buscar a droga em local onde estava depositando, conduta que incidiria no art. 12, caput da Lei 6.368/76, na modalidade 'ter em depósito', como capitulado na denúncia, inexistindo o flagrante preparado porque, a exemplo do entendimento esposado no HC nº 72.824/SP (Min. Moreira Alves), o crime, de caráter permanente, já se teria consumado.** Se verídica a versão do paciente apresentada no interrogatório em juízo, seu comportamento incidiria, em tese, na hipótese do art. 16 do mesmo diploma legal, dando azo a uma eventual desclassificação, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, o que, no entanto, se mostra inviável nesta sede diante da disparidade do conteúdo dos elementos apresentados. *Habeas corpus* indeferido. (STF. HC n. 81.970-2/SP). (Grifo nosso).

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, também em sede de *Habeas Corpus* da lavra do Min. Jorge Mussi e acolhido por unanimidade pela Turma:

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FEITO SENTENCIADO. AGENTE POLICIAL. INFILTRAÇÃO EM ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA À NARCOTRAFICÂNCIA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE

DE APROFUNDADO EXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. **INEXISTÊNCIA DE VESTÍGIOS DE INDUZIMENTO PARA A PRÁTICA DO ILÍCITO PENAL. PREPARAÇÃO DO FLAGRANTE NÃO COMPROVADA.** CRIME PERMANENTE. ESTADO DE FLAGRÂNCIA PERFECTIBILIZADO. CONDUTA TÍPICA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL INVIÁVEL.

[...]

2. Não há falar em flagrante preparado se, diante doselementos coligidos aos autos, não se puder evidenciar que opaciente ou os co-réus foram induzidos à prática de crime detráfico de drogas por parte de **agente policial**. (Grifo nosso).

Outro ponto que gera bastante polêmica e que chegou as cortes mais altas do país é acerca da legalidade da infiltração policial. Isso porque, a Lei 12.850/13 ainda não tem posição fechada jurisprudencial em alguns pontos, o que leva a defesa a alegar, por vezes, até a sua inconstitucionalidade, tendo em vista flexibilizar os direitos fundamentais de intimidade e da vida privada que estão estampados do Art. 5º, X da Constituição Federal, mas que o STJ já enfrentou também em julgado de 2015, da lavra do Min. Rogerio Schietti Cruz:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. **PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE AGENTE INFILTRADO. DISCUSSÃO ACERCA DALICITUDE DAS PROVAS. APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO.**

[...]

4. Ainda que a sentença condenatória, no que se refere ao crime de associação para o tráfico de drogas, esteja apoiada em provas remetidas pelo Departamento Central de Investigação e Ação Penal de Portugal - as quais foram obtidas por intermédio de infiltração de um agente de nacionalidade portuguesa no País (com pseudônimo de Antonio) -, não se pode olvidar

que a análise, por este Superior Tribunal, da alegada ilicitude dessas provas relacionadas à medida cautelar de infiltração, enquanto pendente de julgamento o recurso de apelação pela Corte regional, implica, efetivamente, ostensiva supressão de instância. (STJ. RHC 47.188/RJ)

Esses são os casos mais levados aos Tribunais Superiores e esses julgados sintetizam o pensamento das mais altas cortes do país. Logo, tópicos como a constitucionalidade ainda carecem de fechamento de questão por parte jurisprudencial, na linha do que segue a utilização internacional.

Assim, a ONU em seus tratados sobre o tema, como a Convenção de Palermo, sugere para os Estados partes que só se lance mão dos agentes infiltrados em casos considerados graves pela legislação interna. O que não geraria uma banalização dos agentes infiltrados. Isso foi seguido pelo Brasil, permitindo apenas nos casos de Organização criminosa, tipificados no Art. 1º, §1º da Lei 12.850/13 e no delito de Tráfico de drogas – Art. 53, I da Lei 11.343/06 – na Lei 13.441/17 – pedofilia pela internet, o que afasta a banalidade e inconstitucionalidade do seu instituto (SOUSA, 2015, p. 54). Mas, a discussão ainda necessita de um posicionamento firme das cortes mais altas do país.

7 CONCLUSÕES

Viu-se, portanto, que o agente infiltrado tem sua origem histórica não pacífica na doutrina. Contudo, os primeiros casos em que houve uso sistematizado provém da França com Vidoqc. Assim, percebeu-se que até dos povos longínquos já havia um entendimento da utilidade desse instrumento de investigação.

Na legislação brasileira, percebeu-se que o desenvolvimento foi muito turbulento com muita crítica da doutrina e adequação jurisprudencial que não teve menos polêmica. Sendo que o assunto só ganhou mais sedimento com a Lei 12.850/2013 e sua ampliação para a defesa dos crimes contra a dignidade sexual,

que envolvam crianças e adolescentes, praticados por meio da rede mundial de computadores (internet).

Posteriormente, a nova legislação mostrou-se apta a dirimir certas controvérsias ao estabelecer os critérios objetivos de competência para a implementação do agente infiltrado, sendo sua possibilidade resumida as polícias judiciárias mencionadas nesse estudo. Este marco regulatório do tema definiu também os critérios subjetivos, ou seja, a necessidade de aperfeiçoamento pessoal do agente em consonância com critérios biopsicossociais que o indiquem para tal missão.

Com tamanha gravidade envolvida, com os perigos e o poder dos grupos criminosos organizados, as imunidades dos agentes policiais infiltrados devem seguir a linha da decisão judicial que a autorizou, sob pena de nulidade. Assim, mostrou-se o esforço para dar aos órgãos constitucionais de polícia judiciária uma maior segurança na utilização desse meio investigativo.

Além disso, com poucas decisões dos tribunais superiores, a jurisprudência apresentou um caminho a ser trilhado e enfrentou algumas questões que eram objeto de celeuma na doutrina, mas ainda necessitarão de discussão nos plenos desses órgãos para uma solidificação jurisprudencial do tema, confiando ainda mais ao *Parquet* ou ao delegado de polícia vislumbrar o agente policial infiltrado como forma de investigação possível e com menos riscos.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Barbara Candido de. Infiltração policial: a linha tênue entre a legalidade e a ilegalidade. **Colloquium Socialis**, Presidente Prudente, v.1, n.Especial, p.599-604, jan./abr. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <goo.gl/Yyve9N>. Acesso em: 8 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.034**, de 3 maio de 1995. Dispõe sobre utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <goo.gl/Suh5D8>. Acesso em: 8 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.807**, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <goo.gl/uDMNWv>. Acesso em 08 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.409**, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencadas pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/JvD4pm>. Acesso em: 8 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Habeas Corpus 81.970-2/SP**. Rel. Min. Ellen Gracie. Paciente: Fernando Amaral de Almeida. Coator: Superior Tribunal de Justiça. j. 28 jun. 2002. Disponível em: <<https://goo.gl/dFkKYV>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 5.015**, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <goo.gl/zVxF8C>. Acesso em: 8 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; Disponível em: <<https://goo.gl/QDh2wa>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **Habeas Corpus nº 92.724/SC**. Rel. Min. Jorge Mussi. Impetrante: Jeison José de Sousa. Paciente: Claudionor Pereira Junior. Impetrado: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. j. 14 abr. 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/sgGf4V>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.694**, de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. Disponível em: <<https://goo.gl/V1AMUx>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em: <<https://goo.gl/2Jzr2h>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **RHC 47188 / RJ**. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Recorrente: Oliver Ortiz de Zarate Martin. Recorrido: Ministério Público Federal. j. 19 mar. 2015. DJe. 30 mar. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/TWVKGm>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.441**, de 8 de maio de 2017. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente. Disponível em: <goo.gl/xZUakx>. Acesso em: 8 ago. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 4.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues.
Organizações criminosas e técnicas especiais de

investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa:** Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Marcos Aurélio Costa de. **Infiltração policial:** pensando um modelo. Rio de Janeiro: ESG, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PÉREZ, Marta del Pozo. El agente encubierto como médio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española. **Criterio jurídico:** Santiago de Cali, v.6, p.267-310, 2006.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas:** aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial:** parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015.

**DIREITOS HUMANOS E O
DIREITO DAS MINORIAS**

Parte III

**Coletânea de Artigos
Direito e Interdisciplinaridade
Vol. I.**

***A LIBERDADE DE EXPRESSÃO
E O DIÁLOGO COM OS DEMAIS
DIREITOS HUMANOS***

Carlos Costa

Jéffson Menezes de Sousa

Professor Adjunto I do curso de Direito da Universidade Tiradentes (UNIT). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes.

E-mail: carlos-costaadv@hotmail.com

Professor Assistente I do curso de Direito da Universidade Tiradentes (UNIT). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes.

E-mail: menezes.sousaadv@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Com a Internet o processo de interação social deixou de ser territorial, físico, limitado, homogêneo e linear para conexões e interações de diferente construção, onde os meios de comunicação e participação são de todos para todos, de qualquer lugar para todos, de várias formas, em conjunto e, especialmente, de natureza inclusiva ao conectar as pessoas e informações independentemente de padrões, classes ou estereótipos.

É neste novo território que estão inseridas as redes sociais, plataformas digitais compostas por pessoas abertas a publicar e criar conhecimentos e partilhar momentos da sua vida, que transformam não só o *modus operandi* dos relacionamentos interpessoais como fizeram emergir uma nova forma de criação, armazenamento e compartilhamento de informações: a colaboracionista (CASTELLS, 2013).

A temporalidade e geografia que emergiram com a Internet pugna pela necessidade de uma reflexão transdisciplinar e cosmopolita dos importantes aspectos da liberdade de expressão (CUNHA E CRUZ, 2010) em prol da emancipação (SANTOS, 2002) da personalidade humana, individual e socialmente considerada.

Esta nova ordem social organizada em rede (CASTELLS, 2003) remodelou a tradicional concepção da liberdade de expressão, visto que a relação de comunicação deixou de ser do emissor para indivíduos isoladamente considerados e passou a ser interconectada e coletiva, permitindo a entrada de manifestações que antes nunca fora ouvida por força do modelo homogeneizante e dominante.

Por sua vez, a estrutura econômica foi renovada pelo acréscimo de mais um fator de produção: o saber. Na chamada economia informacional (BARBERO, 2012), a informação e o conhecimento passaram a ser a matéria-prima de todos os bens de consumo. Em outro aspecto, a flexibilização temporal e espacial da Internet transformaram em economicamente viáveis regiões outrora esquecidas pelo mercado tradicional e multiplicaram rapidamente a visibilidade e velocidade na

comercialização dos produtos e serviços divulgados nas plataformas digitais dos provedores.

A informatização das relações intersubjetivas e a sua inclusão no cotidiano das pessoas as tornaram reciprocamente emissoras e receptoras das informações, “de modo que cada pessoa pode ser potencialmente um meio de comunicação” (APARICI, 2012, p. 26). Assim, pelo fato da Internet promover o indivíduo como portador da comunicação, a liberdade de expressão adotada neste escrito será a *lato sensu* entendida como a possibilidade de se comunicar por qualquer forma: verbal, gestos, mímicas, escritos e símbolos, abrangendo tanto o âmbito das ideias e dos pensamentos quanto a ação concreta, exteriorização (CUNHA E CRUZ, 2010; MEYER-PFLUG, 2012).

O fato da forma da comunicação na Internet ser livre, informal e horizontal recolocou a liberdade de expressão no centro das atenções políticas, notadamente, pelo poder de participação construtiva da informação e da subjetividade coletiva. A ausência de censura prévia e a desnecessidade de coincidência geográfica dos meios de comunicação via Internet, elevam o dinamismo dialético e democratizam a forma pela qual as informações são transmitidas.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo estabelecer o diálogo entre a liberdade de expressão e os demais direitos humanos à luz da teoria crítica dos direitos humanos, adotando como embasamento teórico perspectiva de desenvolvimento de Amartya Sen, da ampliada concepção de direitos humanos de David Sánchez Rubio e a observância da proporcionalidade nos casos de conflitos entre direitos humanos abordada por Dimitri Dimoulis e Alexandre Pagliarini e a técnica de ponderação dos interesses trazida por Robert Alexy.

A abordagem metodológica utilizada foi a qualitativa, por permitir o emprego de “[...] diferentes concepções filosóficas; estratégias de investigação; e métodos de coleta, análise e interpretação dos dados” (CRESWELL, 2010, p. 206). Em relação ao objeto, a pesquisa foi do tipo bibliográfico-documental. A pesquisa bibliográfica foi utilizada com vista a obtenção do referencial teó-

rico que fundamenta o texto argumentativo em torno da temática contemplada. Ao final são oferecidas as conclusões.

2 A GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

A informatização das relações intersubjetivas ao ampliar e maximizar os espaços para o fluxo de informações, ideias e pensamentos contribuiu para o acréscimo dos pontos de conexão entre a liberdade de expressão e os demais direitos humanos.

A vida em sociedade, por si só, reclama limites, já que os indivíduos não existem e sim coexistem, e sob esta perspectiva, a harmonia e equilíbrio do convívio social depende não só de restrições institucionais e privadas, como também de regras descritivas, proibitivas, prescritivas e permissivas da projeção do eu na sociedade. Pensar uma sociedade como um campo aberto, sem cercas para a liberdade de expressão e para os demais direitos humanos, é desconstituir a sua própria natureza.

Por outro lado, pensar os direitos humanos de forma escalonada e classificada em gerações (BOBBIO, 2004) na atual sociedade em rede, aberta, interativa e organizada a partir das novas tecnologias de informação (CASTELLS, 2003) é imprimir uma visão simplista e reducionista (PIOVESAN, 2011) dos pontos de contatos e influência que cada direito humano exerce sobre os outros, notadamente, na sociedade contemporânea em que a concepção holística e a interação entre os direitos humanos foram exponencialmente potencializados pela Internet.

Neste diapasão, o diálogo da liberdade de expressão com os demais direitos humanos será articulado a partir de duas perspectivas: a primeira concebendo esta conexão como um instrumento de meditação, promoção e desenvolvimento dos direitos humanos e a segunda, sem pretensões de indicar a adequada argumentação de solução, os conflitos de interesse resultantes deste encontro.

Em defesa da emancipação e contra a concepção atomizada e excludente da relação dialogal dos direitos humanos, Cançado Trindade (2003, p. 43) testifica que visão sistemática e integral destes é uma prioridade da ciência jurídica contemporânea, vez que “os direitos humanos não se sucedem ou substituem uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, integrando os direitos individuais e sociais”.

Com o amanhecer da Sociedade da Informação customizada com a Internet a liberdade de expressão volta a ser o ícone da temporada, iluminando a estrutura-base dos direitos humanos que é a pluralidade humana (de olhares) em função das particularidades de cada um. A garantia da liberdade de expressão, à luz da teoria crítica, acarreta a libertação e desenvolvimento dos sujeitos, na medida em que estabelecem diálogos horizontais e emancipatórios.

A perspectiva de desenvolvimento de Amartya Sen (2010, p. 16) “como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam” se complementa com a afirmação de Celso Lafer (1988, p. 299) acerca da necessidade do “juízo reflexivo como afirmação da liberdade humana e fundamento para a reconstrução tópica dos direitos humanos”.

Neste caminhar, Amartya Sen (2010) sustenta que o primeiro passo para alcançar o desenvolvimento individual e coletivo é assegurar aos cidadãos autonomia e liberdade para participar da vida política, tendo suas opiniões ouvidas e respeitadas. Ao ressaltar, a reflexão, a crítica, o ativismo e a exteriorização dos pensamentos como condicionantes para a garantia das liberdades individuais aliada aos processos de desenvolvimento, Sen (2010) privilegia o debate aberto e o conflito de opiniões, posicionando, desta maneira, a liberdade de expressão como uma das liberdades individuais mais caras ao desenvolvimento crítico e reflexivo dos direitos humanos.

A promoção dos direitos humanos não significa categorizar a liberdade de expressão como um direito superior e absoluto e sim em buscar o seu alargamento e condições de exercício, já que a participação livre na vida política sempre foi a principal arma no processo reivindicatório dos direitos humanos.

Neste processo de desenvolvimento dos direitos humanos, a liberdade de expressão acarreta o empoderamento dos sujeitos de direitos tornando-os capazes “de lutar contra qualquer situação que impossibilite esta capacidade de criar, significar e ressignificar as instituições socialmente construídas” ampliando a concepção dos direitos humanos além da sua noção formalista, positivista, estatal, pós-violatória e delegatória (RUBIO, 2013, p.166).

As técnicas ao longo da história foram modificando as sociedades e igualmente o conteúdo das liberdades e o intercâmbio com os demais direitos da mesma categorização. Com efeito, a liberdade de expressão não pode ser concebida apenas como um instrumento de defesa contra os ataques do Estado e dos particulares que ameaçam ou impedem o seu exercício.

Tal percepção é por demais limitadora e não corresponde às exigências do mundo atual permeado por relações dinâmicas, flexíveis, geograficamente dispersas e fluidas, que por sua vez, exigem cada vez a presença do Estado com respostas e regulamentações com os mesmos adjetivos. Se na sociedade agrária e urbana o Estado era visto como o maior transgressor das liberdades e do exercício dos direitos fundamentais, na sociedade atual – Sociedade Informatizada – a defesa das liberdades mais caras depende da tutela do poder público. Esta exigência da intervenção estatal é ventilada por Pérez Luño (2005) como um dos paradoxos da sociedade digital.

Assim como os direitos humanos são marcados pela adaptação, construção e reconstrução, se reinventando com a sociedade, as interações entre este e a liberdade de expressão no ciberespaço, que deixou de ser um universo paralelo para ser parte integrante do cotidiano das pessoas e instituições (HERRERA FLORES, 2009; SANTAELLA, 2010), deve ser acordo com as formas democráticas colocando “em frente da liberdade a democracia” (MIRANDA, 1979, p. 288).

Nesta esteira, o diálogo da liberdade de expressão com os demais direitos humanos deve ser entabulado a partir das diretrizes da teoria crítica dos direitos humanos (HERRERA FLORES,

2009; SANTOS, 2007; RUBIO, 2013), afastando-se dos ideais de universalismo, abstração, positivação e descontextualização, bandeiras da teoria tradicional. Isto, não significa em desconsiderar a produção e conquistas já consolidadas e sim em criar novos mecanismos para assegurar, ampliar e remodelar os direitos já adquiridos, bem como garantir aquisição de novos direitos.

Como visto, o caráter participativo, colaborativo e emancipador das relações entabuladas na Internet é consequência da sua engenharia descentralizadora que atribui o poder do efeito da rede nas periferias, nos pontos de recepção, transformação e comunicação das informações. De igual modo, Herrera Flores (2009) entende que a visão dos direitos humanos deve ser da periferia para o centro, pois este é único, dominante e uniforme e aquele é múltiplo, emancipador e naturalmente diversificado.

3 A FUNÇÃO CONTROLE DO ESTADO FRENTE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A compreensão do fenômeno digitalizado – diálogo da liberdade de expressão com os demais direitos humanos na sociedade da informação – deve, portanto, se distanciar do centro e da dominação e buscar a convivência harmoniosa.

Ver o mundo a partir de um suposto centro pressupõe entender a realidade como algo inerte, passivo; algo ao que se terá que dar forma a partir de um raciocínio que lhe é alheio. Ver o mundo desde a periferia, implica em reconhecer que mantemos relações que nos mantêm amarrados tanto interna quanto externamente a tudo e a todos. A solidão do centro pressupõe a dominação e violência. A pluralidade das periferias nos conduz ao diálogo e à convivência. (HERRERA FLORES, 2009, p.157).

A liberdade de expressão enquanto objeto de lutas sociais teve seu papel de destaque como realizador da vida social entre os

particulares e deste para com o poder público reconhecido e positivado como direitos fundamentais. Na sua comunicação com os demais direitos, a atenção do aplicador do direito não deve se prender a apegos terminológicos, embora as nomenclaturas ao longo da história da civilização tenham adquiridos significados diversos.

O constituinte da Carta Magna de 1988 atento a diversidade das expressões utilizadas para os direitos que tem como objeto os bens e valores mais essenciais da pessoa humana utilizou várias expressões ao longo do seu texto, que valendo da pesquisa de Dimoulis e Martins (2012, p. 39) podem ser assim descritas:

“direitos sociais individuais (Preâmbulo); direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I do Título II); direitos humanos (art. 4º, II, art. 5º, § 3º, art. 7º do ADCT); direitos e liberdades fundamentais (art.5º, XLI); direitos e liberdades constitucionais (art.5º, LXXI); direitos civis (art.12º, § 4º, II, b); direitos fundamentais da pessoa humana (art. 34, VII, b); direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV); direitos (art. 136, § 1º, I); direito público subjetivo (art. 208, § 1º).”

No campo doutrinário as variações terminológicas continuam. Para uns (SARLET, 2006; CANOTILHO, 2002) a liberdade de expressão por se encontrar positivada na Constituição é classificada como direito fundamental, outros (PIOVESAN, 2011; BARROS, 2003) entendem redundantes a diferenciação de direitos fundamentais dos direitos humanos, haja vista que ambas possuem o mesmo objeto, sendo indiferente a sua dimensão constitucional e as limitações territoriais e, por fim, existem aqueles (MIRANDA; RODRIGUES JÚNIOR; FRUET, 2012) que defendem o paralelismo entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade sob o argumento de que os direitos humanos encontram-se sua base normativa tanto no Código Civil quanto no Texto Constitucional. Utilizar-se-á aqui, sem adentrar a fundo na ótica da semântica, a expressão direitos humanos que em razão do seu alcance mais amplo, abarca todos os direitos fundamentais positivados em âmbito nacional e internacional (PÉREZ LUÑO, 2005).

No estudo realizado sobre os limites dos direitos humanos os doutrinadores Dimoulis e Martins (2012) chamam atenção para a comum confusão terminológica entre colisão, situação concreta em que um direito fundamental embaraça ou restringe o exercício de outro direito fundamental, e concorrência, hipótese fática em que mais de um direito fundamental do mesmo titular é violado.

Colisões ou, para empregar algumas expressões frequentemente utilizadas, tensões, conflitos e antinomias surgem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real. Neste ponto passam a ser inevitáveis as decisões acerca do peso dos princípios colidentes, ou seja, da fixação de relações de preferência (ALEXY, 2008, p. 139)

Em que pese à sociedade ao longo da história ter sido constituída sob diferentes valores, a liberdade de expressão não pode ser entendida como aquela livre de limites externos, onde os indivíduos podem fazer o que lhe aprouver, limitados apenas a lei do estado da natureza (LOCKE, 2001). A afirmativa (CUNHA E CRUZ; TIBURSKI; MOREIRA 2013) de que a liberdade de expressão se mostra como a via para a exteriorização do pensamento, possibilitando tanto a crítica política e social, como o livre desenvolvimento da personalidade não pode ser utilizada, como obstáculo para o Estado não estabelecer regras e limites ao exercício da liberdade de expressão.

Apesar de o regime democrático exigir a liberdade de expressão e de ser a Internet um instrumento alternativo de acesso às informações e propagador da livre manifestação dos cidadãos, não se pode defender a tese de que tudo pode em nome da liberdade de expressão. Como não existem direitos absolutos (BORGES, 2005), o seu exercício e extensão podem sofrer limitações. O Estado, ao desempenhar esta função controle, deverá motivar a sua intervenção observando a reserva legal qualificada – expressa ou tácita, mas sempre permita pela Lei Maior – e o critério da

razoabilidade e proporcionalidade, de modo a manter incólume o substrato essencial da garantia.

Nos diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, IV, VI, IX, XIV, XXXIII, LX; art. 37, caput; art. 93, IX, art. 150, VI, “d”; art. 206, II; art. 216, I; art. 220, §1º, §2º) que garantem a liberdade de expressão depreende-se não só que os meios expressos, mas também que as formas tácitas de sua limitação no caso de colisão entre os direitos fundamentais encontram-se no próprio texto constitucional, assegurando o direito de indenização por dano material e moral decorrente de sua violação, dentre outros. Tais limitações poderão ser genéricas enquanto abstratamente enunciadas pelas normas gerais e casuísticas, aquelas que exigem do Poder Judiciário um enfrentamento dogmático para decidir, após o conflito concreto entre direitos fundamentais, aquele que irá prevalecer (DIMOULIS E MARTINS, 2012).

O crescimento das relações intersubjetivas e a rapidez com as estas nascem e se modificam acarretaram a proliferação dos pontos de intercâmbios entre os direitos humanos, especificadamente, dos bens jurídicos potencialmente conflitantes e igualmente tutelados. Paralelamente, a técnica enquanto aptidão criativa intelectual e racional (LÉVY, 2000) utilizada para equalizar os conflitos viu-se na contingência de evoluir para atender a expansão temporal e espacial dos valores e interesses consubstanciados nos direitos humanos.

Barroso (2003) defende que diante da colisão entre os direitos fundamentais ou humanos é salutar o emprego de técnicas de interpretação que garantam a unicidade da Constituição mediante a análise concreta dos valores e interesses em jogo, afastando-se da ideia de existência de superioridade entre tais direitos, embora as particularidades do caso *sub judice* permitam episodicamente estabelecer uma relação de preferência entre eles. O contrário, segundo Farias (2000), seria estabelecer critérios abstratos de precedências independentemente do sopesamento das particularidades fáticas, elegendo um direito e o colocando no topo da pirâmide, a salvo de toda e qualquer limitação.

Embora a liberdade de expressão possibilite reivindicar a proteção dos direitos humanos já positivados, bem como o exercício das lutas sociais para o respeito e tutela de novos direitos, não se trata aqui, de defender o pensamento da jurisprudência norteamericana que, abstratamente e *a priori*, categoriza a liberdade de expressão como uma garantia integrante dos direitos do primeiro bloco (THOMPSON, 2012). Esta extensa e vertical proteção a liberdade de expressão tem como fundamento a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos que expressamente proíbe o Congresso Americano de elaborar leis que constituem direta ou indiretamente ameaça de cerceamento da liberdade de expressão.

A teoria estadunidense da *preferred position* eleva abstratamente a valoração da liberdade de expressão em detrimento de outros direitos igualmente essenciais para o desenvolvimento democrático da sociedade, evidenciando sua natureza absoluta. Analisando os mais recentes e emblemáticos julgados do Supremo Tribunal Federal relacionados à limitação prévia ou *a posteriori* da liberdade de expressão, Cunha e Cruz (2010) e Meyer-Pflug (2012) após constatarem a oscilação da jurisprudência, testificam que o Alto Tribunal ainda se inclina para a tradicional liberdade de natureza libertária/absolutista em detrimento da democrática. Já no direito comparado, Farias (2000) pontifica que o Tribunal Constitucional Alemão e Espanhol outorga a liberdade de expressão um caráter preferencial sobre os demais direitos fundamentais, se exercida dentro dos limites da proteção constitucional.

O relativismo e a mitigação da liberdade de expressão defendida pela doutrina especializada quando em colisão com outros direitos humanos é ilustrado por Robert Alexy (2008) a partir da técnica de ponderação, utilizada quando mais de uma norma de idêntica hierarquia preveem soluções distintas para um caso concreto.

Assim, o aplicador do direito deverá analisar detalhadamente as circunstâncias concretas, o processo de interação destas com as normas aplicáveis e valendo-se do instrumento de sopesamento de valores decide qual interesse prevalecerá naquele conflito específico, sem que esta prática retire a iluminação de

todos os direitos envolvidos. Entrementes, não se pode olvidar que a proposta deste escrito não é a discussão das técnicas da decisão judicial, e sim uma abordagem científica das subunidades de análises do caso concreto sob o olhar transdisciplinar de várias matérias.

não há outra forma racional de decisão nos casos duvidosos a não ser estabelecer uma relação entre as razões para a restrição e o direito fundamental a ser restringido. Uma análise isolada das razões para a restrição pode fornecer inúmeras informações, mas não é capaz de dar uma resposta bem fundamenta à questão sobre se essas razões são importantes o suficiente para restringir algo também importante como um direito fundamental (ALEXY, 2008, p. 128).

Em sentido contrário e crítico ao uso da técnica da ponderação para solucionar questões complexas, Dimolius e Martins (2012, p. 173) sustentam que duas são as armas para eliminar os casos de conflito entre direitos fundamentais: i) a interpretação sistemática que consiste em analisar o direito fundamental em conjunto com todos os dispositivos legais pertinentes; ii) critério da proporcionalidade entendido como o limite do poder limitador. Defendem que sem o exame da proporcionalidade sucessivamente pela “natureza classificatória (adequação), eliminatória (necessidade) e axiológica (proporcionalidade em sentido estrito)” a argumentação jurídica perde sua natureza e as discussões jurídicas se transformam em debates políticos ou morais.

Decerto, a observância da proporcionalidade (DIMOULIS; MARTINS, 2012) na técnica de ponderação dos interesses (ALEXY, 2008) impõe a restrição ao uso do direito em si e não a delimitação da carga axiológica que se depreende do seu conteúdo, de modo que todos os valores dos direitos envolvidos no conflito permaneçam em evidência, embora uns com mais intensidade, tudo isso, preso às circunstâncias concretas.

Dentro da teoria relacional de Alexy (2008) os direitos fundamentais considerados em si mesmos não podem sofrer restri-

ções, mas sim quando reciprocamente considerados, vez que a conciliação entre os diversos direitos fundamentais é uma exigência do direito individualmente considerado quando em conflito. Entretanto, não se pode olvidar, que antes da tensão entre os direitos humanos é possível atribuir abstratamente um peso maior na proteção da liberdade de expressão individualmente considerada, mas mesmo assim esta não será absoluta, pois limitar-se-á pelos os valores da dignidade, igualdade e liberdade, considerados o tripé da democracia (CARDON, 2012).

Ao analisar a relação do judiciário brasileiro com as decisões envolvendo os direitos humanos, José Eduardo Faria (1994, p. 99) revela que a tradição lógica-formal do sistema jurídico consiste no principal empecilho para solucionar, “através de critérios de racionalidade substantiva” os atuais conflitos entre os direitos humanos denominados de “conflitos-limite”, isto é, os limites dos direitos humanos são delineados a partir dos conflitos com outros direitos humanos. Assim, para o autor o raciocínio para resolver o embate entre a liberdade de expressão e demais direitos humanos deve conduzir a uma resposta que identifique e neutralize o conflito, sem almejar uniformizar as opiniões e sentimentos distintos.

Perez Luño (2005), por sua vez, acentua a dignidade, liberdade e igualdade como os pontos nucleares onde se desdobram todos os direitos humanos. Logo, se a reivindicação dos direitos humanos historicamente foi em torno destes valores, são eles que deverão ser preservados e alcançados em toda decisão que envolva conflitos de interesses consubstanciados por mais de um direito humano.

Nessa direção, o direito assenta-se em uma ordem constitucional que, em sendo aquela própria de um Estado Democrático, admite restrições a liberdade de expressão que nas palavras de Farias (2004, p. 155) “vale dizer que a proteção constitucional da liberdade de expressão não cobre a emissão do pensamento que revele *animus* para difamar, injuriar ou caluniar, ou contenha expressões que violem outros direitos personalíssimos, a exemplo da honra”.

As restrições à liberdade de expressão ou a qualquer outro direito humano devem ter natureza estritamente legal, sob pena de se cometer arbitrariedades e discricionariedade. A liberdade deve ser livre e nos dizeres de Locke (2001, p. 18) o “objetivo da lei não é abolir ou restringir, mas preservar e ampliar a liberdade”. Muito embora a liberdade de expressão seja prejudicial para o exercício de outros direitos fundamentais, é forçoso ratificar a reflexão de Paesani (2013, p. 8) que “toda liberdade, por mais ampla que seja, encontra limites, que servem para garantir o desenvolvimento ordenado da sociedade e dos direitos fundamentais de qualquer sujeito (...)”.

Impedir a exteriorização da opinião é tanto um mau presente quanto futuro e prejudica igualmente os seus defensores e opositores. Qualquer tentativa de controlar ou silenciar a manifestação das opiniões parte de uma falsa percepção de infabilidade. A livre circulação do pensamento é necessária para existir a divergência de opiniões, debate de ideias e, por conseguinte, o respeito às individualidades (MILL, 2011).

Stuart Mill (2011) com base no princípio do dano utiliza a periculosidade manifesta como paradigma para restringir a liberdade de expressão, ao afirmar que os pensamentos e opiniões somente podem ser censurados quando ocorrer um flagrante risco de incitamento à violência.

Indo para além da fronteira brasileira, a garantia da liberdade de expressão e as hipóteses de sua restrição quando em contato com outros direitos humanos estão presentes nos documentos internacionais mais relevantes, a saber: no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH-48), no art. 19 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966 (Decreto nº 592, de 06/07/1992) – PIDCP-66-, no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Decreto nº 678, de 6/11/1992) - Pacto de San José da Costa Rica (PSJCR-69).

É fato incontroverso que o fluxo de opiniões e informações na plataforma virtual é um fenômeno mundial objeto de debates e regulamentos a nível nacional e internacional. O reconhecimento da proteção da liberdade de expressão *on line*, isto é, aque-

la exercida através da nova tecnologia de informação, a Internet, teve como ponto de largada a Resolução A-HRC-20-L13, de 29/06/2012 da Organização das Nações Unidas. Desde então, os relatórios das Comissões e Comitês de Direitos Humanos não retiraram de pauta os reflexos do exercício da liberdade de expressão na Internet nas relações intersubjetivas.

Analisando os dispositivos que disciplinam a liberdade de expressão nos textos internacionais supraditos, é possível identificar os seguintes alicerces que estruturam a sua concepção: i) fluida, pois pertence, indistintamente, a qualquer pessoa; ii) se exterioriza por qualquer mídia; iii) inclui o direito à informação, de buscar, receber e transmitir; iv) não possuem fronteiras; v) abrange opiniões de qualquer natureza. Percebe-se que os pilares que definem a liberdade de expressão são totalmente conectados e harmoniosos com os caracteres das relações informatizadas e com pontos a serem refletidos pelo aplicador de direito ao buscar uma solução para a colisão entre os direitos fundamentais e a liberdade de expressão.

Assim como os padrões nacionais, os estatutos internacionais pregam que o fundamento que confere a liberdade de expressão ampla proteção, independentemente do meio pelo qual se manifesta, é o mesmo que determina a extensão e o limite do seu exercício. A categorização de direitos humanos é simultaneamente protetora e limitadora, vez que não existe hierarquia entre tais direitos.

Dentre os instrumentos que regulamentam a liberdade de expressão no quadro dos direitos humanos internacionais, é forçoso reconhecer que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 ao prever no seu parágrafo 3º, do art. 19 os parâmetros a serem observados na restrição a liberdade de expressão foi o que de longe anteviu os futuros desdobramentos tecnológicos e os complexos conflitos envolvendo a liberdade de expressão. Tais critérios de restrições conhecidos como o teste das três partes são: a) estar previamente prevista em lei de forma clara e objetiva, evitando a insegurança jurídica decorrente das interpretações abusivas e tendenciosas; b) ter como propósito

salvaguardar o respeito aos direitos ou da reputação de outrem, a segurança nacional, ordem pública, saúde e moral públicas, e c) ser adequada, proporcional e estritamente necessária para tutelar o intuito legítimo, buscando o menor grau de perturbação e intromissão na esfera de outro direito.

Esse entendimento foi ratificado pela da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) na Opinião Consultiva n° 5/85, e da maioria dos Ministros do STF nos julgamentos mais emblemáticos que tratam desta liberdade, pois nenhuma liberdade não pode ir de encontro ao princípio basilar dos direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004; ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009).

Por oportuno, convém recordar que no § 39 da Opinião Consultiva n° 5/85, da CIDH, pugnou-se pela obediência ao artigo 13.2 do PSJCR-69, estabelecendo que a restrição à liberdade de expressão deve observar (a) a existência de causas de responsabilidade previamente estabelecidas; (b) a definição expressa e taxativa dessas causas pela lei; (c) a legitimidade dos fins perseguidos ao estabelecê-las; (d) que sejam necessárias para assegurar tais fins (OEA, 2012).

No mesmo tom, a Observação geral N° 34, do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, no 102º período de sessões, de 12 de setembro de 2011, em comentários ao art. 19 do PIDCP-66, concluiu que somente serão admitidas restrições aos provedores de Internet na medida em que sejam compatíveis com o parágrafo 3º (ONU, 2011) Por fim, insta relatar que a Organização das Nações Unidas com a Resolução A-HRC-20-L13, de 29/06/2012 exorta a liberdade de expressão *on line*, mas suas restrições hão de ser remetidas ao art. 19 da DUDH-48 e do PIDCP-66 (UNHRC, 2012).

Fixadas as premissas maiores de que a ordem jurídica pátria e internacional vedam todo e qualquer procedimento que visa reproduzir comportamentos autoritários, impeditivos da livre circulação de ideias e que a formação plural da opinião pública é fator condicionante da democracia e do exercício dos demais direitos

humanos, toda e qualquer limitação à liberdade de expressão deve ser especificadamente motivada, lastreada por leis previamente existentes, proporcional no sopesamento os interesses colidentes e ter como objetivo último a preservação do seu conteúdo mínimo, essencial para a preservação do Estado Democrático de Direito.

É de maior proveito para a concretização dos direitos humanos que o processo de solução dos conflitos entre a liberdade de expressão com os demais direitos humanos inicialmente estabeleça garantia as liberdades para depois construir as legítimas restrições em atenção às peculiaridades de cada conflito, sob pena de acarretar insegurança jurídica.

A opinião sem amarras e manipulações na sua origem, recepção e exteriorização, a diversidade de ideias e, principalmente, o respeito e audição das opiniões contrárias e minoritárias constituem as premissas maiores que conduziram Samanta Meyer Pflug (2012, p. 499) a asseverar que “não existe uma verdade absoluta ou incontestável que possa justificar uma limitação a liberdade de expressão do indivíduo”. A liberdade de expressão é controlada com sua ampliação, isto é, com o discurso livre, aberto e sem preconceitos.

A participação democrática no debate público, que cada vez mais é exigida do Estado que a assegure, não tolera o impedimento, a suspensão e a necessidade de autorização antecipada (licença) para a manifestação de pensamentos, ideias e opiniões. O estabelecimento de filtros na Internet para evitar eventuais lesões a direitos humanos implicaria na revogação da independência do ciberespaço, acarretando uma verdadeira pane no funcionamento da grande rede que se alimenta da interatividade e conectividade, corolários da liberdade de expressão.

Depreende-se que a liberdade de expressão e a sua interação com os direitos humanos vista nesta atual geografia humana desenhada pela mobilidade, acessibilidade, conectividade e construção colaborativa da coletividade, denominada de ciberespaço (LÈVY, 1999; CASTELLS, 2013) é o *locus* em que está emergindo um novo espírito coletivo, um novo *ethos* delineado pelas novas tecnológicas de comunicação da Internet (PÉREZ LUÑO, 2002).

4 CONCLUSÕES

A partir do estabelecimento do diálogo da liberdade de expressão e os demais direitos humanos, chega-se às seguintes conclusões: (i) a garantia da liberdade de expressão, à luz da teoria crítica, acarreta a libertação e desenvolvimento dos sujeitos, na medida em que estabelecem diálogos horizontais e emancipatórios; (ii) a liberdade de expressão não representa um direito superior e absoluto, do contrário, não se pode defender a tese de que tudo pode em nome da liberdade de expressão, logo, o seu exercício e extensão podem sofrer limitações; (iii) no processo de desenvolvimento dos direitos humanos, a liberdade de expressão acarreta o empoderamento dos sujeitos de direitos, pois estimula a livre circulação de ideias e a formação plural da opinião pública, fator condicionante da democracia e do exercício dos demais direitos humanos, e por fim, (v) o diálogo da liberdade de expressão com os demais direitos humanos deve ser entabulado a partir das diretrizes da teoria crítica dos direitos humanos, afastando-se dos ideais de universalismo, abstração, positividade e descontextualização, bandeiras da teoria tradicional, contribuindo assim para que os direitos já adquiridos sejam assegurados, bem como garantir aquisição de novos direitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

APARICI, Roberto. **Conectividade no ciberespaço**. In: APARICI, Roberto (coordenador). **Conectados no ciberespaço**. São Paulo: Paulinas, 2012.

BARBERO, J. M. **Desafíos Estratégicos: Sociedad De La Información y Derechos Humanos**. In: MONTIEL, A. V. (Org.). **Comunicación y derechos humanos**. Colección Alternativas, 2012.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos: paradoxos da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BORGES, R. C. B. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**: volume I. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARDON, Dominique. **A democracia internet**: promessas e limites. Trad. Nina Vincent e Tiago Coutinho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CRESWELL, J. W. **Projeto de pesquisa**: método qualitativo, quantitativo e misto. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 206.

CUNHA E CRUZ, M. A. R.; TIBURSKI, C.; MOREIRA, Q. C. C. **Direitos Humanos e Internet: liberdade de expressão, direito à honra e a responsabilidade civil do provedor de conteúdo no STF. In: 2 Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: Mídias e Direito da Sociedade em Rede, 2013**, Santa Maria-RS. Anais do 2 Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: GT 2 Mídia e liberdades. Santa Maria-RS: UFSM, 2013, v. 2. p. 265-279.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. **A liberdade de expressão e o direito à informação na jurisprudência do STF: comentário de três casos emblemáticos**. Revista de Direito das Comunicações, v. 1, p. 99-154, 2010.

DIMOULIS, Dimitri e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte. Fórum, 2012.

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

FARIAS. Edilson Pereira de **Liberdade de Expressão e Comunicação. Teoria e proteção constitucional**. São Paulo: RT, 2004.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. 9. reimpr. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2000.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Petrópolis: Vozes, 2001.

MEYER-PFLUG, S. R. **A liberdade de expressão na Constituição de 1988**. In: LUCCA, N. De; MEYER-PFLUG, S. R.; NEVES, M. B. B. (Coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 495-507.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. **Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado**. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1-23.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1979.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comité de Derechos Humanos. **Observación general N° 34**. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión. ONU. Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:JctThapJZwAJ:www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.GC.34_sp.doc+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **A associação obrigatória**

de jornalistas. Opinião Consultiva n° 5/85. Costa Rica, 13 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaración Conjunta sobre libertad de expresión en Internet del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinion y de Expresion y la Relatora Especial para la libertad de expresión de la CIDH.** (2012). Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=888&lID=2>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de expressão, privacidade e responsabilidade civil.** São Paulo: Altas, 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución.** 3ª ed. Madri: Tecnos, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Internet y los derechos humanos. **Derecho y conocimiento:** anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento, N.º. 2, p. 101-121, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 12. ed., rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RUBIO, D. S. **Desafíos contemporáneos del derecho: diversidad, complejidad y derechos humanos.** In: RUBIO, D. S. e FRUTOS, J. A. S. de. **Teoría crítica del Derecho: nuevos horizontes.** México: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2013.

SANTAELLA, Lucia. **A ecologia pluralista da comunicação: conectividade, mobilidade, equidade.** São Paulo: Paulus, 2010.

SANTOS, Boaventura de S. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social.** São Paulo: Boitempo, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática.** 4ª edição. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução Laura Teixeira Mota; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

THOMPSON, Marcelo. **Marco Civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na Internet do Brasil.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 261, p. 203-251, set./dez.2012.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. **The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet.** UN. New York, 2012. Res. A/HRC/20/L.13. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G12/147/10/PDF/G1214710.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

***A CULTURA DA IMPUNIDADE
NO CONTINENTE AFRICANO:
UMA ANÁLISE DE SUA
MANUTENÇÃO PATRIARCAL
SOB O VIÉS DOS CRIMES DE
ASSÉDIO SEXUAL***

Marcelle de Oliveira

Rhaíssa Pagot

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes - UNIT/AL,
pesquisadora ANET, bolsista PIBICUNIT/FAPEAL.
E-mail: joanemarcelle@hotmail.com

Doutoranda em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
mestra e bacharela em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa
Catarina. E-mail: rhaissapagot@gmail.com

INTRODUÇÃO

Os crimes de assédio sexual são, por vezes, considerados não tão importantes quando se trata de violência contra a mulher. A dificuldade em definir o que significa e quais as punições são o princípio para legislações ineficientes. Essa relevância diminuída em algumas culturas corrobora para a sensação de impunidade que envolve os perpetradores. Contudo, o determinismo cultural não revela as múltiplas facetas dessa temática. A atitude governamental e a religião do local onde tal tipo de crime permanece sendo minimizado também altera significativamente o comportamento dos atores envolvidos.

No continente africano, mais especificamente nos países ao Norte, encontra-se a fusão desses elementos que garantem a impunidade em crimes de assédio sexual. Para tanto, os estudos de caso apresentados neste estudo serão de dois países que se encontram nessa região: Egito e Marrocos. Nesse sentido, o objetivo geral é demonstrar a ligação existente entre a cultura da impunidade que impera no continente africano, incluindo estes Estados, e os crimes de assédio sexual por meio de uma análise feminista da influência do patriarcado em tal questão.

O presente artigo se justifica na medida em que a quantidade de crimes de assédio sexual cometidos contra mulheres no Egito e no Marrocos é demasiada alta. Além disso, aquelas que decidem denunciar o ocorrido ou ainda, divorciar-se de seus respectivos maridos quando o abuso ocorre por parte destes, encontram grandes dificuldades. Isso permanece ocorrendo tanto pela ausência de tipificação adequada do delito de assédio sexual no Código Penal local, quanto pela cultura patriarcal a qual restam submetidas, onde as mulheres são constantemente reduzidas a objetos.

Assim, no primeiro tópico serão apresentadas as bases teóricas e conceituais que auxiliarão na demonstração da existência de uma cultura patriarcal e suas possíveis consequências. Já o segundo tópico abordará as leis e políticas que criminalizam o assédio sexual no Egito e no Marrocos, relacionando-as com

os aspectos religiosos prevalentes nestes países. Por sua vez, o terceiro tópico explicitará a cultura da impunidade, bem como seu impacto direto na dificuldade de implementação de tais leis/políticas. Com essa estrutura será possível apontar algumas considerações finais, mesmo que preliminares, alcançando assim o objetivo deste estudo.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 FEMINISMOS E CULTURA

O movimento feminista, enquanto luta social, alinha-se especialmente com duas forças: igualdade e liberdade. Sob tal ponto de vista, as mulheres feministas, dentro de suas especificidades, buscam as frestas deixadas pelo rastro patriarcal, de forma a ocupá-las por inteiro, alinhando-nos as forças outrora mencionadas, naquilo que SmideleDosekun (2007, p.46, tradução livre) chamaria de “consciência política, o compromisso e a práxis para corrigir a desvantagem estrutural das mulheres nas sociedades patriarcais”. Nesta perspectiva, seriam as especificidades supracitadas, “as várias doutrinas e meios para este fim” ou, ainda, os feminismos.

Conforme vem demonstrando os estudos antropológicos, categorias absolutamente distintas como “masculinidade” e “feminilidade”, ao contrário do que se pensava nada tem de naturais ou universais, podendo estar desde completamente ausentes a estruturadas de formas muito diferentes, dados os contextos culturais nos quais se encontram. Em função disto é que “do ponto de vista intercultural, histórico e geracional, a teoria feminista contesta o determinismo biológico implícito nos construtos ocidentais da sexualidade e das diferenças de sexo” (LOURO, 2015, p. 133).

Exatamente em razão desta ausência de universalidade é que é preciso pensar o movimento sob um viés de pluralidades. As diversidades culturais, a forma como fora constituído o espaço geográfico, os tipos de governo, as orientações religiosas, os relacionamentos intrafamiliares, a obrigatoriedade do casamen-

to, as questões de raça e classe, são apenas algumas das vicissitudes capazes de determinar direcionamentos diametralmente opostos nas lutas travadas contra o estado patriarcal. Certamente as necessidades de uma mulher branca, dona de casa, de classe média e educada não são as mesmas daquela negra, pobre e sem educação, especialmente na África, onde a doença, a violência e o militarismo são determinantes nas condições das mulheres ali presentes. Ignorar tais peculiaridades seria incidir naquilo que Mohanty (1991) define como “processos de homogeneização”.

Sobre os referidos processos, a autora especifica que esse modo de definir as mulheres, principalmente em função do seu status (a forma como elas são afetadas ou não por certas instituições e sistemas), é o que caracteriza a modalidade particular de seus usos como categoria de análise, o que, por sua vez, configura mecanismo absolutamente reducionista, uma vez que há a tendência de congelar as mulheres em “objetos-que-se-defendem” e os homens em “sujeitos-que-perpetram-violência”, rejeitando, dessa forma, qualquer análise crítica e/ou minuciosa da violência masculina e, por conseguinte, restando ineficazes as estratégias de combate de opressão por ventura elaboradas (MOHANTY, 1991).

Situação que ilustra a necessidade de análises contextualizadas historicamente é o uso do véu na Revolução de 1979, quando as mulheres assim o fizeram como forma de declarar apoio as suas irmãs da classe trabalhadora, enquanto que no Irã contemporâneo tal utilização é imposta pelas leis islâmicas. Por todas essas questões reconhecemos a imprescindibilidade de Feminismos, no plural. Expoente importante de uma de suas variações seria o Feminismo Africano, assim idealizado por Dosekun (2007, p. 46, tradução livre):

[...] aquele que persegue a igualdade verdadeiramente substantiva entre homens e mulheres na África, onde a desigualdade de gênero atualmente reina. Se assim for, este feminismo não é apenas para as mulheres. Seu objetivo não é substituir homens por mulheres, nem sequer incluir mais mulheres nos mundos

masculinos. Seu objetivo é, antes, transformar as próprias estruturas de nossas sociedades que produzem e perpetuam desigualdades de gênero em primeiro lugar. As feministas podem procurar implementar esta transformação principalmente centrando-se nas situações das mulheres e as defendendo, mas isso não significa que é apenas sobre mulheres ou, de fato, apenas sobre mulheres e homens. Trata-se, antes, de reformular radicalmente e remodelar todas as relações de poder, caso em que se refere às relações humanas em geral.

Na medida em que às mulheres restam sempre submetidas ao domínio masculino, transitando tal submissão apenas entre o pai e marido, onde estes são a figura suprema em detrimento da mulher, subalternizada, certo é que se encontram inseridas em uma sociedade patriarcal, realidade manifestada no continente africano. Várias são as situações capazes de ratificar tal entendimento. Mona Eltahawy (2012) nos alerta quanto ao perigo da combinação tóxica de cultura e religião que, sob o pretexto da blasfêmia, segue perpetuando comportamentos absolutamente destrutivos, como é o caso do altíssimo índice (mais de 90%) das mulheres casadas no Egito que tem seus genitais cortados em nome da modéstia, ou do artigo em seu Código Penal que assegura ao marido, espancar a sua esposa “com boas intenções” a impossibilidade de danos punitivos.

Podemos listar ainda as circunstâncias em que se encontram as mulheres no Iêmen, onde “55% são analfabetas, 79% não participam da força de trabalho e apenas uma mulher serve em um parlamento composto por 31 pessoas” (ELTAHAWY, 2012, p.3). Apesar de serem os homens que não conseguem se controlar nas ruas, visto que o assédio sexual é endêmico no continente em questão, mesmo a opinião daqueles considerados “moderados” se dá no sentido da prática da circuncisão feminina para redução das tentações.

A parte os chamados “testes de virgindade” reservados as mulheres ativistas (quando não são mortas, espancadas e/ou agredidas sexualmente durante as manifestações), encontramos

ainda incidentes como o ocorrido na Arábia Saudita, em 2002, onde 15 meninas foram abandonadas em um incêndio de sua escola, após serem impedidas de sair do edifício em chamas pela “polícia da moralidade” por não estarem usando os lenços adequados (ELTAHAWY, 2012).

Além disso, também é sintomática a questão do casamento, conferindo ao esposo o controle de todos os aspectos da vida de sua mulher no seio conjugal. A junção deste fato com todas as lacunas legais encontradas nas legislações do continente africano viabiliza que a violência contra as mulheres seja “perpetrada por homens, silenciada pelo costume, institucionalizada em leis e sistemas estatais e passada de uma geração para a outra”, podendo ser entendida esta como “qualquer ato de agressão com abuso físico, sexual, emocional, econômico, dentro da família, estupro e agressão sexual, assédio sexual e tráfico de mulheres, violência involuntária, prostituição e certos tipos de pornografia” (CHOMIAK, 2002, p.55, tradução livre).

Segundo Chomiak (2002), ambos os instrumentos que regem as questões relacionadas ao abuso contra as mulheres, quais sejam, o Código Penal e o Moudawanna (Código de Situação Pessoal) “representam a expressão estatal do poder masculino”. Prova disso é a dificuldade absurda encontrada para a condenação de um esposo pela eventual violência causada dentro do ambiente conjugal ou ainda, a quase impossibilidade de êxito em um processo de divórcio iniciado por uma mulher nestes casos, posto que além de serem absolutamente restritas as possibilidades para tal processo, se a esposa não lograr êxito em comprovar o alegado, será enviada de volta para o convívio com o agressor, não podendo deixar o marido, sob pena de ser processada, presa e multada pelo delito de abandono de família.

Já no que tange especificamente ao assédio sexual, este é entendido como uma agressão não identificada, posto que mesmo sendo uma realidade muito presente, não é reconhecido pela lei. Considerado um tabu social absolutamente vergonhoso, as mulheres hesitam em realizar a sua denúncia. Nesta perspectiva, o feminino resta absolutamente fragilizado ante a uma estrutura

engendradora em costumes e religião patriarcais, posto que ainda que alguns direitos lhe sejam legalmente resguardados, o funcionamento prático de tais garantias esbarra em uma justiça, polícia e sociedade tradicionais.

2.2 A INFLUÊNCIA DO ISLÃ NAS LEIS EGÍPCIAS E MARROQUINAS

Tendo sido introduzido no Egito por Amribnal-As, bem como variado entre as escolas jurídica sunita pelo rito Maliki e a de IsmailiShi'a, a lei islâmica permanece ativa no país em questão. Dada a sua população composta por maioria absoluta de muçulmanos, o Islamismo segue como diretriz fundante não só do sistema religioso desta localidade, mas também de sua própria legislação, de forma que as questões legais são decididas conforme aplicação da Shari'a (KARIMUNDA, 2014).

Tida como a lei decorrente do Alcorão (livro sagrado) e da Sunna (livro que conta a vida e práticas do profeta), pode ser entendida a Shari'a como o princípio norteador a ser observado quando da prática legislativa da maioria dos países islâmicos. Dessa forma, importa observar que toda a legislação de localidades como o Egito e o Marrocos é constituída como base neste princípio, não podendo ser dele dissociado. Nestes países, ao contrário do encontrado no Ocidente, o direito pode ser tido como islâmico, no sentido em que não há qualquer cisão entre este e religião.

A maioria dos países Orientais possui, atualmente, tribunais considerados mistos, onde tem aplicabilidades sistemas tidos como duais, que demonstram exatamente a situação de imbricação a qual restam submetidas às legislações muçulmanas no que tange a relação com a religião islâmica. Neste sentido, uma sentença proferida com base na Shari'a poderá ser elaborada de forma a recorrer a três tipos de punições, o que dependerá da natureza da ofensa, são elas: hudud ou penas fixas, qisas ou retribuição e ta'zir ou punições discricionárias (KARIMUNDA, 2014).

As penas fixas ou hudud poderão ser impostas quando da

prática de sete crimes, a exemplo da apostasia, insurreição, **ofensas sexuais** e roubo, os quais são puníveis com a morte se praticados por um condenado a prisão perpétua. Considerando o fato de a pena de morte poder ser imposta discricionariamente, haja vista o fato de não estar expressamente prevista pelo Alcorão, tem-se esta, nos estados muçulmanos, como uma escolha política, exemplo disso é que no caso de pessoas casadas que cometem fornicação, estas costumam ser condenadas a morte por lapidação, enquanto que os solteiros serão, no máximo, açoitados e/ou exilados, podendo ser entendido como fornicação, neste caso, inclusive o exemplo de coabitação ilegal. O fato de a lei islâmica poder ser observada de forma um tanto limitada as questões de prova, enquanto que o Código Penal prevê a legislação substancial relacionada ao homicídio, no Egito, ratifica a natureza dualista do sistema criminal deste país, o que, por sua vez, corrobora a tese da importância de se observar a questão penal indissociada da religiosa (KARIMUNDA, 2014).

No que tange ao Marrocos, a aplicação prática da Shari'a apresenta algumas peculiaridades, posto que a forma como os crimes puníveis com suas penas foram corrigidos podem ser tidas como contraditórias ao disciplinado pelo Alcorão. Neste sentido, os homicídios eram punidos com a vingança, de forma que

Um parente do falecido deve tirar a vida do infrator. Se ele tiver sucesso, a justiça é considerada como tendo sido feita. Caso falhe, o ofensor deve ser exilado da área por um período de sete anos. Em seu retorno, ele pode optar por pagar o dinheiro do sangue ou coorganizar uma festa com seus parentes, para que eles convidem a família da vítima. A festa tem como objetivo reconciliar famílias e parar fezes de sangue entre elas (KARIMUNDA, 2014, p. 80, tradução livre).

Ainda segundo Karimunda (2014), essa natureza coletiva de resolução de conflitos é atribuída à legislação islâmica. Ocorre que a Shari'a não se baseia na responsabilização criminal coletiva, o que, por sua vez, restou por gerar certa confusão sobre o

que era ou não preceito islâmico. Questão interessante é a forma como se diferenciavam os criminosos ricos daqueles com pouco poder aquisitivo quando da execução da condenação. Se o condenado fosse abastado, este não precisaria andar nu pelas ruas da cidade em direção ao local da execução gritando os motivos de sua condenação, enquanto que aquele considerado pobre assim precisava o fazer. Tais práticas de constrangimento e humilhação é que eram estranhas a lei islâmica.

As técnicas utilizadas para a execução variavam entre crucificação, corte da garganta, perfuração do estômago com uma espada e estrangulamento, sendo a pena de morte comumente aplicada ao homicídio e à alta traição. Retrato das práticas supracitadas é o sistema misto atualmente encontrado no Marrocos. Tal sistema engloba “elementos da lei islâmica, direito consuetudinário, direito canônico e iniciativas pessoais”, (KARIMUNDA, 2014, p. 81, tradução livre) dado o fato da presença real do cristianismo na costa marroquina entre o período do Império Romano e 1578, além do amadurecimento da lei islâmica quando do início do século XVII.

Conforme demonstrado, a relação entre as legislações de países Orientais como o Egito e o Marrocos com a Shari’a, para além de simplesmente existente, é profunda e duradoura, tendo seus códigos, práticas e tribunais estreito vínculo com a lei islâmica, na medida em que tomam esta como princípio fundante de sua estrutura. A relação ora apontada possui como corolário imediato o efeito extremamente moralizador das condutas legais tipificadas nos institutos legislativos africanos, o que, por sua vez, é considerado um grande problema do ponto de vista feminista no que tange as questões referentes aos costumes, violações, direitos e deveres das mulheres nesses estados.

A Shari’a ou lei islâmica tem como livro sagrado o Alcorão e este, por sua vez, disciplina situações como a necessidade de circuncisão da mulher com o objetivo de evitar a tentação; a obrigação da companhia de um homem, seja ele o pai, marido ou filho para que esta possa deixar as dependências do lar; a permissão do pai para que possa se casar; a faculdade endereçada

somente aos homens de divorciar-se, caso desejem, ao contrário da absurda dificuldade imposta as mulheres para tanto; a possibilidade de espancamentos tidos como corretivos por parte de seus esposos; a reduzida valoração devida ao testemunho feminino quando comparado ao masculino, além da objetificação da mulher, quando as coloca como “campo lavrado” para seus maridos, devendo estes chegar a tais campos “como e quando” quiser (GARCIA, 2012).

Na medida em que tal livro é tomado como guia para dispositivos legais, ainda que indiretamente, toda a sua lógica misógina que alimenta o ideal de submissão feminina é também incutida na legislação a ser criada. Mesmo diante desta realidade gritante, o assédio sexual somente fora definido na lei de forma a ser diferenciado do estupro ou devassidão após o caso Nuha Rushdi x Sherif Gommaa, julgado em outubro de 2008, que serviu como marco para o tão tardio disciplinamento de tal questão. Mais tarde, novas leis que impunham sentenças com penas de até dez anos, multas e menção permanente do crime no registro do condenado foram aprovadas em função da luta do Centro Egípcio pelos Direitos da Mulher (AMAR, 2011).

2.3 O IMPACTO DA CULTURA DA IMPUNIDADE NAS LEIS/POLÍTICAS

Os casos apresentados do Egito e do Marrocos demonstram que há uma relação significativa entre a religião e a elaboração de leis e políticas. Mais do que isso, a interpretação realizada dos textos muçulmanos calcou a organização da sociedade em ambos os países e, portanto, definiu o espaço pertencente à mulher. Espaço este reduzido e bem específico: servir a vontade dos homens. Conforme Eltahawy (2012) elucidou, quando não estava submetida ao controle do pai, estava ao do marido. Nesse contexto, caso o assédio sexual fosse cometido contra ela, foi porque um desses dois homens falou na sua proteção.

Tal conjuntura apresenta o patriarcalismo envolto ao continente africano. Nesta combinação, de acordo com Chomiak (2002), a cultura da impunidade nada mais configura que mero corolário da objetificação destinada às mulheres, encontrada não só nas vias informais, mas também nas formais. Neste sentido tem-se o benefício legal que possibilita ao marido a ausência de danos punitivos caso o espancamento de sua esposa tenha se dado com boas intenções. Ainda sobre a certeza da existência da impunidade, a autora alerta para o fato de que as causas da violência doméstica, mesmo que muitas vezes realizada sob o abuso de substâncias, especialmente o álcool, encontram suas raízes na visão dos homens de seu status privilegiado em relação às mulheres e na certeza de que tanto o costume como a lei os protegem contra qualquer indignação de sua parceira.

Portanto, a mera existência das leis e políticas sensíveis ao gênero não garante o seu cumprimento. Ou, pelo menos, não significa que elas serão efetivas o tempo todo e para todas. Mulheres que se expõem mais e transcendem as barreiras do privado/doméstico, tendem a ter menos suporte da sociedade e terem menos acesso às leis. Para Amar (2011), pode-se lembrar, por exemplo, que o estado de segurança no Egito no período entre 2003 e 2006 intensificou e generalizou sua prática de direcionar publicamente e politicamente mulheres ativas. A política era persegui-las, sexualizá-las e torturá-las para impugnar sua respeitabilidade e minar seu *status* como sujeitos políticos ou como cidadãs, exceto onde atuaram em colaboração com organizações de moralidade e policiamento. Práticas estas que estariam transgredindo as leis apresentadas.

Um dos incontáveis problemas gerados pela alimentação legislativa do ideal religioso supracitado é o da banalização do assédio sexual, tão fortemente presente que o ECWR (Centro Egípcio pelos Direitos da Mulher, em tradução livre) lançou um estudo detalhado, de forma a descrevê-lo como um “problema semelhante ao do cancro” que infecta o organismo nacional e também como “nuvens no céu do Egito ofuscando a reputação da nação”. Tal estudo concluiu que 83% das mulheres egípcias e

98% por cento das mulheres estrangeiras já tiveram uma experiência de assédio sexual (AMAR, 2011).

Essas mulheres entraram para as estatísticas enquanto vítimas de assédio sexual, crime este geralmente suavizado ou ignorado. Divulgar os dados não é algo interessante para os governos egípcio e sudanês, uma vez que evidencia a dimensão do problema na sociedade. E quando ONGs apresentam que a maioria das mulheres desses dois países já foram assediadas sexualmente, fica evidente que as políticas existentes não são suficientes para eliminar o problema. Até porque a própria formulação delas já foi baseada nos ideais islâmicos de como uma mulher deve se comportar. Assim, caso a mulher não aja de acordo, não há problema nenhum para estas sociedades que ela sofra as consequências.

A impunidade, dessa forma, está intrinsecamente associada ao comportamento feminino. Aos homens não compete serem julgados por suas ações. E quando o são é apenas para servirem de exemplo para os demais em caso de constante e significativa pressão internacional. Ressalta-se que não há uma maneira eficiente de o governo cumprir leis as quais ele mesmo costuma ignorar, como no caso da Primavera Árabe no Egito e do combate ao movimento separatista sul sudanês no Sudão. A cultura da impunidade, portanto, permeia o aparato estatal.

CONCLUSÕES

Considerando o altíssimo índice (83%) de mulheres que dizem já ter sofrido algum tipo de assédio sexual no Egito, buscou-se compreender através do presente trabalho, valendo-se do Feminismo como marco teórico, quais as possíveis razões para tal fenômeno, além de realizar análise mais aprofundada sobre o funcionamento do instituto da impunidade ora instaurada em determinados países do continente africano.

Várias são as situações que apontam para a necessidade da existência do movimento feminista enquanto luta política especialmente nestes países: desde a imprescindibilidade da permissão do pai para que possa se casar ou da companhia de um

homem, seja seu ascendente, descende ou marido para sair do ambiente de casa até a possibilidade de espancamentos corretivos por parte de seu esposo, a mulher resta subsumida a presença do masculino.

Neste contexto, a questão da religiosidade islâmica imposta através da Shari'a é de grande relevância no que tange a manutenção dos estados patriarcais constituídos no Egito e Marrocos, países objetos do presente estudo. Uma vez que tais regiões são povoadas em sua maioria por muçulmanos, a adoção do Islamismo não só como religião oficial, mas além, como fonte primária norteadora de suas legislações, implica em uma combinação tóxica, especialmente para as mulheres. Alimentado pela combinação supracitada, o patriarcalismo segue constante na vida das mulheres orientais, de forma que a cultura da impunidade resta como corolário imediato desta, conforme ilustra o já citado permissivo legal que autoriza o espancamento corretivo de uma mulher por seu marido.

Assim, tem-se uma realidade onde as políticas de segurança pública e legislações são pensadas a luz da tóxica combinação entre cultura e religião misóginas e como consequência lógica da objetificação a qual as mulheres são submetidas, a existência da referida cultura da impunidade.

REFERÊNCIAS

AMAR, Paul. Turning the gendered politics of the security state inside out? Charging the police with sexual harassment in Egypt. **International Feminist Journal of Politics**, v. 13, n. 3, p. 299-328, 2011.

CHOMIAK, Laryssa. Civil society in transition: the experiences of centers for abused women in Morocco. **The Journal of North African Studies**, v. 7, n. 4, p. 55-82, 2002.

DOSEKUN, Simidele. Defending Feminism in Africa. **Postamble**, v. 3, n. 1, p. 41-47, 2007.

ELTAHAWY, Mona. Why do they hate us? **Foreign Policy**, v. 193, p. 1-9, 2012.

GARCIA, Muhammad. **Aspectos da vida matrimonial no Islam**. Islamic International Publishing House, 2012.

KARIMUNDA, Aimé Muyoboke. **The death penalty in Africa**. Ashgate Publishing Limited, 2014.

LOURO, Guacira Lopes (Org.). **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. 3 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

MOHANTY, Chandra Talpade. Under Western eyes: feminist scholarship and colonial discourse. In: MOHANTY, Chandra Talpade; RUSSO, Ann; TORRES, Lourdes (Ed.). **Third World women and the politics of feminism**. Bloomington: Indiana University Press, 1991, p. 51-80.

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL,
POLÍTICAS PÚBLICAS E
INSTRUMENTOS DE
INTERVENÇÃO DO ESTADO**

Parte IV

**Coletânea de Artigos
Direito e Interdisciplinaridade
Vol. I.**

***A EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL DE IGUALDADE
DE GÊNERO NO MERCADO DE
TRABALHO: O GENDER GAP***

Fernanda Maria Agra de Oliveira Cosme

1 INTRODUÇÃO

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 explicitamente prevê o princípio da igualdade: “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 [...]”. Prevê, assim, uma infinidade de possibilidades em um simples artigo. Possibilidades, estas, de isonomia para qualquer cidadão gozar, impondo limites para o legislador, jurista ou intérprete e sua atuação para com a lei.

Logo em seu primeiro inciso, o 5º artigo da Constituição trata sobre a igualdade de gênero: “I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. A perspectiva trabalhista da mulher começa então a surgir positivamente, sabendo que efetivando e constitucionalizando algo assim, é possível então viabilizar uma evolução social, cultural e econômica.

O Brasil, sendo Estado-membro da Organização das Nações Unidas, adotou os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis (ODS) em 2015, devendo cumpri-los até 2030. O objetivo número 5 é justamente alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas. Para isto ser possível, é necessário valorizar o trabalho e o posicionamento da mulher no mercado de trabalho. No desenvolvimento do presente artigo, será possível visualizar a importância do gênero na macroeconomia mundial e o papel do Estado neste empoderamento. Políticas públicas neutras em relação a gênero não são neutras e a importância de discutir o princípio da igualdade de frente ao princípio da dignidade humana e serão trabalhadas.

A igualdade salarial é aqui o grande objetivo do trabalho, mas para este ser alcançado, é necessária uma grande discussão sobre cultura histórica, economia e direito. É um desejo completamente alcançável, ao analisar as últimas duas décadas, o desenvolvimento feminino foi possível de obter, por exemplo, 30% das cadeiras nos parlamentos nacionais em pelo menos uma câmara em 46 países diferentes.

A eliminação completa da discriminação contra as mulheres ainda não foi possível em nenhum país do mundo, apesar de existirem projetos sociais e políticas públicas fortes em diversos países para a reconstrução de uma infraestrutura social benéfica para as mulheres no mercado de trabalho, como por exemplo o Canadá, William Francis Morneau, o ministro de finanças e o Instituto Toronto Centre, que ativamente dá um suporte isonômico para a liderança feminina no mercado de trabalho, oferecendo mais, melhores e mais inclusivos empregos e oportunidades. E como poucos sabem, Ruanda é o país primeiro lugar em igualdade de gênero fora da Europa. Fica em 5º lugar no ranking, atrás de 4 países europeus, considerados “de primeiro mundo”. É destaque por contar com 64% de suas cadeiras no parlamento ocupadas por mulheres e uma recuperação econômica e social em pouco mais de 20 anos após um genocídio que ocorreu no país.

Ainda assim, em 2016, a disparidade de gênero, o *Gender Gap*, no mercado trabalhista, atingiu um dos seus piores índices desde 2008 (pesquisa do World Economic Forum, a *Global Gender Gap Report*.) Informações assim são úteis para se ter a certeza de que políticas públicas neutras não são neutras e não empoderam. O estudo deste trabalho para a comunidade jurídica é uma discussão atual, verdadeira e necessária, sabendo que uma ressignificação do que é isonomia é necessária.

Ao tratar de objetivos, com o presente artigo possui-se o objetivo geral de discutir como se dá a efetivação do direito fundamental e humano na sociedade contemporânea brasileira, que garante a isonomia entre homens e mulheres em letra constitucional. Os objetivos específicos já vêm a ser uma apresentação de dados sobre a problemática, uma comparação entre países na temática da atualidade, observar as necessidades femininas para serem providas, buscando entender e explicar o verdadeiro conceito de igualdade de gênero.

Serão utilizadas as mais simples formas de pesquisas, como a bibliográfica, por exemplo, com dados obtidos em diversas revistas, jornais e matérias jornalísticas de abrangência mundial, como *El País*, *Le Monde*, *Exame*, em artigos publicados

por grandes referenciais da economia mundial, como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional e dados obtidos por estes, seus parceiros e institutos de pesquisa geográfica-social, como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e a empírica, sabendo-se que ao escolher o tema, já existia uma prévia participação de fóruns e eventos de sociedade civil que discutiam sobre o *gender gap*.

Perceber o potencial econômico e trabalhista das mulheres é necessário para o desenvolvimento interno de um país; ao investir em mulheres, se investe em saúde, educação, em políticas públicas e em treinamentos para o trabalho informal. É necessário investir cada vez mais, para que o *Gender Gap*, frase comumente utilizada na economia para se referir a diferença salarial entre homens e mulheres, não exista mais e o machismo seja apenas uma lembrança sórdida do passado.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O QUE É O ARTIGO 5º: A IGUALDADE DE GÊNERO

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, há um preâmbulo que afirma a seriedade do documento:

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

O texto introdutório da constituição mesmo que não com valoração fundamental, deixa-nos cientes da veracidade do documento, tanto em ordem interna como externa, garantindo o direito à igual-

dade e a uma sociedade pluralista e sem preconceitos. Com força normativa obrigatória para garantir este preceito de igualdade, existe o artigo 5º, proferindo que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Igualdade entre gêneros vem a ser exposta em seu primeiro inciso, onde assegura que homens e mulheres possuem idênticos direitos e deveres, sendo iguais aos olhos da lei.

Todo o sistema pós-constituição de 1988 veio a ser edificado num prisma onde o princípio da igualdade é resguardado a todos quase que como o princípio mais importante para uma convivência plena e constitucional entre os humanos no que tange à sociedade. Tendo em vista que não se pode colocar este princípio como o único que funciona para o andamento social, existem outros que pesam em seu favor e desfavor, como o princípio da supremacia do interesse público.

Em questão a igualdade de gênero é uma luta histórica e cultural que acontece no mundo inteiro, desde os países com mais equidade, como Noruega e Islândia até países onde mulheres não possuem autorização nem para dirigir carros. Em luta, existe um movimento sócio-político e ideológico que defende fielmente, independente de vertente, a igualdade entre os homens e as mulheres.

O feminismo é descrito pela ativista e escritora nigeriana Chimamanda Ngozi Adichie, como o movimento de “pessoas que acreditam na igualdade social, político e econômica entre os sexos”. Diversas opiniões podem surgir sobre o assunto, mas o feminismo é necessário. A igualdade entre gêneros é necessária. Em âmbitos mais diversos, inclusive na política, como ocorre em Ruanda, no continente Africano, que é o país que possui o Congresso com maior igualdade de gênero do mundo, com um total de 64%¹ de cadeiras do parlamento ocupadas por mulheres, o feminismo acontece, de maneira lenta, sutil e aparente. Em Ruanda, 49 das 80 cadeiras do parlamento são ocupadas por mulheres; a representação no Congresso respeita assim, a população do país, que se divide em para cada homem, existe 1,09 mulher.

O Brasil aparece em 79º no ranking de pontuação do último relatório do Fórum Econômico Mundial (FEM), sendo mulheres no mercado de trabalho a ser menor que 70%. O problema é global e poucos são os países que conseguem dividir bem a participação da

1 Fórum Econômico Mundial (FEM).

mulher e a porcentagem feminina na população de maneira proporcional e equitativa.

Cada um destes aspectos se cruza e se interfere, cabendo, não só para um, mas para todos, o trabalho de investimento em políticas que possam dividir categorias políticas e características sociais da sociedade de maneira em que se equilibrem com a população. A sociedade civil empurra e sustenta as demandas necessárias para o Estado se comprometer com isto.

2.2 O QUE É O GENDER GAP

As regras econômicas e decisões feitas sob toda uma economia a nível nacional e internacional são chamadas de políticas macroeconômicas. Isso inclui políticas fiscais, gestão de inflação, políticas monetárias e tudo que afeta direta ou indiretamente os status econômicos e rendas dos homens e mulheres do país em estudo.

Em procurar entender mais sobre o que determina quem e quanto pagar e receber, percebe-se que existe um tipo de discriminação de gênero específico com relação ao salário que se recebe por exercer o mesmo tipo de trabalho. Existem diversas maneiras de lesar as mulheres em relação aos homens, muitas vezes em relação ao próprio trabalho que se exerce. Acreditam muitas vezes que contratar mulher pode ser prejudicial pois engravidam e a CLT² prevê algumas restrições para as mulheres durante este período; acreditam que, biologicamente, mulheres não possuem capacidade para exercerem algumas funções; o machismo que a sociedade nos empurra todos os dias, garganta abaixo, faz sempre mulheres pensarem que continuam sendo menores do que os homens e todas as oportunidades, que por lei deveriam ser as mesmas, serem diferentes.

Acontece, que, o estudo toma como ponto de partida uma discriminação de gênero em específico: o chamado *Gender Gap*, que é justamente o fato de homens, no mundo inteiro, ao exercerem o mesmo cargo que mulheres, são remunerados a mais, pelo simples fato de serem homens.

2 Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-lei nº 5.452 de 1 de maio de 1943.

2.2.1 A lacuna salarial no mundo

O Fórum Econômico Mundial é o órgão responsável por fazer os estudos sobre a disparidade salarial no mundo desde 2006. Utiliza uma pontuação para países de 0.0 até 1.0, sendo este a pontuação dada ao país que mais possua igualdade de gênero nos aspectos de participação econômica e oportunidades, acesso à educação, empoderamento político e saúde e longevidade, com a utilização de diversas variáveis.

Para calcular o aspecto de participação econômica e oportunidades é utilizado a diferença entre participações femininas e masculinas, a disparidade salarial entre homens e mulheres e o paralelo de ascendência profissional entre gêneros.

O índice mais levado em consideração no estudo, sem dúvidas, é a igualdade salarial. Igualdade, que, até o último relatório emitido pelo FEM, o de 2016, não existe. O país que mais chega perto desta pontuação máxima é a Islândia, sendo seu *gender gap index* de 0.881. O vão de inequidade de gênero, por menor que seja apresentado, ainda existe. Noruega, Finlândia, Suécia e Ruanda são os países que dão continuidade a lista, o que surpreende, pois é de pouco se esperar que um país africano se inclua na lista dos países aspirantes a perfeitos no que diz respeito ao fim da supremacia masculina. São medidas as lacunas baseadas em gênero no acesso a recursos e oportunidades em países e não nos níveis reais dos recursos e oportunidades disponíveis nesses países. Não necessariamente países bem desenvolvidos em outros aspectos sejam bem desenvolvidos na igualdade de gênero.

O estudo feito pelo Fórum coloca em questão a busca por essa perfeição que se almeja e foi perceptível que o mundo anda a passos de tartaruga para atingir isto. Calcula-se que levariam 118 anos para que todas as mulheres do mundo estivessem niveladas nos aspectos mais importantes com os homens. O fundador do FEM, Klaus Schwab, entende que a igualdade de gênero é necessária e argumenta:

O aumento dos níveis de automação introduzidos pela Quarta Revolução Industrial provavelmente afetará não só a eco-

nomia, mas também a humanidade. Neste contexto, precisamos criar um mundo onde as contribuições e os ideais das mulheres sejam tão valorizados quanto os dos homens. A paridade de gênero em nosso pensamento e ações será fundamental para ajudar a garantir que o futuro seja servido pela humanidade e não seja ameaçado por ela.

Por isto, a discussão é importante. A população mundial é quase que dividida meio a meio entre homens e mulheres, então é, no mínimo, errado, as oportunidades serem tão diferentes apenas pelo fator biológico.

2.2.2 A disparidade salarial e de oportunidades de trabalho entre gêneros no Brasil

A pontuação brasileira no relatório é apresentada de forma bem realista para a o que se vive. Um relatório do Pnad/IBGE (DUTRA, 2017) confirma que, no Brasil, mulheres recebem 73,7% do que os homens ganham por exercer a mesma função ou mesmo cargo. Isto significa que a cada R\$100 que um homem recebe, uma mulher recebe apenas R\$73,70. O rendimento de mulheres é, além de menor quando entra, maior quando sai do bolso da brasileira. É conhecido também que existe uma cultura de “taxa rosa” para os produtos femininos, em geral os de higiene, como desodorantes e lâminas de depilação, serem mais caros por serem direcionados ao público feminino, o que comprova que mulheres possuem sempre um maior gasto que homens.

O estudo do IBGE indica que mulheres, além de receberem menos, monetariamente, também possuem menos oportunidades de empregos e ascensão, estando quase que em dobro numérico para a quantidade de homens que está sem rendimento.

Similar ao cálculo do *gender gap*, a ONU utiliza de uma ferramenta diferente para calcular as disparidades salariais: o Índice de Gini mede a concentração de renda e compara os 20% mais pobres com os 20% mais ricos. O coeficiente aponta o Brasil

como o 10º país mais desigual do mundo. O percentual de desigualdade brasileiro é de 37%, acima da média da América Latina.

No Brasil, a mulher é mais instruída que o homem. Possui maior expectativa de vida e maior grau de instrução, mas ainda assim recebe menos que ele. Neste aspecto, o Brasil se equipara com países de religião conservadora, que proíbem mulheres até de dirigirem carros ou conversarem com outras pessoas sem a presença de seus maridos por perto, como Líbano e Arábia Saudita.

A média de representatividade de mulheres no Congresso no mundo é de 22,5%, um número extremamente baixo, ao considerar a população mundial, mas no nosso país este número consegue ficar menor: mulheres ocupam somente 10,8% dos assentos.

Pensa que não é necessária uma maior ocupação feminina em todos estes aspectos da vida? O resultado é o que vivemos. Inequidade presente até nos locais que aparentam mais prósperos. A igualdade de gênero merece atenção em todos os locais, pois cada um deles reflete nos outros.

2.3 O QUE FAZER PARA INCLUSÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO E EFETIVAR O DIREITO: REDIRECIONAMENTO DOS PAPEIS MASCULINO E FEMININO NA SOCIEDADE

Dupla jornada é um termo comumente utilizado para classificar mulheres que trabalham e possuem trabalho doméstico não-remunerado. No Brasil, a dupla jornada é uma realidade triste, ao ver que mulheres trabalham 7,5 horas³ a mais que os homens por semana. Cabe mencionar que isto é fruto do machismo e do patriarcado que ainda reluz na sociedade contemporânea, tendo em vista

3 De acordo com a pesquisa Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

que muitas vezes a mulher, mesmo quando se insere no mercado de trabalho, acaba se sentindo pressionada pelo homem a permanecer no trabalho doméstico.

O papel da mulher na sociedade continua sendo o de “bela, recatada e do lar”, ao ver que nem quando uma mulher alcança o cargo mais alto, politicamente falando, como o da presidência, o jornalismo acerca disto, em geral, não trata de seu profissionalismo, jeito de governar ou escolhas de trabalho, mas sim de interesse em sua família, o fato de estar (ou não) casada, produzindo um entretenimento barato às custas de uma mulher que se nega a seguir os padrões.

Desde o início das conquistas femininas no mercado de trabalho, a mulher foi altamente explorada, trabalhando de 14 a 18 horas por dia, com remunerações que mal davam para serem consideradas salários e toda a justificativa caía no dever do homem de sustentar sua família e não o contrário (PROBST, 2003, p. 2).

O direito fundamental da igualdade e princípio da isonomia é tido em duas visões na legislação brasileira. A isonomia formal, que já foi tratada no presente trabalho, que é o que garante a todas as pessoas, independente de cor, sexo, credo ou qualquer outro aspecto que nos difere como seres humanos, serem iguais perante a lei. Já a isonomia material é a que prevê a todas as pessoas um tratamento igualitário (ou desigual, dependendo da situação) a todos; trata-se iguais aqueles que são iguais e desiguais aqueles que são desiguais. Nisto se baseia toda a ânsia de criar políticas públicas que favorecem pessoas oprimidas, como cotas raciais.

Logicamente, quando o oprimido começa a ganhar os mesmos direitos do opressor, pode haver uma pequena turbulência no sistema que tanto estamos acostumados, um certo desconforto para o opressor, mas isto nada mais é do que a plena justiça tomando forma.

Há controvérsias sobre a existência de colisão entre direitos fundamentais, mas o próprio princípio da isonomia garante, sob as circunstâncias, os devidos tratamentos e garantias específicas para cada tipo de desigualdade. O princípio da dignidade humana também é levado em conta, para serem tratados igualmente. Ao melhor exemplo possível, existe o afastamento da mulher que acabou de ter um filho, a conhecida licença-materni-

dade, garantia da CLT para as mães que trabalham. Para a fundamentação deste afastamento de entre 120 e 180 dias, enquanto homens recebem entre 5 a 20 dias, dependendo da situação, utiliza-se o princípio da dignidade humana, já que não é favorável que mulheres tenham que enfrentar a jornada dupla logo após o parto, visto que uma gravidez pesa muito mais para a mulher do que para o homem, em questões simplesmente médicas, sem levar em questão os aspectos sociais.

É de extrema importância para o homem saber que não é mais seu dever sustentar uma família e que a mulher não lhe é mais submissa. Resignar estes papéis na sociedade é um desafio tomado por diversos grupos sociais para a evolução da população que vem sendo cumprido, apesar de aos poucos.

3 CONCLUSÕES

Sabe-se, diante do exposto, que, mulheres possuem seu lugar no mercado de trabalho, mas ainda assim não conseguem efetivar o direito de igualdade com políticas públicas de gênero nos mais diversos pontos de interesse. Por exemplo, seria interessante que existisse algo que garantisse uma maior participação feminina no Congresso Brasileiro, visto que mulheres ocupam apenas 45 cadeiras, número que chega a ser constrangedor, número menor que nossos vizinhos da América Latina e menos até que os de países extremistas e conservadores do Oriente Médio. Em 20 anos, desde a criação da Lei 9.504/1997, o Brasil subiu a participação de mulheres no Legislativo de 7% a 9%, um total vergonhoso de 2%.

A redação da lei foi alterada em 2009 para apreciar mais logicamente os números proporcionais à população: “§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”⁴. Isto, logicamente, não foi efetivado. Não se consegue por em prática algo que já foi reconhecido como falha no sistema.

⁴ Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009.

Mulheres ganham, ao menos, 30% que homens e gastam mais, sem reforçar estereótipos, por manobras esquisitas do capitalismo. O estudo aqui não se baseia em exceções, onde existem mulheres que são CEOs de grandes empresas ou bancos, como Christine Lagarde, diretora-gerente do Fundo Monetário Internacional, a primeira a ocupar o cargo, inclusive, mas sim na realidade, nua e crua, onde mulheres continuam a sofrer os efeitos do passado e continuam a lutar para obterem a efetivação concreta de seus direitos que lhe são garantidos no Brasil há quase 30 anos.

REFERÊNCIAS

BORGES, Nathalia. **A evolução recente da mulher no mercado de trabalho brasileiro**: perspectiva social e econômica. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso superior de Economia) – UNICAMP, 2009.

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Lei nº 3.071 de 1º de Janeiro de 1916.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)**. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

BRASIL. **Mundo Perfil População 2014**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/mulheres-sao-maioria-da-populacao-e-ocupam-mais-espaco-no-mercado-de-trabalho>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

BROCKES, Emma. Chimamanda Ngozi-Adichie: Stop telling me feminism is hot. **The Guardian**, 4 mar.2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/books/2017/mar/04/chimamanda-ngozi-adichie-stop-telling-me-feminism-hot>>. Acesso em: 9ago. 2017.

5 Chefe executivo de Ofício, diretor executivo e topo hierárquico de uma empresa.

DUTRA, Eliana. Os desafios das mulheres no mercado de trabalho. **EXAME**. 18 abr. 2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/carreira/os-desafios-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho/>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

HAINNES, Gavin. Mapped: The best (and worst) countries for gender equality. **The Telegraph**, Travel Writer, 4 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/travel/maps-and-graphics/mapped-the-best-and-worst-countries-for-gender-equality/>>. Acesso em: 07/08/2017.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Diretoria de Pesquisa, Coordenação de Trabalho e Rendimento, **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**, 2015.

KLEIN, Cristian; GUIMARÃES, Ligia. Mulheres recebem 74,5% do que ganham os homens. **G1**, Valor Econômico, Rios e São Paulo, 13 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4315176/ibgepnad-mulheres-recebem-745-do-que-ganham-os-homens>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

LUZ, Gabriela de Almeida Ribeiro. A evolução da mulher no mercado de trabalho. **Brasil Escola**. Disponível em: <http://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/a-evolucao-mulher-no-mercado-trabalho.htm#capitulo_3.3>. Acesso em: 10 ago. 2017.

PIRES, Breiller. Brasil despenca 19 posições em ranking de desigualdade social da ONU. **El País**. São Paulo, 21 mar. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490112229_963711.html>. Acesso em: 9 ago. 2017.

PROBST, Elisiane Renata. **A Evolução da mulher no mercado de trabalho**. 2013. Disponível em: <<http://www.posuniasselvi.com.br/artigos/rev02-05.pdf>>. Acesso em: 13 de agosto de 2017.

TAIAR, Estevão. Com jornada dupla, mulheres trabalham 7h mais que homens na semana. **G1**: Valor Econômicos, 6 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4889616/com-jornada-dupla-mulheres-trabalham-7h-mais-que-homens-na-semana>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

THE GLOBAL GENDER GAP REPORT 2016. **World Economic Forum**, 2016. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/GGGR16/WEF_Global_Gender_Gap_Report_2016.pdf> Acesso em: 8 ago. 2017.

THE INCLUSIVE GROWTH AND DEVELOPMENT REPORT 2017. **World Economic Forum**, January 2017. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_Forum_IncGrwth_2017.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2017.

***DIREITO AO
DESENVOLVIMENTO:
A FRATERNIDADE COMO
VETOR DA SUSTENTABILIDADE***

Renata Mendonça Morais Barbosa

Luíz Ricardo Santana de Araújo Júnior

Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes – UNIT/SE; Pós-graduada em Advocacia Trabalhista pela Universidade Anhaguera – UNIDERP/MS; Bacharel em Direito formada pela Universidade Tiradentes no ano de 2009; Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SE (Coord. Políticas Sociais); Professora Assistente I da Universidade Tiradentes (Curso de Direito e Curso de Administração); Advogada.

Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes – UNIT/SE; Assessor do Ministério Público Federal – MPF/SE; Professor Assistente I da Universidade Tiradentes (Curso de Direito).

1 INTRODUÇÃO

Quando se fala em direito ao desenvolvimento é difícil deixar de vinculá-lo à ideia de crescimento econômico. Porém, na sociedade pós-moderna tal conceito é limitado, não atendendo aos anseios sociais. De modo geral, utiliza-se a variável crescimento econômico no cotidiano político-social como representação de desenvolvimento e progresso social, tornando-se objetivo maior dos países a busca por tal crescimento, que vem a direcionar as suas diretrizes econômicas. Questiona-se, no entanto, como a riqueza gerada sob essas balizas é utilizada em prol da humanidade?

O crescimento econômico desordenado pode provocar diversos problemas para a coletividade, como o desmatamento de florestas, a exaustão de reservas minerais, a extinção de certas espécies de animais, o esgotamento das fontes de água potável, poluição dos mananciais e do ar atmosférico, interferindo no próprio clima e no regime de chuvas etc. Tais impactos afetam diretamente a saúde da população de forma geral, sem distinção entre quem gera o dano e quem o sofre. Além de gerar discrepâncias irremediáveis na distribuição de renda e na percepção dos frutos do crescimento.

Hoje é impossível tratar de uma proposta de desenvolvimento, tanto em âmbito nacional quanto em mundial, sem estabelecer padrões restritivos no que diz respeito ao meio ambiente e às diretrizes sociais. Em outras palavras, desenvolvimento não pode mais ser concebido em seu aspecto exclusivamente econômico, cabendo-lhe abranger diretrizes sociais e ecológicas mínimas.

Contudo, o problema para o desenvolvimento humano integral, que abandonou a concepção unicamente economicista, está na falta de efetividade, quer por falta de interesse político, quer por insuficiente iniciativa da sociedade civil.

Assim, após uma breve abordagem acerca do desenvolvimento e do seu processo de desvinculação da economia e uma análise da previsão constitucional brasileira, propõe-se a Fraternidade como vetor de aplicação do desenvolvimento. Sob uma perspectiva que é dever de todos resguardar um ambiente equilibrado, de maneira fraterna e solidária.

No que toca à metodologia empregada, utilizaram-se as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, consistentes na revisão da literatura especializada nacional e internacional, e na averiguação de alguns dispositivos normativos que abordam o objeto deste trabalho, respectivamente. Valeu-se do método dedutivo, a fim de chegar a conclusões gerais sobre o tema.

Apoiada em pesquisa doutrinária e legislativa – nacional e estrangeira e valendo-se da revisão de literatura buscou-se obter uma visão abrangente acerca do tema apresentado e o valor de sua regulamentação, com intuito de fazer um levantamento aprofundado. Com tal fonte, pretende-se também conhecer os diferentes posicionamentos existentes, utilizando-se ainda a compilação para trazer um panorama atual dos doutrinadores estudados.

2 O CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO E A DISSOCIAÇÃO DA VERTENTE UNICAMENTE ECONÔMICA

O conceito de desenvolvimento não é unívoco. Definir tal termo, desde tempos mais antigos, é dificuldade, que acaba por gerar conceituação vasta. Robério Nunes (2013, p. 18) chama a atenção para o fato de que a dificuldade de se estabelecer um conceito único para o desenvolvimento foi reconhecida, no final da década de 1970, pelo Secretário-Geral das Nações Unidas.

A grande dificuldade de conceituação acontece pelo fato do desenvolvimento e sua definição estarem atrelados a aspectos políticos, sociológicos e culturais, de forma que o estabelecimento de conceitos se dá, sempre, de forma não exaustiva (ANJOS FILHO, 2013, p. 18).

Ainda assim, é inegável que o desenvolvimento possui raízes nas ciências econômicas, a ponto da teoria econômica ter gerado um novo ramo: o desenvolvimento econômico (ANJOS FILHO, 2013, p. 20). Não é por outro motivo, portanto, que durante muito tempo, e ainda hoje, o conceito de desenvolvimento esteve intrinsecamente atrelado ao conceito de crescimento econômico, che-

gando ao ponto de alguns economistas keynesianos apontarem o desenvolvimento como equivalente ao crescimento econômico.

Essa visão puramente economicista, entretanto, não era unânime, nem mesmo dentro do campo da teoria econômica. Os economistas críticos, onde se inserem os marxistas, afirmam que o “crescimento corresponde a um dado objetivo de aumento dos indicadores de riqueza que aferem quantitativamente o produto econômico”, entendendo o desenvolvimento como algo vinculado “a melhoria qualitativa das condições de vida da população, pela transformação da economia” (ANJOS FILHO, 2013, p. 20).

Percebe-se, portanto, que o entendimento acerca do desenvolvimento passou por mudanças significativas até que se chegasse num conceito integrado de desenvolvimento que “depende não só do crescimento da economia, mas também, concomitantemente dos demais setores da sociedade” (ANJOS FILHO, 2013, p. 21).

Eros Grau (1981, p. 7-8) já pontuava que o crescimento econômico era apenas uma vertente do desenvolvimento, sua vertente quantitativa, não podendo ser com ele confundido já que desenvolvimento requer mudança, também, qualitativa com a elevação dos níveis socioeconômicos, intelectuais e culturais da sociedade.

Consegue-se observar, nesse sentido, a migração do conceito de desenvolvimento de caráter eminentemente econômico, para um conceito complexo, que engloba outros aspectos, mormente o social e o ecológico.

O debate levado a cabo pela comunidade internacional, quando da realização da Conferência de Estocolmo de 1972, colocou em evidência a necessidade de se discutir o desenvolvimento sem dissociá-lo da noção de sustentabilidade, o que tempos depois se convencionou como desenvolvimento sustentável, a representar o incremento do conceito de desenvolvimento, aportando-lhe o caráter ambiental, outrora inexistente (ANJOS FILHO, 2013, p. 29).

Nessa esteira, o Relatório Brundtland é importante instrumento para a difusão da ideia de desenvolvimento sustentável, como sendo aquele capaz de prover as necessidades das gerações presentes, sem comprometer as possibilidades das futuras.

É, ainda, de responsabilidade do aludido relatório a noção de que a desigualdade e a pobreza são vetores responsáveis por grande parte dos danos causados ao meio ambiente, de forma que não se pode falar em desenvolvimento sustentável sem a resolução daquelas demandas (BRUNDTLAND, 1987).

Robério Nunes (2013, p. 38-39) atribui à repercussão causada pelo Relatório Brundtland a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento de 1992, conhecida como RIO-92, que por sua vez originou vários documentos com o desenvolvimento sustentável como diretriz necessária a ser adotada por todos os países.

Em 1995, foi a vez da questão social ingressar de vez no cenário do desenvolvimento. A Declaração de Copenhague sobre o desenvolvimento social foi de suma importância para a introdução da questão social no âmbito do desenvolvimento, que já contava com os aspectos econômicos e ecológicos mais definidos (ANJOS FILHO, 2013, p. 43).

É relevante observar, que antes da inclusão da questão ecológica e da preocupação com indicadores sociais no conceito do desenvolvimento, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento de 1986 já enunciava o desenvolvimento como direito inalienável que possui o sujeito como titular, cabendo aos Estados a adoção de medidas para a promoção progressiva do desenvolvimento.

Nesse contexto é que fatores outros como a saúde, a educação, a renda e a participação política, passaram a ser utilizados como medidores do desenvolvimento e embora o conceito de desenvolvimento venha se aprimorando a cada nova ação do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, não deixou de utilizar aqueles fatores, nem a base filosófica apresentada e defendida por Amartya Sen (ANJOS FILHO, 2013, p. 67).

Assim, o processo de dissociação do desenvolvimento à sua vertente eminentemente econômica deu-se de forma lenta e gradual. Hoje dentro do conceito de desenvolvimento encontram-se, portanto, albergados as questões ecológicas e sociais, havendo a necessidade de que o desenvolvimento implique em acréscimos a tais setores.

3 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Confirmado o reconhecimento do Direito ao Desenvolvimento no plano internacional, faz-se necessário que se verifique o processo de reconhecimento no direito interno. Uma vez que, em que pese a lição de Comparato (2005, p. 224), no sentido de que os direitos humanos não necessitam de positivação para que sejam exigíveis, é patente que a eficácia dos direitos humanos, quando positivados e incorporados ao direito interno, tem maior probabilidade de se concretizar.

Assim, faz-se premente a busca pela consonância entre a Constituição da República de 1988 e os ditames do Direito ao Desenvolvimento, no âmbito internacional. Nesse sentido, embora não apresente disposição expressa que garanta o aludido direito, a Constituição tutela, sem dúvidas, o direito ao desenvolvimento.

O entendimento é de fácil verificação, quando se analisam dois aspectos conjuntamente. O primeiro é o fato de que, como afirma Comparato (2005, p. 394) o Direito ao Desenvolvimento é reconhecidamente um direito humano de terceira geração. O segundo aspecto é o fato da Constituição da República de 1988 conter o §2º do seu art. 5º a cláusula que permite a afirmação de que o rol de direitos e garantias constitucionalmente positivados não é exaustivo, uma vez que aqueles direitos e garantias previstos nos tratados internacionais de que o Brasil é signatário também integram aquele rol de direitos e garantias (ANJOS FILHO, 2013, p. 268).

Portanto, nessa linha de reflexão, a ratificação e a incorporação de vários tratados como a Carta das Nações Unidas, os Pactos Internacionais sobre Direitos Cívicos e Políticos e Sociais, Econômicos e Culturais e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, por exemplo, deixam claro que o Desenvolvimento é, também, reconhecido, pelo Brasil, como direito pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, mesmo que não houvesse a previsão expressa para a ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais, a análise pormenorizada de todo o texto da Constituição de

1988 deixa claro o reconhecimento do Direito ao Desenvolvimento. As menções à expressão se iniciam no preâmbulo, onde consta o Desenvolvimento como fim a ser alcançado pelo Estado Democrático brasileiro. O inciso II do art. 3º, que estabelece os objetivos da República Federativa, coloca, também, em pauta o desenvolvimento nacional, Frise-se que a previsão do artigo 3º, ao contrário daquela preambular, possui força normativa.

O alcance do termo Desenvolvimento presente no texto constitucional, como observa Anjos Filho (2013, p. 270), não é restrito ao desenvolvimento econômico, nem o poderia ser, quando um dos fundamentos da República Federativa Brasileira é a Dignidade da Pessoa Humana, que deve pautar toda a atividade hermenêutica constitucional, redundando num entendimento do Desenvolvimento como Desenvolvimento Humano, aquele fruto que se alcançou após as várias fases do desenvolvimento e que engloba hoje os aspectos econômicos, sociais e ecológicos.

É, portanto, “inegável a inclusão do desenvolvimento no conceito material de direitos fundamentais” (LOCATELLI, 2005, p. 111). E arremata essa ideia a interpretação do art. 170 da Constituição de 1988, que, ao apontar as diretrizes da ordem econômica nacional, elege o respeito às dimensões social e ecológica como princípios a serem obrigatoriamente observados.

Nesse sentido, é verificável que seja no âmbito interno ou no âmbito internacional, a ideia de Desenvolvimento engloba muito mais do que o simples crescimento econômico, servindo de mola para o impulsionamento das garantias sociais e ecológicas.

4 A DIFICULDADE DE EFETIVAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO EM TODAS AS SUAS FACETAS

Os países, em especial, os em desenvolvimento têm dificuldades para promover um processo de desenvolvimento efetivo, que modifique a estrutura social de forma a permitir que ocorra esse desenvolvimento, e não fique apenas restrito ao crescimento econômico.

Amartya Sen (2010) explica que não se pode medir o crescimento ou o desenvolvimento de um país sem levar em conta o que realmente acontece na vida das pessoas. Ele entende que só há desenvolvimento a partir da concepção de que as pessoas são agentes importantes do desenvolvimento. Partindo desse raciocínio, desenvolvimento econômico de um país também deve significar desenvolvimento do bem-estar social. A concepção de Sen (2010) consiste em que o desenvolvimento há de ser concebido como um processo das liberdades reais que as pessoas podem usufruir.

Porém, a realidade da maioria dos países em desenvolvimento é que as pessoas que neles residem não usufruem dos direitos humanos, das liberdades básicas (nas palavras de Sen), sendo a estrutura social bastante injusta, com desigualdades na distribuição de renda, e por isso, o problema do não desenvolvimento é um tema importante para as relações internacionais hoje tão entrelaçadas, que afeta, direta ou indiretamente, todo o mundo. Observando a questão da estrutura social do país, temos que a sua maior riqueza é o povo que ali reside. E quanto maiores forem suas capacidades de escolher livremente, de liberar seu potencial, mais desenvolvido será.

Marielza Oliveira (2006), analisando o elemento “povo”, também afirma que o Desenvolvimento diverge do crescimento econômico e amplia esse conceito, para incluir o elemento humano. Nesse sentido, a Autora fala sobre o Desenvolvimento Humano Sustentável partindo do princípio de que o objetivo principal é:

[...] criar um ambiente que permita às pessoas usufruírem uma vida longa, saudável e criativa, na qual elas desfrutem da oportunidade de obter as coisas que mais valorizam: maior acesso ao conhecimento, melhor nutrição e melhores serviços de saúde, uma subsistência garantida, segurança em relação a crimes e violência física, horas satisfatórias de lazer, liberdade política e cultural, e um sentimento de participação nas atividades da comunidade. (OLIVEIRA, 2006, on-line).

Ademais, não se pode falar em desenvolvimento sem a garantia da preservação ambiental. Logo, fala-se também no direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, como parte do direito ao desenvolvimento. Afinal, quando o homem preserva a natureza ele assegura a própria sobrevivência, assim como a das futuras gerações. E é esse o ideal de mundo sustentável que a comunidade internacional busca ao longo do tempo, realizando conferências, convenções, tratados, firmando acordos dando vida ao Direito Internacional e, conseqüentemente, a realização da paz mundial.

Na contemporaneidade o que observamos são crescentes dificuldades para a efetivação do direito ao desenvolvimento, com acordos não cumpridos e objetivos nunca alcançados. Em cenários como o atual, onde o Estado apega-se a índices de crescimento econômico, compreendendo a máquina estatal como uma empresa, que deve obrigatoriamente ser superavitária, descarta-se das questões sociais e ambientais, apresentando-se restrições ao gozo de tais direitos, em nome do desenvolvimento, atrelado única e exclusivamente em critérios econômicos. Sabe-se que cabe ao governo garantir o direito ao desenvolvimento de seu povo, mas diante dessa ineficiência, necessita-se buscar alternativas.

5 A FRATERNIDADE COMO VETOR DE APLICAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO

Etimologicamente a Fraternidade, significa amor ao próximo; fraternização e união ou convivência como irmãos, harmonia, paz (FERREIRA, 2008).

A fraternidade surgiu com os ideais da Revolução Francesa, de 1789, com o lema de “Liberdade, igualdade e fraternidade”, e que aos poucos foi excluída, ficando em evidência aos olhos do mundo somente a “liberdade e a igualdade”, que com a evolução histórica se tornaram, segundo Baggio (2008, p. 8) “autênticas categorias políticas, capazes de se manifestarem tanto como princípios constitucionais quanto como ideias-força de movi-

mentos políticos”; já a fraternidade para Resta (2004, p. 9) não teve a mesma sorte, restando como um princípio esquecido, “a parente pobre, a prima do interior, em relação aos temas mais nobres e urgentes da igualdade e depois da liberdade”.

No entanto, no decorrer da história, a fraternidade adquiriu um sentido universal, nos dizeres de Baggio (2008, p. 21) “chegando a identificar o sujeito ao qual ela pode referir-se plenamente: o sujeito “humanidade” – comunidade de comunidades –, o único que garante a completa expressão também aos outros dois princípios universais, a liberdade e a igualdade”.

Ressalte-se ainda que, o lema liberdade, igualdade e fraternidade encontra raízes na doutrina cristã; a sua difusão na cultura europeia pode e deve ser atribuída aos autores católicos do século XVII, inspirados na tradição dos chamados Padres da Igreja (MACHADO, 2008).

A retomada da fraternidade da pós-modernidade, além de imprescindível para o estudo aqui proposto, possibilita sua abordagem sobre várias conotações. Partir-se-á da doutrina de Baggio (2009, p. 19), quando afirma que:

A fraternidade que foi esquecida retorna agora com seu significado originário na doutrina e nos ensinamentos de Jesus de Nazaret, o Cristo, de compartilhar, de pacto de iguais, de identidade comum, de mediação; é um direito jurado conjuntamente, é um direito livre de obsessão de uma identidade legitimadora. É inerente ao espírito do homem.

Às preocupações com a fraternidade foram se tornando uma reflexão constante no debate cristão. Esta postura pode ser observada nas questões levantadas por Chiara Lubich (2003, p. 290-291):

Quando alguém chora, devemos chorar com ele. E sorri, alegrar-nos com ele. Assim, a cruz é dividida e carregada por muitos ombros, a alegria é multiplicada e compartilhada por muitos corações. [...] Fazer-se com o próximo

naquele completo esquecimento de si, existente em quem se lembra do outro, do próximo, sem dar conta, nem se preocupar com isto. [...] Quem está próximo do homem e o serve em suas mínimas necessidades, como Jesus mandou, facilmente entende também os vastos problemas que atormentam a humanidade.

Os laços de fraternidade permitem conhecer o “outro”, e conhecer o “outro” é conhecer melhor a si mesmo. O “outro” é um nós mesmos invertido, tendo em comum o fato de serem suscetíveis aos mesmos sofrimentos e decepções. Portanto, segundo Milan Kundera (apud MATOS, 2008, p. 8-15) o compadecimento justifica a capacidade de identificação com o outro no sentido de que “[...] o caminho mais curto de chegarmos a nós mesmos é o que dá a volta ao mundo”. Relativizando os costumes, sabe-se que ninguém possui a verdade, todos têm direito a serem compreendidos.

O debate acerca do termo fraternidade em plena era da globalização, se amplia e se faz necessário, uma vez que o momento é de indivíduos que assistem a constantes ameaças aos seus direitos, em razão de suas próprias atitudes: individualismo exacerbado, necessidade de autoenriquecimento, consumismo e principalmente a falta de preocupação com o outro e o todo, isto é, o seu lar, o planeta que habita.

Não se pode olvidar, ainda, que, conforme ensina Ildete Regina Vale da Silva e Celso Leal da Veiga Júnior (2011), a fraternidade se configura na dimensão de reconhecimento do outro, o que independente das diferenças sociais, culturais, econômicas etc., porque a relação deve existir, simplesmente pelo fato de dividir a mesma casa, isto é, o Planeta que habita. Para os autores citados esse outro que não sou eu, tampouco não pertence ao meu grupo, “é [...] um outro de mim e deve ser amigo, porque ele, assim como eu, integra a espécie humana e, ainda que não o encontre no mesmo espaço ou tempo, com ele me relaciono” (SILVA; VEIGA, 2011, p. 35).

A fraternidade vem como uma nova proposta e acena para um novo paradigma, possibilitando a “integração entre povos e nações, [...] onde as necessidades vitais são suprimidas pelo pac-

to jurado conjuntamente” (VIAL, 2005, p. 1482), deve-se olhar e aceitar o mundo globalizado, analisando outros fundamentos que possam servir para uma nova reflexão sobre o papel dos sistemas sociais, substituindo o egoísmo pela união, pelo pacto entre iguais (irmãos), ou seja, por novas formas fraternas e inclusivas.

Assim, fica evidente que o objetivo da fraternidade é a humanidade, não se limitando às fronteiras, tornando cada indivíduo participante nesta busca por um bem comum, o que conseqüentemente acarreta na sensação de pertencimento a uma comunidade global.

Carlos Augusto Alcântara Machado (2008) observa ainda que a “[...] fraternidade, enquanto valor vem sendo proclamado por algumas Constituições, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade”. Diante disso, afirma que a fraternidade e o direito não são excludentes. No entanto, o autor constata que ainda é um grande desafio para que os juristas associem o Direito à Fraternidade, justificando essa dificuldade, na seguinte passagem:

[...] vem sendo estudada como valor (por quase todos) ou mesmo princípio (alguns poucos) e, nesse sentido, reconhecida com maior ou menor densidade normativa (por vezes enquadrada apenas na categoria de *soft law*). No entanto, não se encontram mais consistentes da fraternidade na qualidade ou condição de Direito, assim como ocorre com a igualdade (direito à igualdade) ou mesmo a liberdade (direito à liberdade), categorias tradicionalmente classificadas, sem antagonismos dignos de nota, ora como direitos naturais, direitos fundamentais ou direitos humanos. É o que se extrai do caput do art. 5º da Constituição do mundo contemporâneo. No entanto, não há registros consistentes de direitos à fraternidade. (MACHADO, 2014, p. 109).

Assim, Veronique Munoz-Dardé (2003), afirma, para que a fraternidade possa desempenhar o papel que lhe cabe é preciso operacionalizar seu conceito principiológico, abandonado a “imagem de irmãos”, que pode, inclusive, sugerir a exclusão da “irmã”, para

tornar o conceito da fraternidade “vivo”, de coesão social, tendência e união diante do perigo, humanismo universal ou fervor nacional.

É incontestado, para Sandra Regina Martini Vial (2005), a qualidade que faz da fraternidade um princípio moral, um valor considerado de reciprocidade (tolerância mútua; responsabilidade), porém, tais qualidades, por si só, não bastam para dar efetividade. Dessa forma, é preciso buscar a sua relevância no âmbito jurídico, a fim de demonstrar sua força normativa e, portanto, apto a dar conta da tarefa de sustentar o direito fraterno e não somente sua análise na condição de princípio constitucional. Portanto, para esta autora essencial ainda a ação do Estado social, ou seja, à ação direta dos poderes públicos com a intenção de permitir o pleno desenvolvimento, não só no seu aspecto econômico, mas também humano e sustentável.

A fraternidade, na condição de direito, permite incentivar a responsabilização de cada ser pelo outro, evidenciando o caráter de promoção do bem da comunidade e, assim, sendo, nos dizeres de Marco Aquini (2008, 138-139): “[...] promove a busca de soluções para a aplicação dos direitos humanos que não passam necessariamente, todas, pela autoridade pública, seja ela local, nacional ou internacional”. Interessante ainda destacar, os ensinamentos de Domingo Ighina (2009, p. 33):

O princípio da fraternidade permite supor um cidadão equivalente ao outro, um cidadão capaz de assumir sua situação política em paridade com seu próximo, de tal modo que a *pólis* torne algo que supere qualquer compartimento de casta ou de classe. Através da vivência do princípio da Fraternidade, se torna evidente a possibilidade de alcançar a equivalência dos seres humanos para que, assim, possam ter seus direitos reconhecidos e efetivados de maneira equânime.

Dessa forma, essa situação permite um direcionamento às atitudes solidárias (fraternas), sob um raciocínio de que há um destino, um futuro em comum, é que se produzirá validade aos direitos humanos, guiados pelos valores da autonomia, da diver-

cidade cultural, da pluralidade e da democracia. Assim, a sociedade civil, como registra Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 46), “[...] especialmente sob o marco normativo da solidariedade, deverá compartilhar com o estado a carga de responsabilidade e deveres de tutela do ambiente para as gerações presentes e futuras”.

O meio ambiente sadio é obrigatório a todos sem distinção, logo a humanidade é responsável por preservar o planeta, a fim de garantir o bem da comunidade atual e das futuras gerações. Desta feita, corrobora-se com a tese que a fraternidade é um meio, vetor, guia a ser seguido para garantir a sustentabilidade ambiental.

Tudo isso se torna um grande desafio dos Direitos humanos, no século XXI, no mundo globalizado, que é desvincular o sentido de fraternidade dos laços de sangue para laços mais amplos e universais, isto é, a superação de uma lógica meramente identitária, (TOSI, 2009, p. 60) em direção a um reconhecimento efetivo de alteridade, da diversidade e da reciprocidade.

Pois, ao se referir aos valores da fraternidade, verifica-se uma nova leitura dos valores da responsabilidade social, da solidariedade e dos direitos humanos, porque não basta que os valores civilizatórios e positivos, estejam apenas positivados em documentos internacionais e leis nacionais, é preciso que seja dada credibilidade e que todos lutem coletivamente para a sua efetivação, o que exige por um lado, um compromisso político dos aplicadores do Direito, e por outro lado, um controle social da população e da sua organização para garantir que os direitos que já existem sejam efetivados. Essa postura requer uma vida ativa democrática e requer envolvimento social, compromisso político e respeito pelo outro.

Veementemente destacar ainda que, para a concretização do princípio da fraternidade com o Direito Ambiental “é necessário à humanidade abandonar a visão antropocêntrica e o egocentrismo, buscando dar lugar para uma visão biocêntrica, comprometido com as futuras gerações” (GOMES, 2007, p. 93).

Retomar à fraternidade na contemporaneidade torna-se imprescindível para a busca de uma sociedade desejável, ou seja, que garanta o desenvolvimento sustentável, uma vez que a fraternidade possibilita uma conscientização ética e jurídica, aban-

donando a imagem que é apenas uma teoria. Nesse passo, objetiva-se resgatar os valores esquecidos, visto que o egoísmo e o individualismo têm contribuído para a corrosão da sociedade e para o esgotamento do planeta.

Dessa forma, resta evidente que a responsabilidade, aqui referenciada, é aquela que desrespeita as atitudes dos seres humanos, perante o mundo que habita, não podendo ser simplesmente ignorada ou transferida para o Estado, ainda que este seja o ente constitucionalmente responsável pela efetivação do desenvolvimento em todas as suas facetas.

Contudo, o Estado tem se mostrado incapaz para tal tarefa, em que pese a existência de legislação ordinária e mandamento constitucional para proteção do ambiente e salvaguarda da sadia qualidade de vida. Uma vez que, diante da realidade político-administrativa, o Poder Público torna-se condescendente aos interesses econômicos dos grupos poderosos, normalmente identificados como os principais agressores do meio ambiente e opressores das classes minoritárias.

Situação esta que permite sustentar a tese de que, o princípio da fraternidade seria o vetor para a efetivação do desenvolvimento em todas às suas facetas, inclusive a sustentável. E um pontapé, no âmbito jurídico, de se aplicar o princípio da fraternidade, tirando-o do abstrato, é associá-lo com a pena, por meio de sanções premiais, além das previstas em Legislação Ambiental.

6 CONCLUSÕES

O desenvolvimento do Direito ao Desenvolvimento ao longo dos anos, no cenário internacional, gerou um processo de transformação/evolução conceitual, por meio do qual abandonou-se a confusão entre as ideias de desenvolvimento e de crescimento econômico. Inaugurando, nesse sentido, uma nova fase, na qual o Desenvolvimento é entendido como Direito Humano e engloba os aspectos sociais, econômicos e ecológicos, tornando-se um conceito complexo e completo, não mais confundível com o mero crescimento economicista.

O legislador constituinte, em que pese não o tenha feito expressamente, seguindo os primados e as diretrizes internacionais, previu o Desenvolvimento como objetivo e fundamento da República Federativa brasileira, de forma que é pacífico e inegável a presença do Direito ao Desenvolvimento como direito fundamental, a que se deve buscar com afinco.

No entanto, em que pese a previsão no âmbito internacional e a incorporação das diretrizes ao direito interno, no Brasil, assim como nos outros países em desenvolvimento, há uma imensa dificuldade de transporte do desenvolvimento integral do campo teórico para o campo prático, redundando num ilusório desenvolvimento, que na realidade é um pequeno crescimento econômico, sem reflexos positivos, para a maioria da população, no âmbito social, muito menos ecológico.

Acrescente-se que, em tempos de crise, como o que vivemos, o Estado afasta-se de forma crescente do Desenvolvimento e agarra-se ao crescimento econômico, adotando atitudes que implicam no mais das vezes em redução no exercício de direitos sociais e na amputação de várias proteções ambientais garantidas.

Nessa linha reflexiva, de busca por meios de efetivação do desenvolvimento, é que se propõe o uso do Princípio da Fraternidade como vetor de promoção real ao desenvolvimento, uma vez que a modificação da postura egoísta de cada um é essencial para que vislumbre um desenvolvimento que possua frutos em todos os galhos, mesmo em tempos de crise econômica. Com o fim de que, num futuro próximo, a tomada de postura solidária possa contribuir para a promoção dos Direitos Humanos, em especial do Direito Humano Fundamental que é o Direito ao Desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O princípio esquecido/1:**

A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BAGGIO, Antônio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido 1**. Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

BAGGIO, Antônio Maria. A inteligência fraterna. **O princípio esquecido**. Exigências, recursos e definições da fraternidade na política. Tradução de Durval Cordas e Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2009.

BRUNDTLAND, G.H. (Org.) **Nosso futuro comum**. Rio de Janeiro: FGV, 1987.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio eletrônico**: século XXI. Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Lexicon Informática, 1999.

GOMES, Daniella Vasconcellos. **A solidariedade social e a cidadania na efetivação do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado**. Desenvolvimento em questão. Ijuí, RS: Unijuí, ano 5, n.9, jan./jun. 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos do direito econômico**. São Paulo: RT, 1981.

IGHINA, Domingo. Anotações para uma pesquisa sobre o princípio da fraternidade. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido/2**. Exigências, recursos e definições da

fraternidade na política. Tradução de Durval Cordas e Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2009.

LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento da Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber (Org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005.

LUBICH, Chiara. **Ideal e luz. Pensamento, espiritualidade e mundo unido**. São Paulo: Cidade Nova, 2003.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídico constitucional**. Conferência proferida no Congresso Nacional – “Direito e Fraternidade” –, promovida pelo Movimento Comunhão e Direito, em 26 de janeiro de 2008, no Auditório Mariápolis Ginetta, Vargem Grande Paulista (SP). Revista Eletrônica Ciclo. Disponível em: <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/CarlosMachado_AFraternidadeComoCategoriaJuridicoConstitucional.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2015.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade**: constitucionalismo fraternal. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=17 HYPERLINK “http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=17079”079. Acesso em: 28 mar. 2015.

MATOS, Olgária Chain Féres. Os muitos e o um: logos mestiço e hospitalidade. **Psicanálise e cultura**, São Paulo, v.31. n.47, p.8-15, 2008. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31062008000200002>. Acesso em: 29 out. 2016.

MUNOZ-DARDÉ, Veronique. Tradução Magda Lopes. Verbete: “Fraternidade”. In: CANTOSPERBER, Monique (Org.).

Dicionário de ética e filosofia moral. São Leopoldo: Unisinos, v.1, 2003. p.660-672.

OLIVEIRA, Marielza. **O desenvolvimento humano sustentável e os objetivos de desenvolvimento do milênio.** 19f. Artigo – Atlas Municipal, Recife, 2005. Disponível em: <<http://www.recife.pe.gov.br/pr/seplanejamento/pnud2006/doc/analiticos/desenvolvimentohumano.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2015.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento de 1986.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 31 maio 2015.

RESTA, Eligio. **Direito fraterno.** Tradução Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Ildete Regina Vale; VEIGA JUNIOR, Celso Leal da. Sustentabilidade e fraternidade: algumas reflexões a partir da proposta de um direito ambiental planetário. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.8, n.15, p.25-42, jan./jun. 2011.

TOSI, Giuseppe. **A fraternidade é uma categoria política?** In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido 1.** Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

VIAL, Sandra Regina Martini. O direito fraterno: uma análise da inclusão/exclusão na sociedade hodierna. In: REIS, Jorge Renatos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 5. Santa Cruz do Sul-RS: EDUNISC, 2005.

***TRANSEXUALIDADE E O
MERCADO DE TRABALHO:
OBSTÁCULOS E O PAPEL DO
ESTADO NO COMBATE À
TRANSFOBIA***

Flavia Maria Marques Peixoto

Karine Costa de Aguiar

Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário Tiradentes - UNIT.
flavinha_marques13@hotmail.com

Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário Tiradentes - UNIT.
karinhakari@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

De acordo com o Conselho Federal de Medicina, a pessoa transexual apresenta um desconforto com o sexo anatômico natural. Desse modo, você nasce com um sexo biológico diferente do que se identifica e é registrado e socializado de modo a viver de um jeito que não se sente bem, embora frequentemente confundidos com os homossexuais, que, por sua vez, têm uma orientação sexual diferente da que lhe é imposta socialmente, a transexualidade não tem a ver com orientação sexual, mas com a identidade de gênero. Esta, apesar de ser um assunto extremamente atual, ainda é pouco abordada no Brasil.

Os travestis são as pessoas que não se identificam, em diferentes níveis, com os comportamentos sociais esperados delas pela sociedade atribuídos em seu nascimento. O transgênero engloba tanto o transexual como o travesti. A falta de informação sobre o tema gera um preconceito desacerbado com os membros dessa comunidade, preconceito esse que desencadeia inúmeras perdas para os transexuais.

Muito embora a homossexualidade tenha deixado de ser considerada doença (homossexualismo) desde 1990, a transexualidade, ainda está lista da Classificação Internacional de Doenças (CID), apesar de ser tratada atualmente como “disforia de gênero”. Estudos de cientistas mexicanos publicados pela revista médica britânica *The Lancet Psychiatry*, demonstram que população transexual não têm doenças psíquicas inerentes a sua própria transexualidade, mas como produto da violência e da discriminação que sofrem. Com o apoio dos estudos, a 11ª CID (CID-11) da Organização Mundial de Saúde (OMS) que ocorreu em 2017 buscou definir se a transexualidade ainda será considerada doença ou não, servindo referência médica para os países-membros.

Além de todas as adversidades, o Brasil também não possui legislação específica sobre os transgêneros, mesmo que alguns pequenos progressos venham sendo obtidos, como o direito a documentos públicos que correspondam ao nome e ao gênero adotados, mesmo assim, não há dúvidas de que não é suficiente.

É preciso garantir que todos os direitos que o Estado garante sejam efetivados.

2 EVASÃO ESCOLAR

Conforme dados de João Paulo Carvalho Dias, defensor público, presidente da comissão de Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil e membro conselheiro do Conselho Municipal de LGBT em Cuiabá, a evasão escolar de transgêneros é de 82% no Brasil.

Esse número exorbitante é decorrente do preconceito na própria sala de aula, a falta de aceitação e respeito pela identidade de gênero do outro, o que acaba gerando um grande constrangimento para alunos transgêneros, além disso, também a falta de políticas que promovam o respeito das diferenças contribui para tal número.

Com base na Constituição, essa falta de políticas públicas nas escolas, que promovam o respeito às pessoas com identidade de gênero diferente causa aos transgêneros a perda da possibilidade do exercício do direito à educação. Um exemplo de política pública é o Programa Transcendência, que oferece bolsa de estudos para a população trans no estado de São Paulo, com a intenção de reparar os danos causados pela evasão, 80% dos beneficiados estão no ensino fundamental, muito embora tenham mais de 30 anos.

Outro exemplo de programa com essa finalidade é o da Prefeitura de São Paulo que, em 2015, proporcionou à 100 travestis e transsexuais bolsas de estudo no Pronatec e, enquanto estiverem indo às aulas e prestando Enem, um auxílio de R\$788,00 mensalmente. A intenção da Prefeitura era de qualificá-los e proporcionar uma oportunidade maior de alcançar uma vaga de emprego formal.

Apesar de serem fundamentais para a busca de uma efetivação dos direitos dos trans, as políticas públicas não são suficientes, é necessário que eles tenham uma educação na forma e no tempo certo, assim como qualquer outro cidadão. É preciso promover a igualdade, o respeito e a tolerância dentro das escolas, é preciso educar todas as crianças para que não excluam e

inferiorizem os trans. Apenas trabalhando para criar nova consciência, mais humana, é que esse gigantesco número de evasão escolar vai diminuir e os transexuais estarão mais preparados para entrar o mercado de trabalho, tendo outra alternativa para sobreviver além da prostituição.

3 DIREITOS GARANTIDOS AOS TRANSGÊNEROS

A Constituição Federal Brasileira de 1988 garante direitos fundamentais a todos os cidadãos, sem distinção de qualquer tipo, dentre esses direitos está o direito ao trabalho. O trabalho é elemento essencial para a sobrevivência de qualquer ser humano na sociedade em que vivemos, porém transexuais, travestis e transgênero diariamente são negados o exercício desse direito, ao contrário das pessoas cisgênero.

A Constituição ainda afirma em seu art. 3º, IV, que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. De modo similar, no art. 7º, XXX, proíbe-se a “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.

Além de ser um direito disposto em nossa Constituição, que abrange a população toda, o direito ao trabalho da pessoa Trans ainda é conteúdo dos princípios de Yogyakarta, que tratam da aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. É determinado no princípio 12 que:

Toda pessoa tem o direito ao trabalho digno e produtivo, a condições de trabalho justas e favoráveis e à proteção contra o desemprego, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para eliminar e proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero no emprego público e privado, inclusive em relação à educação profissional, recrutamento, promoção, demissão, condições de emprego e remuneração;
- b) eliminar qualquer discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero para assegurar emprego e oportunidades de desenvolvimento iguais em todas as áreas do serviço público, incluindo todos os níveis de serviço governamental e de emprego em funções públicas, também incluindo o serviço na polícia e nas forças militares, fornecendo treinamento e programas de conscientização adequados para combater atitudes discriminatórias.

A partir desse princípio é determinado ao Estado funções essenciais para que a população trans exerça seus direitos. Apesar disso, é notório o descompromisso do Estado com tal tratado.

Com o intuito de promover o direito de trabalho a todos os cidadãos, foi criado o “Programa Brasil, Gênero e Raça” que tem o seguinte embasamento:

O Programa é um dos principais instrumentos de articulação das políticas de promoção da igualdade de oportunidades no âmbito do Ministério do Trabalho – MTE, bem como de proposição das diretrizes que devem orientar a execução das políticas de combate à discriminação nos estados e municípios brasileiros, por meio das unidades descentralizadas do Ministério.

Temos, visando acabar com a discriminação na contratação, a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 7º), e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, art. 24) e, também, a CLT.

4 MERCADO DE TRABALHO

Com a atual crise no país, muitos cidadãos se encontram com dificuldades para conseguir um emprego formal, segundo pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) cerca de 14,2 milhões de brasileiros estão desempregados, mesmo que tenham qualificação profissional, visual e sejam aceitos pela sociedade. Entretanto, essa é uma realidade enfrentada todos os dias pela população transexual e travesti, pois, independente de crise, não é dado a este seguimento a oportunidade de mostrar seu potencial, só o fato de serem transexuais ou travestis contribui para tirá-los da lista de possíveis candidatos, mesmo que sua qualificação seja impecável.

Segundo o artigo 6º da Constituição Federal, são direitos sociais de todos: 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. Porém para pessoas transgênero o direito ao trabalho é particularmente mais difícil de ser exercido. Seja pela falta de qualificação, ocasionada pela grande evasão dos transexuais da escola, ou pelo preconceito, tanto de empregadores quanto de colegas de trabalho, muitas pessoas dessa comunidade acabam procurando meios alternativos de sobreviver.

Conforme pesquisa feita pela Associação das Travestis e Transexuais do Triângulo Mineiro (Triângulo Trans), somente 5% das travestis e transexuais de Uberlândia estão no mercado de trabalho formal. Ainda que vivamos uma época em que os direitos sociais e das minorias estejam em destaque, existe muito preconceito e ignorância sendo disseminada. O ambiente de trabalho é análogo ao nosso dia a dia em sociedade, de modo que o que acontece nele é um reflexo do que aconteceria e acontece na rua, na escola e até na própria casa dessas pessoas.

Existem poucos dados no Brasil sobre a realidade das pessoas transgêneros e quando há, estão associados a comunidade Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros (LGBT) de um modo geral, mesmo assim podemos compreender que os números são alarmantes.

O problema é sistêmico. Inicialmente e frequentemente, os pais não aceitam a transexualidade ou travestilidade dos filhos e os expulsam de casa. De acordo com Marcos Vieira Garcia, coordenador do Departamento de Ciências Humanas e Educação na Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR), “de 20 a 30% dos jovens em situação de rua no mundo são LGBT”. Outro problema surge, além da vulnerabilidade a violência na rua: eles não têm condições, além do preconceito que sofrem na escola, de continuar a estudar, arruinando suas chances de se qualificar profissionalmente. 82% das mulheres transexuais e travestis abandonam o ensino médio entre os 14 e os 18 anos, segundo dados da Rede Nacional de Pessoas Trans do Brasil (RedeTrans).

Quando eles vão procurar um emprego formal, o empregador prefere não correr o risco de ter uma pessoa que poderá não se ajustar ao ambiente, o empregado não aceita uma pessoa que diverge dele e, portanto, não deixa essa pessoa se encaixar. Ademais, nas situações em que exigem mais qualificações do que eles normalmente possuem, as chances se tornam quase nulas. Por fim, não existe outro jeito se não a única opção disponível para sobreviver: prostituição.

5 PROSTITUIÇÃO

Como resultado da falta de apoio e da ignorância familiar, as travestis e transexuais são expulsas de casa cedo, diversas são as consequências desse ato, dentre os quais se destaca a evasão escolar pois, além de sofrerem transfobia no ambiente escolar, sem um teto para morar elas acabam na rua e sem condições de estudar, pois precisam trabalhar para sobreviver, desse modo, elas não têm base ou preparação nenhuma para adentrarem o mercado de trabalho formal.

Sem qualificação profissional e oportunidade em meio ao preconceito sofrido pelos empregadores e pelos próprios colegas de trabalho e sem um Estado que efetivamente garanta seus direitos e interesses, as trans e as travestis se veem sem opção diante da necessidade de sobrevivência, acabando por escolher a

prostituição. Estima-se, de acordo com a Associação Nacional de Transexuais e Travestis do Brasil (ANTRA), que cerca de 90% das pessoas trans recorre a prostituição em algum momento da vida.

A objetificação, fetichização e a transformação das mulheres trans e travestis em mercadoria torna-se ainda mais problemática diante da falta de regulamentação ou apoio ao seu trabalho, pois muito embora a prostituição não seja crime no Brasil, ela também não é regularizada. De modo que, elas são lançadas a um sistema de cafetinas pela necessidade de moradia, auxílio para o acesso a hormônio, cirurgia e demais procedimentos médicos, tendo efeitos colaterais pela auto-hormonização, utilização de silicone industrial e sofrendo de diversas doenças, principalmente as sexualmente transmissíveis.

Além disso, por estarem vulneráveis nas ruas pela noite se prostituindo, sem apoio e sem segurança, muitas acabam sendo estupradas, sofrendo violência física e com uma frequência absurda, são assassinadas. Apesar do Brasil não ter nenhum tipo de pesquisa específica sobre a taxa de assassinato de transgêneros enquanto trabalham como prostituta, sabe-se que o nosso país é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo, com 127 casos registrados em 2016.

Não há somente uma exclusão do mercado de trabalho formal para as pessoas transgênero, há também um descaso com sua segurança. Por fim, estima-se que essa população vive, em média, menos metade do que a população cisgênero vive, isto é, a expectativa de vida é de somente 35 anos, nos quais aquela não conta com apoio familiar, profissional ou do próprio Estado.

6 INICIATIVAS DO MERCADO DE TRABALHO PARA INSERÇÃO DOS TRANSGÊNEROS

No próprio mercado de trabalho já surgem algumas iniciativas que visam a inclusão da população LGBT. Tais quais: o Comitê da Diversidade, lançado pela multinacional de tecnologia IBM

e o Fórum de Empresas e Direitos LGBT, organização criada em 2013 que se propõe a discutir compromissos com a promoção de direitos humanos para a população LGBT, com apoio da ONU e da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que conta com 28 empresas, entretanto, nenhuma brasileira se encontra filiada.

Existe também o Transerviços, um site para pessoas trans e travestis autônomas anunciarem seus serviços e as empresas sua disponibilidade de vagas. Em conjunto com a Transerviços atua a organização Dow, que se empenhou na inclusão, especialmente da população T, dentro da comunidade LGBT prezando a diversidade de identidade de gênero.

Outra empresa que apoia a inclusão é a rede de hipermercados Carrefour. Paulo Pianez, diretor de Sustentabilidade e Responsabilidade Social do Carrefour Brasil, afirma “todos os parceiros do Carrefour envolvidos nas seleções têm seu trabalho orientado e acompanhado regularmente pelos critérios definidos pela Plataforma de Valorização da Diversidade”.

Estas empresas investem não só na política de contratação por competência como promovem cursos e programas de capacitação para a população trans, tornando-se exemplos a serem seguidos.

Nações que não prezam pela diversidade perdem dinheiro, atestam relatórios internacionais, como os elaborados pelo Instituto Williams e o Banco Mundial sobre a inclusão. A Índia, por exemplo, deixa de ganhar US\$ 36 bilhões por ano. Por escassez de dados, o Brasil não participa da pesquisa.

Nessa linha, afirma o superintendente do Sebrae no Distrito Federal, Antônio Valdin, “o empreendedorismo é bom para todos os grupos sociais porque traz desenvolvimento para o país e gera renda para a pessoa. Se ele ainda consegue trazer a inserção social, melhor ainda”.

7 CONCLUSÃO

Diante do exposto, sabe-se que embora existam algumas políticas de apoio por parte do Estado e por parte do próprio mercado de trabalho, elas não solucionam o transtorno que essa

comunidade sofre, funcionam mais como medidas paliativas do que realmente preventivas para o problema.

É preciso investir na educação, não só escolar, mas familiar, é preciso conscientizar os pais e a sociedade de que a transexualidade não é uma doença e não deve ser tratada como tal. É necessário que se quebre o estigma de que o diferente, por ser diferente do senso comum, é ruim. Nesse sentido, Charles Darwin argumentava que a evolução surgia das diferenças e adaptações dessas diferenças, oferecendo a humanidade a possibilidade de progredir.

É importante ressaltar que não é impossível de se promover a inserção de transexuais no mercado de trabalho. O Estado tem um papel de suma importância na mudança da dinâmica social, sendo um dos responsáveis por mudanças profundas e sistêmicas, proporcionando o pleno exercício de direitos garantidos para as minorias, de modo a assisti-las em suas necessidades.

Ademais, deve-se estender as políticas que se mostrem efetivas para a profissionalização e inclusão das trans e das travestis, como as citadas no presente artigo, reiterando uma cultura de acolhimento, respeito, diálogo e colaboração.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline. **Evasão escolar entre travestis é bem maior.** Disponível em: <<http://flacso.org.br/?p=15383>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

ALMEIDA, Aline. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 ago. 2017.

ALMEIDA, Aline. **Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo, diz pesquisa.** 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2017/04/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-travestis-e-transexuais-no-mundo-diz-pesquisa.html>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

ALMEIDA, Aline. **Transgênero, transexual, travesti: os desafios para a inclusão do grupo no mercado de trabalho.** 2017. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/blogs/ecoando/transgenero-transexual-travesti-os-desafios-para-a-inclusao-do-grupo-no-mercado-de-trabalho/>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

ALMEIDA, Aline. **Empresas brasileiras ainda têm resistência para empregar transexuais.** Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2016/05/19/interna_cidadesdf,532619/comunidade-lgbt-busca-cada-vez-mais-montar-a-propria-empresa.shtml>. Acesso em: 7 ago. 2017.

ALMEIDA, Aline. **IBGE: total de desempregados cresce e atinge 14,2 milhões.** 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-04/ibge-total-de-desempregados-cresce-e-atinge-142-milhoes>>. Acesso em: 7 ago. 2017

BRASIL, Ministério do Trabalho. **Programa Brasil, gênero e raça: orientações gerais.** Brasília: Ministério do Trabalho, 2006.

CASTRO, Davi de. Visibilidade trans: a realidade do mercado de trabalho para transexuais. Disponível em: <<http://tvbrasil.ebc.com.br/estacaoplural/post/visibilidade-trans-a-realidade-do-mercado-de-trabalho-para-transexuais>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

GUERRA, José Luiz. Classificação Internacional de Doenças (CID-11) é debatida em evento na Unifesp. Disponível em: <<http://www.unifesp.br/noticias-antiores/item/2012-classificacao-internacional-de-doencas-cid-11-e-debatida-em-evento-na-unifesp>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

LAPA, Nádia. O preconceito contra transexuais no mercado de trabalho. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/>>

blogs/feminismo-pra-que/o-preconceito-contra-transexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html>. Acesso em: 11 ago. 2017.

LAPA, Nádia. **Princípios de YOGYAKARTA**. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2017.

LAPA, Nádia. Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Combate à Discriminação. Brasil sem homofobia: programa de combate à violência e à discriminação contra gltb e de promoção da cidadania homossexual. 2004. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2017.

LAPA, Nádia. Assessoria de comunicação social; secretaria de direitos humanos da presidência da república. Travestis e trans de São Paulo receberão bolsa qualificação. Iniciativa é pioneira na América do Sul. Jan. 2015. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2015/janeiro/travestis-de-sao-paulo-receberao-bolsa-qualificacao.-iniciativa-e-pioneira-na-america-do-sul>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

***DIREITOS ESSENCIAIS
E O BICHO-DO-PÉ: RECORTE
DA REALIDADE DE MACEIÓ***

Adriana Thiara de Oliveira Silva

Aline Teixeira Cavalcante

Jornalista; Relações Públicas; Professora do Instituto Federal de Alagoas - IFAL;
Mestranda do Programa de Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas - UNIT/AL.

Advogada; Professora do Centro de Estudos Superiores de Maceió - CESMAC;
Mestranda do Programa de Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas - UNIT/AL.

1 INTRODUÇÃO

Bicho-de-cachorro, bicho-de-porco, dengoso, espinho-de-bananeira, esporão, moranga, olho-de-pinto, pique, piolho-de-faraó, pulga-da-areia, pulga-penetrante, xiquexique, tunga, ou simplesmente, bicho-de-pé.

Inseto da família dos tungídeos, da ordem das pulgas, não maior que um milímetro de comprimento, tem causado uma grande comoção, seguida pelo debate sobre o desenvolvimento, na capital alagoana, Maceió.

O “bichinho” de cor vermelho-amarronzada, com olhos pequenos e fronte angulosa, como toda pulga, causa forte coceira e ulceração. O inseto ganhou esse nome popular por penetrar e invadir a pele humana, comumente na região dos pés. A fêmea da espécie, quando fecundada, cresce e deixa um rastro na pele, causando incômodo e até deformação do membro onde estiver instalada. Para evitar a doença, a melhor profilaxia é andar de pés calçados.

Desde o início de fevereiro de 2017, a comunidade da orla lagunar de Maceió¹, com destaque para a favela Sururu de Capote e Mundaú, no bairro do Vergel do Lago, tem sofrido com a infestação do bicho-do-pé.

Ao chegar na orla lagunar, é perceptível a diferença da intervenção do poder público e da comunidade na região. Quando comparada com a orla marítima², no que diz respeito a atrativos naturais, ambas se equiparam em grandeza – mar e lagoa. Entretanto, no que tange ao desenvolvimento social e urbano, as desigualdades chegam a ser gritantes.

Enquanto na orla marítima tem havido uma intenção pública que embelezou os mais de cinco quilômetros dela com calçamento, iluminação, arborização, equipamentos de lazer e en-

1 No zoneamento de Maceió, proposto pelo Plano Diretor, a capital é dividida em oito regiões administrativas, a Região Administrativa 2 compreende os bairros do Vergel do Lago, Levada, Centro, Prado, Ponta Grossa, Trapiche da Barra e Pontal da Barra.

2 Região Administrativa 1 compreende os bairros de Mangabeiras, Jatiúca, Poço, Ponta Verde, Ponta da Terra, Jaraguá e Pajuçara.

tretenimento, bares, restaurantes, pavilhões de comercialização de artesanato e postos policiais, na sequencia costeira da capital alagoana, onde está a orla lagunar, a precariedade na iluminação, calçamento, arborização, equipamentos públicos de lazer e, pelo perfil da região, de equipamentos de assistência, saúde e educação demonstram que as prioridades têm sido diferentes.

Desde 2007, o Projeto Integrado de Urbanização da Orla Lagunar (ASCOM/SEINFRA, 2016, on-line), executado pelo governo de Alagoas para atender famílias da orla lagunar maceioense tem tentado fazer o reordenamento da região, retirando os pescadores e marisqueiras que são moradores de favelas e barracos à beira da lagoa.

À época foram cadastradas pelos técnicos da Secretaria de Estado da Infraestrutura (SEINFRA), após o que foi considerado “levantamento minucioso”, de cerca de 1.700 famílias, que morando de forma precária à beira da Lagoa Mundaú, as quais seriam assistidas com novas unidades habitacionais.

Parte das famílias foi atendida com projetos habitacionais da prefeitura de Maceió e o restante, 1.181, foi cadastrada no projeto em execução pelo Estado. Estava prevista a construção de 821 casas e 360 apartamentos para trabalhadores da cadeia produtiva da pesca.

Além do Estado, a Prefeitura de Maceió também apresentou um projeto de revitalização da orla lagunar, chamado ‘De frente para a Lagoa’, o qual tem se buscado a parceria e investimento do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID).

Apesar de haver um projeto, o qual, parte já foi executada, como a entrega dos apartamentos na orla lagunar e das casas cujo objetivo era remover as famílias que não vivem da pesca³, o reordenamento urbano não impediu a proliferação, mais uma vez, dentre as inúmeras, do bicho-do-pé, a qual, dessa vez, foi de uma “gravidade nunca antes vista”.

Essa afirmação foi do jovem Carlos Jorge, membro da Organização Não Governamental (ONG) Manda Ver, que tem como

3 Todas as casas do projeto Integrado de Urbanização da Orla Lagunar são numa região administrativa distante da região 2, em sua maioria estão na região 6, que compreende os bairros Antares e Benedito Bentes.

objetivo promover a cidadania por meio da cultura. Carlos é um jovem empreendedor social, profissional empregado de uma empresa de logística, três vezes na semana vai à ONG para ajudar nas atividades. Nasceu e cresceu no bairro do Vergel, e, segundo ele, apesar de as ações da ONG não serem direcionada à saúde, a gravidade da infestação provocou uma mobilização com o seu grupo e com a sociedade em geral, visando a redução dos danos causados pelos insetos que insistem em habitar entre os humanos.

Carlos não responsabiliza o ente público e nem a comunidade, mas faz apontamentos para a reincidência do problema. Ele faz as considerações sob o olhar de alguém da comunidade, mas que também são notáveis a um passante da região. De acordo com Carlos, onde há o surto, falta saneamento básico. E esse item, fundamental para melhoria das condições sanitárias do local, está em extinção apenas de um lado da região das lagoas.

A moradora da favela Mundaú, Daniele Noronha, 31 anos, marisqueira, acabou de tirar um bicho-do-pé, de seu pé. Dentre as causas da proliferação, está a criação de porcos ao leu, entre os barracos. A pulga que comumente habita no porco, supostamente saltou do animal, invadiu a jovem moça com a pele castigada do sol e deixou um buraco, já em cicatrização, porque ela tirou o bicho do seu pé.

Quando questionada o motivo pelo qual não procurou um posto de saúde, ela disse que era longe. Na verdade, não era a distância geográfica que a afastou do Posto de Saúde Roland Simon, mas o atendimento. “As moças são muito ignorante” (sic). A alternativa é ir ao posto no Dique Estrada, mais distante, mas dito ‘humanizado’.

A Secretaria Municipal de Saúde de Maceió (SMS) não tem registros do número de casos dessa praga. Segundo a Assessoria de Comunicação do órgão, a Saúde só atua com casos notificados. Ainda de acordo com a assessoria do ente público, apesar de a Saúde ter conhecimento dos casos e ter instituído um grupo de trabalho para atuar na situação, não há dados sobre essa epidemia recorrente.

À porta do Centro Municipal de Educação Infantil Lindolfo Collor, Daniele aguardava o filho de quatro anos. A unidade de

educação que fica ao lado do posto, reformado, com atendimento diurno, que possui profissionais do programa Mais Médicos, não é a referência em saúde dessa mãe, que também não a procura pela condição da prestação do serviço. Diferentemente da sua relação com a escola, Daniele estava esperando a saída do filho com bastaste antecedência. A mãe aguardava a criança com satisfação, pois ela sente que a escola é um bom lugar.

O pequeno Diogo (4), foi o único aluno da unidade escolar que teve bicho-do-pé no ano de 2017. A diretora do Centro, conhecido como creche, Marcia Matias, relatou que muito esporadicamente há casos com os alunos com essa doença. “Aqui todos chegam calçados”. E, segundo ela, apesar de os pais sempre “culpar” a escola por todas as doenças das crianças, na creche, isso não acontece, pois as famílias estão sempre presentes e participam dos momentos de formação e orientação coletiva.

A creche é um oásis. Lá as rosas brotam. Há um sapo gigante que ninguém tem medo. Na dispensa tem merenda. A infraestrutura está em condição de uso e é arejada. Não falta professor nessa creche. A comunidade participa. Apesar de haver muitos chamados da vigilância eletrônica, há quase um ano não há registro de furto. Mas lá não é um lugar perfeito. O que surpreendeu foi a história do “bicho-homem que invadiu a menina de 3 anos”.

No relato da diretora foram meses tentando compreender de fato o que estava acontecendo antes de “rotular” como abuso ou exploração sexual. Por pelo menos três meses, a criança foi acompanhada e ouvida. A escola envolveu a Secretaria Municipal de Educação (SEMED), que enviou especialistas na temática para orientar. Projetos pedagógicos foram introduzidos sobre abuso e exploração para atender as famílias e, principalmente as crianças.

Após esse período de monitoramento, o caso foi parar no Conselho Tutelar. E pelo que se tem registro, parou e ficou por lá. Não foi dado nenhum retorno à escola sobre o descortinar do caso. A criança, ainda está na creche, continua sendo acompanhada. Os indícios apontam que pelo menos ela parece ter voltado a ter um comportamento considerado normal, após o abuso.

Para que o objetivo desta pesquisa fosse alcançado, utilizamos como método a pesquisa qualitativa. De acordo com Creswell (2007, p. 88), em um projeto de pesquisa qualitativa, “o autor descreve um problema de pesquisa que possa ser melhor compreendido ao explorar um conceito ou um fenômeno”. A técnica qualitativa tende a estabelecer um significado de um fenômeno a partir do ponto de vista dos participantes (CRESWELL, p. 37). Como sugere MORSE *apud* CRESWELL (2007, p. 89), o problema ora em discussão, qual seja a verificar se é possível desenvolver a região lagunar de Maceió, se adequa a esse método devido à a necessidade de explorar e descrever o fenômeno da sua elaboração.

Adotamos como estratégia a pesquisa narrativa para descrever o resultado da investigação realizada em 4 de abril de 2017, em atividade *in loco*, na orla lagunar, tendo como ponto de apoio e referência inicial o Centro Municipal de Educação Infantil, a creche, da região.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

E por falar em abuso, retomamos ao bicho-do-pé. A pulguinha abusada nos proporcionou a reflexão sobre o pensamento do economista brasileiro Celso Furtado, que tem se debruçado a questionar o desenvolvimento sob a visão do Estado, o qual o torna meramente expansionistas, estrutural e antissocial.

Segundo Furtado (1974), o primeiro brasileiro a propor um projeto de desenvolvimento para o Nordeste, desenvolvimento é um mito. Na construção dessa teoria, Furtado (1974, p. 60) aponta que impotente em coisas fundamentais, o Estado tem, contudo, grandes responsabilidades na construção e operação de serviços básicos, na garantia de uma ordem jurídica, na imposição de disciplina às massas trabalhadoras.

Furtado distingue os países como cêntricos e periféricos; segundo ele, os países cêntricos são industrializados, com grandes empresas, poucos recursos naturais e demonstram crescente desenvolvimento econômico. Já os países periféricos, são ricos em recursos naturais e mão de obra, entretanto essas condições não são suficientes para que se desenvolvam:

Quaisquer que sejam as novas relações que se constituam entre os Estados dos países periféricos e as grandes empresas, a nova orientação do desenvolvimento teria que ser num sentido muito mais igualitário, favorecendo as formas coletivas de consumo e reduzindo o desperdício provocado pela extrema diversificação dos atuais padrões de consumo privado dos grupos privilegiados. Nessa hipótese, a pressão sobre os recursos muito provavelmente se reduziria. (FURTADO, 1974, p. 74).

Furtado (1974, p. 75), afirma, de forma irrefutável, que as economias da periferia nunca serão *desenvolvidas*, no sentido de similares às economias que formam o atual centro do sistema capitalista. “Cabe, portanto, afirmar que a ideia de desenvolvimento econômico é um simples mito”.

Graças a ela tem sido possível desviar as atenções da tarefa básica de identificação das necessidades fundamentais da coletividade e das possibilidades que abre ao homem o avanço da ciência, para concentrá-las em objetivos abstratos como são os *investimentos* [...]. (FURTADO, 1974, p. 74).

Além de Furtado, Amartya Sen (2000), indiano e também economista, laureado com o Prêmio Nobel de Economia por suas contribuições à teoria da decisão social e do estado de bem-estar social, dialoga com as reflexões de Furtado quando aponta que o desenvolvimento só é possível quando há uma garantia de direitos essenciais que são gozados pelo cidadão, esses direitos, que não puramente aquilo que está registrado em lei, mas e principalmente o acesso aos serviços que chamamos de essenciais, como saúde, educação, assistência, por exemplo, os emancipam, termo usualmente aplicado por Karl Marx.

Amartya Sen (2000) procurou demonstrar em sua obra o conceito de desenvolvimento. Ele acredita que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão de liberdades reais que as pessoas desfrutam.

Os enfoques de que se tratam as liberdades não devem ser limitados à questão econômica – visões mais restritas em relação ao desenvolvimento –, e sim no que concerne às liberdades humanas. Fatores como crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social, apesar de contribuírem diretamente para a expansão de liberdades que possam vir a ser usufruídas pelos membros de uma determinada sociedade, não podem ser determinantes para observar o crescimento econômico, portanto, não podendo ser considerado um fim em si, de modo que o desenvolvimento tem que estar relacionado sobretudo com a melhora da vida dos indivíduos e com o fortalecimento de suas liberdades.

Dessa forma, Sen (2000) demonstra como o desenvolvimento depende, também, de outras variáveis, observando, assim, vários outros meios promovedores do processo de desenvolvimento. O autor aponta, além da industrialização, do progresso tecnológico e da modernização social, as disposições sociais e econômicas, a exemplo dos serviços de educação e saúde e os direitos civis, como a liberdade política, como exemplo de fatores de promoção de liberdades substantivas.

Sen (2000) entende que a medida do desenvolvimento é a liberdade real, não apenas formal, mas também de fato, de satisfação de necessidades individuais. Tais necessidades orbitam em torno dos mais diversos fatos da vida: trabalho, estudo, saúde, lazer, constituição de família, entre outros. Utilizou como exemplo uma análise e comparação dos níveis de renda de grupos populacionais dos Estados Unidos. Esse autor aponta como a população afro-americana é relativamente mais pobre que a de americanos brancos, mas muito mais ricos quando comparados com habitantes oriundos do chamado Terceiro Mundo. Todavia, os afro-americanos têm chances absolutamente menores de alcançar idades mais avançadas quando comparado a esses mesmos habitantes do Terceiro Mundo, como China, Sri Lanka ou partes da Índia, ainda que tendam a se sair melhores em termos de sobrevivência nas faixas etárias mais baixas.

A explicação para esses contrastes perpassa as disposições sociais e comunitárias como cobertura médica, serviços de saúde

públicos, educação escolar, lei e ordem, prevalência de violência etc. Comparando tais grupos diante desta perspectiva, fica evidente que os afro-americanos são, dessa forma, mais excluídos e limitados no que se refere ao quesito de liberdade que os chineses ou indianos, ainda que detenham maior renda quando comparado a estes grupos. Este exemplo é crucial para entender como a percepção de desenvolvimento sob o viés puramente da renda é limitada para captar o significado real do desenvolvimento.

Tais liberdades substantivas são os frutos do desenvolvimento, que irão proporcionar o êxito de uma sociedade, diferindo do modelo de avaliação mais tradicional, que se foca apenas em variáveis como de renda real.

Entende-se que o desenvolvimento requer a remoção das principais formas de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessivo de Estados repressivos. Por meio de tais carências um indivíduo tem sua liberdade limitada, vivendo diante de condições degradantes, sem perspectivas de alcançar idades mais avançadas ou de participar de maneira atuante na política.

Sen (2000) considera a liberdade central para o processo de desenvolvimento por duas razões: avaliatória (avaliação do processo deve verificar primordialmente se houve aumento das liberdades das pessoas) e de eficácia (realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas).

Para entender a eficácia, é preciso observar as relações empíricas relevantes, particularmente as que são mutuamente reforçadoras entre liberdades de tipos diferentes. Por meio destas inter-relações, a condição de agente emerge como motor fundamental do desenvolvimento já que, além de o constituir, também fortalece outros tipos de condições de agente livres

Sen (2000), também ilustra a natureza radical de “desenvolvimento como liberdade” com alguns exemplos: as liberdades e direitos também contribuem muito eficazmente para o progresso econômico, além de constituírem o desenvolvimento; a disso-

nância entre renda *per capita* e liberdade dos indivíduos para ter uma vida longa e viver bem; papel dos mercados como parte do processo de desenvolvimento, pois a liberdade de troca e transação é parte essencial das liberdades básicas que as pessoas têm razão para valorizar, mas isso não exclui o papel do custeio social, da regulamentação pública ou da boa condução dos negócios do Estado quando eles podem enriquecer a vida humana.

Sem (2000) ainda destacou que a privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode gerar a privação de liberdade econômica. Em uma perspectiva instrumental ele descreve cinco tipos distintos de liberdades: liberdades políticas; facilidades econômicas; oportunidades sociais; garantias de transparência; e segurança protetora. Esses diferentes tipos de direitos e oportunidades ajudam a promover a capacidade geral de uma pessoa e podem atuar se complementando mutuamente, o que deve ser observado pelas políticas públicas.

Na visão do “desenvolvimento como liberdade”, as liberdades instrumentais ligam-se umas às outras e contribuem com o aumento da liberdade humana em geral. Sen (2000) destaca que a análise do desenvolvimento precisa ocupar-se de objetivos e metas que tornam importantes as consequências dessas liberdades instrumentais, mas precisa considerar os encadeamentos empíricos que unem os tipos distintos de liberdade uns aos outros, fortalecendo sua importância conjunta. Essas relações são fundamentais para uma compreensão mais plena do papel instrumental da liberdade.

Sen (2000) chama atenção para o fato de que as liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais. Deve-se tratar de uma visão voltada para o agente, que, com oportunidades sociais adequadas, moldam seu próprio destino e ajudam uns aos outros.

Dessa forma, a tese de Amartya Sen (2000) é inovadora no seu papel de encontrar uma nova metodologia para entender o processo do desenvolvimento, estabelecendo lógica e coerência, onde as liberdades não deverão ser analisadas de forma isoladas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da pesquisa, consideramos que de fato, o desenvolvimento é um mito, haja vista a compreensão unidimensional que desenvolvimento está relacionado com o fator econômico, prioritariamente.

A partir das reflexões em Furtado (1974), Sen (2000) e Dumpas (2006), foi possível apreender que o desenvolvimento da região lagunar ainda é uma utopia, mesmo com os projetos estruturais propostos e a existência de pontos de assistência disponibilizados pelos entes públicos, como o Estado e o Município.

A região, dotada de condições naturais que amparariam sua população a ter acesso ao desenvolvimento, tais como a situação geográfica de proximidade com a lagoa e a possibilidade de tirar o sustento a partir da pesca e outras atividades econômicas correlatas ou não, tem-se claramente uma precariedade no acesso aos direitos essenciais, tais como saneamento básico, infraestrutura, saúde, segurança pública e educação. Limitam a liberdade proposta por Sen, que liberdade essa que é a propulsora do desenvolvimento.

Desde o início de 2017, as questões sobre o bicho-do-pé têm fervilhado, prioritariamente na imprensa. A agenda dela, aparentemente, não tem conseguido ainda mobilizar a agenda política, para que o desenvolvimento da região deixe apenas de ser discutido, mas possa ser tratado como prioridade e efetividade.

O inseto só vem a reforçar que o desenvolvimento é um conceito complexo, como proposto por Edgar Morin, em seu *Pensamento Complexo*⁴. Muito mais do que ter coleta de lixo, saneamento básico ou posto de saúde, a epidemia de bicho-do-pé demonstra efetivamente o mito do desenvolvimento.

Afinal, o que são 60 dias de exposição na mídia, quando a discussão sobre desenvolvimento está atrasada há mais de 60 anos?

4 A Complexidade da relação ordem/desordem/organização surge, pois, quando se constata empiricamente fenômeno desordenado são necessários em certas condições, em certos casos para a produção de fenômenos organizados, os quais contribuem para o crescimento da ordem (MORIN, 2015 p. 63).

REFERÊNCIAS

ASCOM/SEINFRA. Estado solicita reintegração de posse de conjunto habitacional em Maceió. **G1**, 19 out. 2010. Disponível em: < <http://gazetaweb.globo.com/portal/noticia-old.php?c=214824&e=6>>. Acesso em: abr. 2017.

DUMPAS, Gilberto. **O mito do progresso ou o progresso como ideologia**. São Paulo: UNESP, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n77/a05n77.pdf>>. Acesso em: abr. 2017.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 3.ed. São Paulo: Paz & Terra, 1974.

MORIN, E. **Introdução ao pensamento complexo**. 5.ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 8. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

***O DEBATE JURÍDICO
E POLÍTICO ACERCA
DA PEC 241/55***

Laura Beatriz de Oliveira Wanderley Nepomuceno

Laura Thereza Lôbo Silva

Estudante de Graduação em Direito do Centro Universitário Tiradentes – UNIT/AL.
laurabnepomuceno@gmail.com

Estudante de Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas – UFAL.
lauralobo2312@gmail.com

O presente artigo faz parte do projeto de pesquisa de iniciação científica Nº 01/2016 no âmbito Programa Voluntário de Iniciação Científica – PROVIC: A constitucionalidade da agenda legislativa pós-impeachment de Dilma Rousseff: análise das PEC em caráter de urgência na câmara dos deputados. Orientado pela Profa. Dra. Lorena Madruga Monteiro.

1 INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito Constitucional, o poder constituinte derivado é o capaz de modificar o texto da Lei Maior. Esta passa por um processo específico mais complexo do que para leis ordinárias para ser aprovada. O poder reformador é “uma competência juridicamente vinculada. Como consequência, afigura-se natural e lógico que esteja sujeito aos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade” (BARROSO, 2015, p. 182).

Assim, as propostas de emenda à Constituição, popularmente conhecidas como PEC, são recursos utilizados como uma forma de controle político devido à instabilidade que a Carta Magna de 1988 ainda apresenta em seu corpo (COUTO; ARANTES, 2006, p. 41). Em decorrência disso, ela permanece a mercê de frequentes modificações, dependendo do cerne político do *status quo*. Desse modo, a Constituição brasileira, em menos de 30 anos de sua existência, já consta com 96 emendas e há em contraste a dos Estados Unidos que, em seus 230 anos, possui apenas 27 emendas, por exemplo.

Percebe-se que esse recurso tem sido utilizado comumente após o impeachment de Dilma Rousseff e que está trazendo várias mudanças, não necessariamente positivas, com foco, nos direitos sociais para a sociedade brasileira.

Uma dessas medidas foi a Proposta de Emenda à Constituição 241/55 que repercutiu negativamente entre a população, mas que ainda assim foi aprovada nas Casas do Congresso e tornou-se a emenda constitucional nº 95.

Este artigo tem por objetivo analisar os discursos utilizados pelo governo para justificar essa medida, assim como os contrários a ela, ademais, apontar como a retórica e a argumentação jurídica influenciaram – ou não – o debate acerca dessa PEC. Primeiramente, tratará sobre o histórico, a tramitação e o conteúdo da referida PEC. Em sequência discorrerá sobre como a retórica e a argumentação influenciaram ou não o debate acerca da PEC, bem como demonstrará a posição de alguns dos principais juristas acerca dessa medida. Por fim, tratará do embate entre argumentação política e jurídica *versus* interesses políticos.

Por meio de metodologia baseada na análise qualitativa da emenda referida, do quantitativo das votações referentes em ambas as Casas Legislativas, leitura de referencial teórico acerca da reforma e revisão constitucional, bem como dos diferentes discursos acerca da PEC 241/55 que a finalidade deste artigo foi atingida. Argumenta-se, nesta reflexão, que essa medida afetará diversos âmbitos e programas sociais existentes, principalmente as áreas da saúde, educação e segurança pública, que, com essa medida, terão um déficit de bilhões, prejudicando a população brasileira, principalmente, a longo prazo. Ademais, o presente artigo procurará demonstrar como essa proposta foi uma forma de preparação, por parte do governo, para as outras reformas: previdenciária e trabalhista.

Ressalta-se que esse esforço analítico não busca exaurir o tema, que precisa ser debatido, discutido e refletido por todos, devido às suas proporções, ainda mais, tendo em vista as novas proposições que o atual governo está oferecendo aos problemas existentes no país.

2 PEC 241/55: HISTÓRICO, DINÂMICA EXECUTIVA-LEGISLATIVA E CONTEÚDO

No dia 15 de Junho de 2016, foi proposta pelo então Vice-Presidente da República, no exercício do cargo de Presidente da República, Michel Temer, a Proposta de Emenda à Constituição de número 241, mais notoriamente conhecida como “A PEC do teto dos gastos”. Antes de adentrar no conteúdo propriamente dito dessa proposta – que posteriormente tornou-se uma emenda – é cabível uma explicação acerca do procedimento necessário para uma PEC ser aprovada.

Consoante o magistério de Luís Roberto Barroso (2015, p. 174-175), as constituições são mutáveis, “os documentos constitucionais precisam ser dotados da capacidade de se adaptarem à evolução histórica, às mudanças da realidade e às novas demandas sociais”, quando isso não acontece pelos mecanismos infor-

mais descritos — mutações constitucionais —, faz-se necessária a modificação do texto da Constituição.

É notório que, por se tratar de uma alteração na Carta Magna da República, o procedimento referente às emendas constitucionais difere das leis ordinárias, ele é mais dificultoso – ou, em tese, seria mais – devido às repercussões que poderão ocorrer diante de suas modificações. Ademais, porque as constituições não podem ser voláteis, seu procedimento de mudança não pode ser tão simples e rápido quanto o método dos outros tipos de leis, pois aduz Barroso que (2015, p. 175)

Os textos constitucionais não podem estar ao sabor das circunstâncias, fragilizados diante de qualquer reação à sua pretensão normativa e disponíveis para ser apropriados pelas maiorias ocasionais. Se isso ocorrer, já não terão condições de realizar seu papel de preservar direitos e valores fundamentais em face do poder político e das forças sociais.

Portanto, é necessário que frua uma harmonia entre a variabilidade e a segurança no texto constitucional.

Diante dessa prerrogativa, o art. 60, Constituição Federal/88, atendo-se ao caráter formal da mudança constitucional, traz que a Carta Magna poderá sofrer modificações mediante propostas de:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Ademais, em seus parágrafos, o referido artigo legisla que o quórum de aprovação precisa ser de $\frac{3}{5}$ dos votos de cada Casa do Congresso além de que em cada uma haverá discussão e votação em dois turnos.

Com isso, a PEC tratada neste artigo teve sua iniciativa no Poder Executivo, representado pelo Presidente Michel Temer – esse é o único momento em que há a participação do presidente, além da promulgação, toda votação é feita pelos parlamentares, os legisladores.

No primeiro turno de votação, na Câmara dos Deputados, a PEC nº 241/2016 obteve 366 votos favoráveis, 111 desfavoráveis e 2 abstenções, totalizando 479 deputados, participando da votação. No segundo turno, atingiu 359 votos favoráveis, 116 desfavoráveis e 2 abstenções, totalizando 477 deputados, participando da deliberação. Com esse quórum, a PEC 241/2016 seguiu para o Senado, passando a ser chamada de PEC 55/2016.

No Senado, em seu primeiro turno a emenda obteve 61 votos favoráveis contra 14 desfavoráveis, enquanto, em seu segundo turno, o placar foi de 53, apoiando a medida e 16 contrários a mesma.

É interessante observar que, no portal *e-cidadania*, no site do Senado, na época em que estava havendo a tramitação na referida casa, foi feita uma consulta pública acerca da PEC 55/2016 e o resultado foi de 345.716 votos contrários a medida e 23.770 a favor.

Não sendo uma votação vinculante, é cabível observar que essas pesquisas de opinião ocorrentes no portal deveriam servir para uma reflexão mais incisiva acerca da proposta por parte dos parlamentares, principalmente, devido ao seu conteúdo, que irá repercutir na vida dos cidadãos brasileiros pelos próximos dez anos, podendo ser renovada por mais dez.

Em termos de conteúdo a PEC em tela visa alterar o ato das disposições constitucionais transitórias, para assim instituir o Novo Regime Fiscal. Dito de outro modo, ela propõe fixar um limite para a despesa primária total tanto do Poder Executivo, do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, quanto de outros órgãos essenciais à Justiça, como o Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União (art. 107, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

A priori, essa medida pode parecer benéfica para a população brasileira, pois sua justificativa tem como base que

[...] esse instrumento visa reverter, no horizonte de médio e longo prazo, o quadro de agudo desequilíbrio fiscal em que nos últimos anos foi colocado o Governo Federal. (...) Note-se que, entre as consequências desse desarranjo fiscal, destacam-se os elevados prêmios de risco, a perda de confiança dos agentes econômicos e as altas taxas de juros, que, por sua vez, deprimem os investimentos e comprometem a capacidade de crescimento e geração de empregos da economia. Dessa forma, ações para dar sustentabilidade às despesas públicas não são um fim em si mesmas, mas o único caminho para a recuperação da confiança, que se traduzirá na volta do crescimento. A raiz do problema fiscal do Governo Federal está no crescimento acelerado da despesa pública primária. No período 2008-2015, essa despesa cresceu 51% acima da inflação, enquanto a receita evoluiu apenas 14,5%. Torna-se, portanto, necessário estabilizar o crescimento da despesa primária, como instrumento para conter a expansão da dívida pública. Esse é o objetivo desta Proposta de Emenda à Constituição. (MEIRELLES; OLIVEIRA, p. 4, 2016)

Entretanto, congela-se por vinte anos os gastos públicos em educação, saúde e segurança pública, nada garante que gere crescimento econômico. Portanto, diante de uma crise política institucional a aprovação de um projeto que instaura um novo regime fiscal carece de legitimidade.

3 O APORTE DA RETÓRICA E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA ANÁLISE DE CONTEÚDO POLÍTICO

É notório que um dos pontos principais na elaboração de um projeto – seja ele de lei ordinária, complementas ou emenda constitucional – deveria ser o debate incisivo acerca da temática

a ser modificada, acrescentada ou até suprimida do ordenamento jurídico. Nesse sentido, a retórica e a argumentação jurídica seriam basilares para a análise e discussão do conteúdo político apresentado, principalmente, pelos parlamentares.

A retórica teve a sua origem na civilização grega com o advento da *polis* e consequentemente da democracia ateniense, tendo os sofistas como seus principais expoentes. Fora Platão o responsável pela visão pejorativa que os sofistas tiveram por muito tempo. Como a democracia ateniense permitia o debate entre todos os cidadãos da *polis*, os sofistas começaram a ter um grande poder político, contudo, muitas vezes, utilizavam-se de suas habilidades argumentativas de modo eticamente errôneo e assim acabaram sendo parte significativa na decaída da *polis* ateniense (PACHECO, 2011, p. 3). Dessa forma, Platão identifica a retórica “apenas com a manipulação desenfreada e imoral das técnicas argumentativas com o intuito de subverter a verdade” (PACHECO, 2011, p. 3).

Consequente, finaliza o Dr. Gustavo de Britto Freire Pacheco (2011, p. 3) acerca da retórica para Platão que

Não obstante os males que causou ao pensamento sofisticado, a doutrina platônica tem o mérito inegável de ser uma justa reação contra os danos causados por muitos oradores que utilizavam seu talento, natural ou adquirido, para fins efetivamente imorais. É vital nesse ponto a contribuição de Platão para uma concepção ética da retórica que dê suma importância ao motivo da persuasão efetuada pelo orador. Afinal, a retórica é uma técnica instrumental, e, como todo instrumento, pode ser usada para atingir objetivos sublimes ou nefastos.

Outro grande filósofo importante para a conceituação e o estudo da retórica foi Aristóteles, discípulo de Platão e professor de Alexandre, o Grande. Ele escreveu acerca da retórica em um livro de nome homônimo dividido em três volumes. No livro I, separa a retórica em gêneros (deliberativa, judicial ou epidéiti-

ca). No livro II, analisa como as emoções interferem na receptibilidade do discurso retórico. Por fim, no livro III, são analisados a forma e o modo do discurso retórico.

De acordo com Mazzali (2008, p. 5-6), para Aristóteles, “a retórica além de ser o meio de persuasão pelo discurso, é também a teoria e o ensinamento dos discursos verbais – da linguagem escrita ou oral, que tornam um discurso persuasivo”. Dessa forma, o referido autor aduz o seguinte sobre a retórica

É também evidente que ela é útil e que a sua função não é persuadir mas discernir os meios de persuasão mais pertinentes a cada caso, tal como acontece em todas as outras artes; de facto, não é função da medicina dar saúde ao doente, mas avançar o mais possível na direcção da cura, pois também se pode cuidar bem dos que já não estão em condições de recuperar a saúde.(...)Entendamos por retórica a capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir. (...) a retórica parece ter, por assim dizer, a faculdade de descobrir os meios de persuasão sobre qualquer questão dada. (ARISTÓTELES, 2005, p. 94-96)

Ademais, vale salientar que ele foi o primeiro a reconhecer que a retórica é neutra, podendo ser utilizada tanto para bem quanto para o mal. Como pode-se perceber nesse trecho

E se alguém argumentar que o uso injusto dessa faculdade da palavra pode causar graves danos, convém lembrar que o mesmo argumento se aplica a todos os bens excepto à virtude, principalmente aos mais úteis, como a força, a saúde, a riqueza e o talento militar; pois, sendo usados justamente, poderão ser muito úteis, e, sendo usados injustamente, poderão causar grande dano. (ARISTÓTELES, 2005, p. 94).

Outro pensador importante para a matéria em questão é Chaim Perelman. O autor – que contraria a visão positivista de sua

época – foi à procura “de uma lógica específica para os valores” (PACHECO, 2011, p. 7). Dessarte, ele chegou à conclusão de que

[...] em todos os campos do conhecimento onde ocorre controvérsia de opiniões - a filosofia, a moral, o direito, etc. - recorre-se a técnicas argumentativas: a dialética e a retórica são utilizadas como instrumentos para se chegar a um acordos sobre os valores e sua aplicação. (PACHECO, 2011, p. 7).

A teoria da argumentação formulada por Chaim Parelman – que parte da definição aristotélica de retórica – possui quatro fatores importantes as noções de: acordo; auditório; dados e interpretação; técnicas argumentativas. O cerne principal da retórica para Parelman é a consciência acerca do auditório. É necessário conhecê-lo da melhor maneira possível para que se possa haver a maior quantidade possível de acordos prévios — “determinadas proposições incontroversas que já se encontram aceitas pelo auditório antes do início do discurso” (PACHECO, 2011, p. 8) –, para então, convencê-lo e persuadi-lo.

Portanto, a retórica seria a persuasão por meio do discurso, não sendo importante se o ele é verdadeiro ou não, o interessante e principal objetivo é convencer o auditório por meio de técnicas argumentativas – em termos, perelmanianos – que, primeiro, procuram favorecer as teses prezadas bem como as que já foram admitidas pelo auditório e, desprezar as que contrariem às proposições do orador (PACHECO, 2011, p. 9).

Dessarte, Pacheco – após analisar as diferentes concepções da retórica desde Aristóteles até Chaim Perelman – traçou alguns traços comuns a elas, que serão utilizados por este artigo para a análise da utilização da retórica na aprovação da PEC 241/55. São eles:

Em primeiro lugar, a retórica exerce a persuasão por meio de um discurso. Não se recorre a um experimento empírico nem à violência, mas procura-se ganhar a adesão intelectual do

auditório apenas com o uso da argumentação; Em segundo lugar, a retórica se preocupa mais com a adesão do que com a verdade. O objetivo daquele que a exerce é obter o assentimento do auditório à tese que apresenta. A verdade ou falsidade da mesma é uma questão secundária; em terceiro lugar, a retórica se utiliza da linguagem comum do dia-a-dia, e não de uma linguagem técnica ou especializada. Isso ocorre porque a retórica é dirigida a todos os homens, e não a um setor específico da população; Em quarto lugar, a retórica não se limita a transmitir noções neutras e assépticas, mas tem sempre em vista um determinado comportamento concreto resultante da persuasão por ela exercida, já que se propõe a modificar não só as convicções, mas também as atitudes. (PACHECO, 2011, p. 1).

Verifica-se, portanto, após tudo que foi exposto acerca da matéria, que, na tramitação da PEC nº 241/55, o governo procurou fazer com que o seu discurso fosse aceito pelo povo com as mais variadas formas, dentre elas, a propaganda televisiva – que ainda atinge uma grande parte da população. Dessa forma, ele supôs conhecer bem o seu auditório, todavia acabou deparando-se com uma grande incompatibilidade de aceitação por parte da população, que será representada, no presente trabalho, pelos juristas.

3.1 A POSIÇÃO DOS JURISTAS

O governo obteve de forma rápida a aprovação da nº PEC 241/55 tornando-a emenda constitucional. Seu trâmite foi feito às pressas, tanto pela Câmara dos Deputado quanto pelo Senado Federal, sem o devido exaurimento do debate acerca de seu conteúdo e futuras repercussões, além de que, não houve, como já demonstrado anteriormente, uma escuta devida da vontade da população, que é quem sofrerá diretamente com o seu vigor.

Investimentos em áreas essenciais – saúde, educação e assistência social – estarão limitados conforme a emenda. Forte-

mente criticada por seu conteúdo, que visa estagnar os gastos essenciais à população durante vinte anos, a atual emenda é alvo de críticas pelos juristas brasileiros. Silvio Almeida, professor de filosofia do direito do Mackenzie, afirma que

A PEC 241 altera toda a estrutura econômico-financeira do Brasil e, por isso, terá um impacto profundo no sistema político e jurídico, nos direitos fundamentais e até no projeto de país inscrito na Constituição Federal de 1988. É inevitável que uma alteração dessa envergadura na Constituição Federal atingirá em cheio o financiamento da saúde e educação, além de abrir caminho para um conflito político sobre o orçamento público cujas consequências sociais podem ser incontroláveis. (ALMEIDA, 2016, p. 1)

O professor de Direito Administrativo da PUC/SP, Rafael Valim, prontifica que a medida é inconstitucional no ponto de vista jurídico, pois viola o princípio de proibição de retrocesso e limitará sensivelmente durante os próximos vinte anos a ideia da legalidade orçamentária (VALIM, 2016, p. 1).

O professor de Direito Constitucional da PUC/SP, Luís Guilherme Arcário Conci, evidenciando a incongruência da medida, expõe que a PEC representará um retrocesso no âmbito social, pois

Essa emenda estabelece limites futuros sem antever uma realidade que pode se transformar. Antecipar em 20 anos despesas sem saber as transformações pelas quais a sociedade vai passar, significa estabelecer um prognóstico que pode se mostrar equivocado. (CONCI, 2016, p. 1)

Adriano Pilatti, professor de Direito Constitucional da PUC/RJ, manifestou em suas redes sociais que

Proibir aumento real da despesa pública por vinte anos, sem crescimento zero da taxa de natalidade, equivale a suprimir uma geração,

atrofiar os serviços públicos, denegar acesso à nutrição, ao saneamento, à segurança, à justiça, à cultura e outros bens da vida. É uma decisão genocida, tão cruel quanto desvincular os benefícios previdenciários do reajuste do salário mínimo, o que nada mais significa do que condenar aposentados e pensionistas à indigência, à doença, à humilhação e à morte. (PILATTI, 2016, p. 1).

O professor expõe que apenas o reajuste inflacionário não será o suficiente para abarcar todas as necessidades sociais e que o evidente aumento populacional ocorrerá, tornando os aparatos públicos ainda mais obsoletos e incapazes de suprir as necessidades do povo, que em situações de crise econômica, depende ainda mais dos serviços públicos. É notório que os avanços conquistados em moradia, saúde, lazer, educação e outros direitos sociais durante a década de 2000 não teriam sido alcançados caso uma PEC como 241/55 estivesse em vigência.

Ressalta-se que com o congelamento dos gastos a arrecadação não parará de acontecer e o dinheiro, que antes seria destinada para os gastos essenciais a população, deverá ser alocado em outros setores. Este é mais um ponto onde a emenda viola a carta magna de 1988, tendo em vista que a constituição estabelece uma ordem de prioridades para a destinação de verba, sendo os direitos fundamentais seu primeiro ponto de parada.

Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior (2016, p. 31), consultor legislativo do Senado Federal na área de direito constitucional, administrativo, eleitoral e partidário, posicionou-se em nota técnica contrária a PEC, onde diz que

Eliminar, como pretende a PEC nº 55, de 2016, a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo – legitimamente eleito pelo povo, por intermédio do voto direto, secreto, universal e periódico – definir o limite de despesas de seu Governo significa retirar-lhe uma de suas principais prerrogativas de orientação, direção e gestão.

Para Ronaldo, a emenda significa atar as mãos e impedir o chefe do poder executivo de fixar suas diretrizes e definir suas estratégias durante o exercício de seu mandato, impedindo-o de exercer com plenitude o mandato que lhe foi conferido a partir da soberania popular, prevista no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal/88. O consultor expõe também o artigo 60, parágrafo 4º da Carta Magna, que diz não se pode ser “objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir” a “forma federativa do Estado”, o “voto direto, secreto”, “universal e periódico”, a “separação dos poderes” e os “direitos e garantias individuais”, apontando que existe uma violação dessas quatro “cláusulas pétreas” inserida na PEC nº 55/2016, agora já vigendo como Emenda Constitucional 95. Ressaltando-se, portanto, que qualquer tentativa de violação às cláusulas pétreas, mesmo que não sejam feitas de forma direta, devem ser prontamente apontadas como inconstitucionais

Nota-se, portanto, que não é em apenas um aspecto que há ponderações sobre a validade, utilidade e constitucionalidade da PEC nº 241/2016. Juristas frisam os diversos pontos em que a emenda mostra-se contrária à Carta Magna, revelando o que há muito já é posto em pauta: as consequências desfavoráveis à população. Constata-se, então, o quão raso demonstrou-se o debate da proposta de emenda, ao perceber os efeitos que dela surtirão, que foram ignorados durante o seu trâmite. Acrescenta-se ainda que a argumentação política dos membros do poder executivo e legislativo é frágil quando aponta os benefícios que a PEC trará, como será demonstrado a seguir.

4 INTERESSES POLÍTICOS *VERSUS* ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Haja vista tudo o que foi demonstrado até agora no referido trabalho, cabe agora salientar o que o atual governo objetivava passar à população e como essa argumentação contradiz com o que os juristas analisaram e constataram. Percebe-se, ao longo

do texto, a contradição existente quando busca justificar a medida, contudo, de forma concomitante, demonstra que surtirão efeitos negativos em determinados setores primários afetados.

Com base no estudo intitulado de “Possíveis impactos da aprovação da PEC nº 241/2016” feito por Bruno Magalhães D’Abadia, consultor legislativo da área IV, é notório que a referida PEC irá afetar seis grupos que compõem as despesas primárias do governo. São elas: despesas previdenciárias, despesas com pessoal, despesas com saúde, despesas com educação, despesas com benefícios e programas sociais e despesas com investimentos (D’ABADIA, 2016, p. 1).

Logo na introdução do referido estudo encontra-se a seguinte fala:

Durante o trabalho, mostra-se como a proposta enviada pelo governo tem pouca eficácia sobre o montante total das despesas previdenciárias, ao mesmo tempo em que se elucida que os efeitos sobre as despesas com saúde e educação podem inclusive ser benéficos, contrariando os primeiros prognósticos de que necessariamente a desvinculação provisória dos limites mínimos a serem aplicados nessas áreas do desempenho da arrecadação acarretaria perdas de recursos. Por fim, será ressaltada a preocupação com o tratamento a ser dado às despesas com programas sociais e com investimentos e a premente necessidade de empreender reforma previdenciária juntamente com as medidas fiscais de curto prazo intentadas para se viabilizar a retomada do crescimento sustentável de longo prazo. (D’ABADIA, 2016, p. 3).

Em seguida, há o posicionamento que

Quanto às despesas previdenciárias, todos os estudos indicam que caso não seja feita a necessária reforma da Previdência, a PEC 241/2016 sozinha não será capaz de frear o avanço das despesas primárias, em função da

importância da Previdência no globo destas despesas. Isso se dá devido ao seu mecanismo de indexação, que faz com que os dispêndios deste setor cresçam anualmente mais do que a taxa de inflação. (D'ABADIA, 2016, p. 4).

Assim, demonstrando o posicionamento do autor, apoiando a medida tomada pelo governo, ao tempo em que o autor deixa claro que a medida não terá eficácia sozinha, visto que não afetará a previdência, tornando-se assim necessária a reforma da previdência, já em curso no Congresso.

Ao longo do texto o autor vai acrescentando argumentos sobre cada uma das áreas afetadas e como haverá uma melhoria nelas. Quanto à educação e à saúde D'Abadia (2016, p. 9) tece uma crítica acerca do “modelo atual de vinculação de receitas às despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino e com ações de saúde”, alegando que

O modelo atual faz com que todas as vezes que a economia vai bem, obtendo taxas positivas de crescimento, com o conseqüente crescimento mais que proporcional da arrecadação de receitas, aumentem os recursos destinados para educação e saúde, pois os mínimos a serem aplicados nessas áreas são dados como percentual das receitas. Por outro lado, em momentos como os atuais, de queda acentuada de arrecadação, diminuem proporcionalmente os recursos destinados à aplicação em saúde e educação. [...] conclui-se que o estabelecimento de uma regra de crescimento uniforme do mínimo a ser aplicado em saúde e educação gera o benefício da não compressão dos gastos em tempos de dificuldades econômicas, como os atuais, bem como ajuda evitar gastos não prioritários em momentos de bonança econômica. Se por um lado a metodologia da PEC 241/2016 impede o crescimento real das despesas aplicadas em saúde e educação, por outro impede também a sua queda real, em momentos de queda da receita pública. (D'ABADIA, 2016, p. 9-10).

Quanto os possíveis impactos sofridos nos setores de benefícios e programas sociais, bem como em relação aos investimentos, o autor afirma que “é possível imaginar que em um primeiro momento a PEC no 241/2016 implique sua redução” (D’ABADIA, 2016, p. 11). Ademais, acredita que as despesas com o pessoal e com o investimento serão os principais freios das despesas primárias (D’ABADIA, 2016, p. 6), pois

O próprio texto da proposta contém em seu art. 103 a previsão de que em caso de violação do limite das despesas primárias passarão a vigor vedações que incidem exclusivamente sobre a rubrica das despesas com pessoal, impedindo aumentos e reajustes, criação de cargos, admissão de pessoal e até mesmo a realização de concurso público. (D’ABADIA, 2016, p. 6).

Por fim, o autor encerra seu estudo argumentando que

[...] a opção mais indicada e viável para evitar que ocorram cortes indesejados em despesas primárias essenciais é a realização da reforma previdenciária. Em verdade, a PEC 241/2016 por si só constitui elemento importante do processo de recuperação fiscal do Brasil, mas sozinha não será eficaz em reconduzir os níveis de dívida pública e de juros para patamares aceitáveis e desejáveis. Será preciso comprometimento e empenho do governo para empreender as demais reformas necessárias, aqui destacada a reforma previdenciária, mas também pode-se citar uma reforma tributária que venha simplificar o Sistema Tributário Nacional, evitar a elisão e a evasão fiscal, coibir a guerra fiscal e tornar o sistema mais justo e progressivo. (D’ABADIA, 2016, p. 12).

É interessante perceber como ao longo do texto, embora corrobore com o posicionamento do atual governo, D’Abadia também mostra os efeitos negativos a curto e a longo prazo em cada um dos setores afetados pela PEC.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se demonstrar com o presente artigo de que forma se dá a modificação da Carta Magna, como o seu processo formal de modificação, em tese, é mais dificultoso, tendo em vista que é necessário levar em consideração à gravidade de sua mudança – já que repercute em todo o ordenamento jurídico, afetando, assim, a vida de todos os cidadãos – e a razão da necessidade que o debate acerca de um Proposta de Emenda à Constituição seja o mais exaurido possível, em âmbito argumentativo e jurídico, visando analisar todas as imagináveis consequências de uma possível alteração à Constituição.

Contudo, verificou-se, tendo a PEC nº 241/2016 como exemplo analisado, que tal debate muitas vezes não é exaurido e discutido o suficiente, tendo assim, muitas vezes, a argumentação jurídica sendo suprida por uma justificativa política que se esconde por trás da proposta de emenda. Nota-se que o uso do direito é expandido de forma a adequar-se às necessidades políticas e que seu âmbito formal, como também sua análise material mostram-se diminuídos perante os interesses políticos. Argumentações falaciosas são postas como justificativa e, facilmente refutadas, servem como base para a propositura e para o aceite de propostas sem qualquer base teórica ou funcionamento efetivo em âmbito social.

Nesse caso específico, constatou-se que, em termos perelmanianos, os parlamentares a favor da PEC não se importaram com o seu auditório – corroborando com as afirmativas de que muitas proposituras parlamentares se distanciam dos interesses populares – tanto que a pesquisa feita no portal *e-cidadania*, no site do Senado, demonstrou números contrários ao aceite da PEC, tendo a população se manifestado, também, nas ruas e nas redes sociais em desfavor da mesma, apelidando-a de “PEC da morte” e “PEC do fim do mundo”. Manifestações prontamente ignoradas pelas casas legislativas, que tramitaram a proposta da emenda de forma fugaz e fizeram o pronto aceite, transformando-a na Emenda Constitucional nº 95/2016.

Portanto, é preciso salutar a importância que o debate acerca dessas propostas de emendas representam e como os

parlamentares precisam escutar tanto especialistas das áreas que serão afetadas, quanto a população em si, visto que eles são representantes do povo e devem governar em prol de beneficiá-lo. Ademais, preservar os direitos sociais já conquistados devido ao Estado Social Democrático de Direito em que o Brasil se encontra, de forma a procurar outras soluções para a melhoria econômica do país sem que, necessariamente, precise restringir os gastos nas áreas da saúde, educação e dos programas sociais.

REFERÊNCIAS

A PEC 241/55 E SEUS EFEITOS PARA QUEM NÃO ENTENDE JURIDIQUEIS. Disponível em: <[http://emporiiodireito.com.br/a-pec-24155-e-seus-efeitos-para-quem-nao-entende-o-juridiques/](http://emporiiododireito.com.br/a-pec-24155-e-seus-efeitos-para-quem-nao-entende-o-juridiques/)>. Acesso em: 18 jun. 2017.

A PEC 241 E OS JURISTAS. Disponível em: <<https://economialegal.wordpress.com/2016/10/12/a-pec-241-e-os-juristas/>>. Acesso em: 22 jun. 2017

ARISTÓTELES. **Retórica**. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. **Emenda constitucional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. **Proposta de emenda constitucional**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v.21, n.61, p.41-62, jun. 2006 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092006000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 abr. 2017.

CONSULTA PÚBLICA. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=127337&voto=cont ra>>. Acesso em: 28 jun. 2017

D'ABADIA, Bruno Magalhães. **Possíveis impactos da aprovação da PEC nº 241/2016**. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/28999>>. Acesso em: 17 abr. 2017

JUNIOR VIEIRA, Ronaldo Jorge Araujo. As Inconstitucionalidades Do “Novo Regime Fiscal” Instituído pela PEC nº 55, De 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). **Boletim Legislativo**. Senado, Brasília, v.53, nov. 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/bol53>>. Acesso em: 28 jun. 2016

JURISTAS COMENTAM PEC 241 E APONTAM OS GRAVES RETROCESSOS QUE ELA REPRESENTA. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/10/10/juristas-comentam-pec-241-e-apontam-os-graves-retrocessos-que-ela-representa/>>. Acesso em: 18 abr. 2017

MAZZALI, Gisele Cristina. Retórica: de Aristóteles a Perelman. **Rev. Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v.4, p.1-16, 2008. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/158/155>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

PACHECO, Gustavo de Britto Freire. **Retórica e nova retórica**: a tradição grega e a teoria da argumentação de Chaim Perelman. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/ret%C3%B3rica-e-nova-ret%C3%B3rica-tradi%C3%A7%C3%A3o-grega-e-teoria-da-argumenta%C3%A7%C3%A3o-de-chaim-perelman>> Acesso em: 14 jun. 2017.

PEC 241 É A SÍNTESE DO NEOLIBERALISMO, AFIRMA JURISTA. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/10/31/93431/>>. Acesso em: 25 jun. 2017

SESSÃO EXTRAORDINÁRIA Nº 251 - 10/10/2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/votacao/mostraVotacao.asp?ideVotacao=7214&tipo=partido>>. Acesso em: 28 jun. 2017

SESSÃO EXTRAORDINÁRIA Nº 274 - 25/10/2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/votacao/mostraVotacao.asp?ideVotacao=7252&tipo=partido>>. Acesso em: 28 jun. 2017

VEJA COMO VOTARAM OS SENADORES NA APROVAÇÃO DA PEC DO TETO DE GASTOS. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/13/veja-como-votaram-os-senadores-na-aprovacao-da-pec-do-teto-de-gastos>>. Acesso em: 28 jun. 2017

***AS SANÇÕES POLÍTICAS COMO
INSTRUMENTO DE COBRANÇA
DE IMPOSTOS PELO PODER
PÚBLICO E A PROTEÇÃO
CONSTITUCIONAL AO
CONTRIBUINTE***

Victor Medeiros

João Victor Medeiros Barbosa. Bacharel em Direito; Pós-Graduado em Direito Tributário pela Faculdade Damásio de Jesus; Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio de Jesus; Professor Universitário de Graduação e Pós-Graduação na Estácio e na Raimundo Marinho.
profvictormedeiros@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

As Sanções Políticas têm sido utilizadas de modo indevido pelo Poder Público, principalmente nas relações entre a Administração Fazendária e Contribuinte, nas quais aquele faz cobrança de impostos, sem respeitar o devido processo legal e os demais direitos fundamentais do Contribuinte supostamente inadimplente.

Por outro lado, com anseio de não ser lacunoso, abordaremos o conceito de Tributos e seus aspectos, não só observando a legislação brasileira, mas também o posicionamento doutrinário e suas definições.

Do mesmo modo faremos com as Sanções Políticas, uma vez que a doutrina quase que majoritariamente aponta a sua inconstitucionalidade na aplicação delas por parte do Poder Público, precipuamente no que concerne à cobrança de tributos, violando os direitos fundamentais do Contribuinte, que por sua vez encontrasse respaldado pela Magna Carta de 1988.

Em outro capítulo, abordaremos o conceito dos direitos fundamentais do contribuinte, uma vez que na relação jurídica existente entre a Administração Fazendária e Contribuinte, este acaba tendo vários direitos fundamentais violados. Inclusive, trataremos a violação dos postulados do Acesso ao Judiciário, do Devido Processo Legal e do Contraditório e da Ampla Defesa.

Por fim, temos como maior objetivo, fortalecer a consagração dos direitos fundamentais do contribuinte doutrinariamente para que, em futuras manifestações ao Poder Judiciário, os tribunais já tenham um direcionamento, uma vez que o ordenamento jurídico por si só já resguarda esses direitos.

2 ACORRELAÇÃO ENTRE AS SANÇÕES POLÍTICAS E OS TRIBUTOS SOB A ÓTICA CONCEITUAL E SISTEMÁTICA

Têm-se as sanções políticas um instituto discutido há tempos pelos estudiosos e acirrando ainda mais com o advento da

Constituição Federal de 1988, elas como mecanismos que respaldam as atitudes tomadas pelo Poder Público para atender seus anseios, a fim de ver o bom andamento da Administração, objetivando unicamente prevalecer à supremacia do interesse público.

No entanto, a abordagem das sanções políticas se dá de modo pertinente à sua aplicabilidade no direito tributário. Portanto, no que concerne ao seu contexto histórico, poucas são as informações que se tem acerca das sanções políticas.

Dessa forma, a única certeza que temos, em face dos escritos históricos, é que o tributo surgiu na Inglaterra com a famosa radicalização do João Sem Terra na cobrança de tributos, dando, inclusive, de acordo com (MARTINS, 2005, p. ?), a “origem à Magna Carta Baronorum (1215) e definiu o princípio da anualidade – permitindo ao pagador de tributos saber, com base no ‘orçamento oficial’ do ano anterior, o que seria necessário para a coroa e o que ficaria com o povo para o ano seguinte”.

Assim, esses momentos históricos são denominados de ruptura cultural, tendo uma melhor definição por (SIQUEIRA, 2005, p. ?) que aduz ser um

[...] fenômeno político e cultural que sempre reporta a fato histórico que, via de regra, está ligado às revoluções sociais desencadeadas pelo uso da força, ou pela total e irrestrita subjugação de valores antes predominantes, por novos valores sociais que sub-rogam os anteriores.

Com isso, pode-se falar que a ruptura cultural tem como aspecto marcante as suas mudanças para uma solução, em determinados momentos, de modo definitivo para, a partir daí iniciar uma nova era.

Em que pese termos pelo mundo afora vários acontecimentos caracterizadores de uma ruptura cultural, a exemplo a Revolução Francesa, a ascensão do Nazismo, bem como a sua queda, as Guerras Mundiais etc. Parte de os estudiosos declarar que no Brasil nunca aconteceu nenhum momento histórico semelhante, transformador e colaborador para um avanço político e cultural.

Desse modo, percebe-se que no Brasil a autoridade era dada pelo uso da força e não pelas leis. Cabendo destacar que, nesse período, as legislações ficaram praticamente preteridas, restando à sociedade ser dirigida e julgada ao bel prazer dos ditadores.

Nesse caminhar, vê-se que a imposição, a autoridade, em nada contribui para evolução de uma sociedade, para a mudança de um país. Concluindo, assim, (SIQUEIRA, 2005, p. ?) que “A autoridade, portanto, fica esvaziada no contexto conceitual pleno, porque não decorrente de processo de ruptura. Em face deste incontroverso fato, os detentores de poder no Brasil, constantemente valorizam sua autoridade, mediante o ‘abuso de autoridade”.

Posteriormente, a legislação tributária foi se aperfeiçoando e regulamentando os demais impostos até consolidar a legislação tributária nacional.

Assim, percebe-se que a democracia ficou preterida por muitos anos na história do direito tributário, sendo pífia a tentativa de se implantar um Estado Democrático de Direito, pois (MARTINS, 2005, p. ?) “O povo, através da história, sempre trabalhou para sustentar os governantes, cabendo aos governantes retirar da sociedade o que desejam e a sociedade produzir os recursos necessários para sustentá-los e a seus caprichos, guerras, desejos de grandeza”.

Com isso, pode-se dizer que muito pouco mudou a postura de como deve ser um Administrador Público, uma vez que este é detentor do Poder e, conseqüentemente, precisa de recursos para fazer uma boa administração.

Outra situação que há anos ocorre é que segundo (MARTINS, 2005, p. ?) “mesmo nas democracias, os detentores do poder, ou seja, aqueles que vencem a batalha eleitoral, necessitam do respaldo do povo, do trabalho do povo, do seu esforço para conservarem-se no poder”.

Desse modo, mesmo o Administrador Público, necessitando vitalmente da participação e colaboração do povo em um Estado de Direito, ele o explorar, em razão de ser função do papel que ele exerce, inclusive, caso seja necessário ele venha agir com rigor, observando sempre o que a lei permite. Diferentemen-

te não seria o seu agir na cobrança de tributos, tendo em vista ser elemento arrecadatário fundamental para a manutenção da máquina estatal. Portanto, (MARTINS, 2005, p. ?) “o tributo, o elemento mais relevante para o exercício do poder. Em todos os tempos, o tributo serviu para sustentar seus detentores, não havendo poder sem tributo, ou tributo sem poder”.

Ao final, (MARTINS, 2005, p. ?) “Poder e Tributo’ continuam sendo, na história da humanidade, dois entes indissolúveis que, em face da desigualdade entre os homens, cabe ao povo suportar”.

2.1 TRIBUTO: CONCEITO E ASPECTOS

A palavra tributo decorre etimologicamente dos primórdios da civilização e significa a repartição ou divisão de bens entre tribos (*tribuere*) e indicava primeiramente os valores devidos pela tribo derrotada como tributo à vencedora. (CALIENDO, 2009, p. ?).

No entanto, ao que se refere ao conceito de tributo propriamente dito, temos ele aprimorado na Constituição Federal de 1988, havendo a necessidade de destilá-lo segundo (COSTA, 2015, p. ?):

[...] da leitura do capítulo dedicado à disciplina do Sistema Tributário Nacional (arts. 145 a 156), depreende-se a noção essencial desse conceito, segundo a qual tributo corresponde a uma relação jurídica existente entre Estado e contribuinte, uma vez implementada determinada situação fática prevista em lei como autorizadora dessa exigência, cujo objeto consiste numa prestação pecuniária, não revestida de caráter sancionatório, e disciplinada por regime jurídico próprio¹.

1 Nessa ótica, observa-se que o legislador Constituinte lapidou o conceito de tributo, dando ênfase que a relação jurídica tributária existente entre Estado e Contribuinte só é implantada com a existência de um fato gerador.

Em que pese o conceito constitucional de tributo ser mais sistemático, o legislador infraconstitucional já o havia disciplinado outrora na Lei nº 5.172/66 de modo mais objetivo e repetitivo, dispondo em seu artigo 3º que: “Art.3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Assim, vê-se que o cerne da definição de tributo está no dever jurídico que nasceu a partir de um fato, o qual por ora envolve ou se faz necessário pagar dinheiro. Com isso, (COSTA, 2015, p. ?):

Afinando-se ao conceito constitucional, estatui que se trata de uma relação jurídica mediante a qual o credor ou sujeito ativo – no caso, o Fisco – pode exigir do devedor – o sujeito passivo ou contribuinte – uma prestação em dinheiro, exigível mediante lei e inconfundível com uma sanção².

Toda essa obrigatoriedade de se pagar o tributo tem um objetivo de (MARTINS, 2005, p. ?) aduz “carrear para os cofres do Estado meios financeiros para a satisfação das necessidades da coletividade”.

Portanto, vê-se que o tributo “é uma obrigação ex lege, vale dizer, nasce pela simples realização do fato descrito na hipótese de incidência prevista em lei, sendo, portanto, compulsória” (COSTA, 2015, p. ?).

No entanto, “Compulsório não quer dizer obrigatório, mas significa que independe da vontade da pessoa de contribuir. A pessoa não paga o tributo porque quer ou gosta. Se isso ocorresse, não pagaria tributo” (MARTINS, 2005, p. ?).

2 Dessa forma, temos o tributo como uma obrigatoriedade imposta ao Contribuinte porque a ele não resta outra saída senão cumprir com sua obrigação pagando os impostos. Inclusive, não sendo efetivado no momento proposto, acarreta em sanções disciplinadas pela legislação tributária, fato este que faz efetivar definitivamente, o objetivo do Fisco, que é fazer com que o Contribuinte cumpra o seu dever.

Ao final, conclui-se que no campo do direito das obrigações, “compreende tributo prestação de dar, de pagar. Não se tratando de obrigação de fazer ou não fazer” (MARTINS, 2005, p. ?), ou seja, tributo é o cerne de toda e qualquer relação jurídica tributária existente no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 SANÇÃO POLÍTICA: CONCEITO E SEUS ASPECTOS

2.2.1 Sanção

Inicialmente, insta destacar que os institutos do Tributo e da Sanção não se confundem, uma vez que esta só é aplicável na relação Administração/Contribuinte quando este não cumpre com o seu dever de prestação pecuniária.

No entanto, a melhor diferenciação de Tributo e Sanção é definida da seguinte forma, segundo Maria Ângela Lopes Paulino Padilha (2015 apud ROBSON MAIA LINS, p. 67):

Enquanto tributo é instituído pelo Poder Público com a finalidade, em tese, de fazer frente às despesas públicas, as sanções tributárias têm por objeto reprimir a conduta ilícita do sujeito passivo (função repressiva), além de, preventivamente, induzir os administrados a não praticarem determinadas condutas que, a juízo do legislador infraconstitucional – mas desde que dentro da moldura constitucional – sejam negativas para a convivência em sociedade.

Com isso, conclui-se que o tributo está intrinsecamente ligado a uma conduta lícita praticada pelo Poder Público, enquanto a sanção é utilizada por este quando o contribuinte não cumpre com sua obrigação e incorre em uma conduta ilícita.

2.2.2 Sanções políticas: conceitos e seus aspectos

Sanção política:

É aquele constrangimento, aquela ameaça feita a um cidadão – pessoa física ou jurídica – para que, submetido à coação ou processo psicológico que lhe leve a sentimento de fragilidade e falta de opção tempestiva e/ou economicamente viável, concorde com tudo que o agente do Poder Executivo deseje, independentemente de um exame de seus próprios direitos. (SIQUEIRA, 2005, p. ?)

Por outro lado, parte da doutrina consagrada passou a resumir e definir sanção política em restrições impostas ao contribuinte. Assim, “convencionou-se chamar de sanções políticas as indevidas restrições impostas ao exercício de direitos do contribuinte, de molde a compeli-lo ao cumprimento de suas obrigações” (COSTA, 2005, p. ?)³.

Entretanto, os procedimentos administrativos mencionados não seguem um caminho que respeite os direitos constitucionais dos administrados, como veremos mais adiante. Quanto a sua classificação, as sanções políticas subdividem-se em duas espécies segundo (PADILHA, 2015, p. ?):

As sanções não pecuniárias, aquelas que culminam restrições de direito, imputações de deveres formais mais gravosos, perda de benefícios etc., em cujas categorias incluem-se, por exemplo, a apreensão e perdimento de bens e os regimes especiais de controle e fiscalização”, bem como as sanções pecuniárias.

³ Acontece que, no ordenamento jurídico brasileiro, as sanções políticas tributárias se apresentam nas mais variadas modalidades, no entanto, em observância ao objetivo do presente trabalho, devemos manter o foco nas conhecidas sanções punitivas que tem sua natureza jurídica no âmbito administrativo tributário como, por exemplo, a apreensão e os procedimentos especiais de fiscalização.

Nesse caminhar, “a ordem jurídica, ao mesmo tempo em que estabelece a conduta desejada, sanciona a sua infração, a fim de que essa transgressão não se realize” (SILVA, 2007). Assim, dentro da classificação das sanções não pecuniárias, temos as sanções restritivas de direitos em decorrência do poder de polícia conferido à Administração Pública.

Com isso, o Poder de Polícia atribuído ao Poder Público “serve para condicionar e restringir, por meio de atos administrativos ou regulatórios, o exercício dos direitos da liberdade e da propriedade em prol da coletividade, compatibilizando-os, assim, com o bem-estar social” (PADILHA, 2015, p. ?)⁴.

Em que pese a sanção política seja algo que evoluiu ao longo da história dos governos, bem como ante a necessidade de se cobrar tributos, aparenta-se ter se fortalecido no Brasil, com o regime militar, mas realmente só aparenta, uma vez que “na ditadura militar, era e é pura e simplesmente ‘ato ditatorial’” (SIQUEIRA, 2005, p. ?), ou seja, o ato praticado pelo ditador é intrínseco à sua vontade, não fazendo nenhuma observância ao que dispõe a lei.

Então, percebe-se que o Estado Democrático de Direito implantado no Brasil tem como protagonista o governo e como coadjuvante as sanções políticas para que juntos mostrem sua força à sociedade e, sobretudo, ao cidadão contribuinte.

Nessa linha de pensamento (SIQUEIRA, 2005, p. ?) dispõe que “Em um Estado de Direito, tem-se a clara concepção do governo soberano, e da figura do cidadão hipossuficiente em relação a esse governo todo-poderoso”. A partir daí, vê-se por muitas vezes violados os direitos dos contribuintes, tendo estes unicamente o dever de cumprir. Enquanto isso, a Administração Pública faz gozo da supremacia do interesse público face ao particular.

4 De forma lamentável, não é isso que ocorre na prática, uma vez que as sanções políticas são impostas pelo Estado, que as exerce por meio do seu poder de polícia, tão somente, com o intuito de ver as suas exigências serem cumpridas, ao tempo que almeja gozar dos benefícios que lhe são dados, em razão do cumprimento dos deveres, por parte dos contribuintes.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE E SUA APLICABILIDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS

Inicialmente, cumpre-nos abordar a definição de direito fundamental, que segundo Hugo de Brito Machado (MACHADO, 2009, p. ?):

É aquele estabelecido pela Constituição, e cuja dimensão, em princípio, decorre da interpretação mais ampla possível da norma constitucional que o estabelece. Amplitude que deve significar a pluralidade de aspectos sob os quais os direitos fundamentais devem ser vistos. Assim, em certos casos, pode parecer que ocorre o surgimento de novos direitos que, a rigor, já estavam de algum modo embutidos nos preceitos anteriores. Daí referir-se a doutrina a novas gerações, ou novas dimensões dos direitos fundamentais.

Na verdade, diante da evolução constante da sociedade brasileira, percebe-se que a todo o momento os direitos fundamentais estão sendo postos em conflito. E isso ocorre simplesmente pelo fato de a Constituição Federal de 1988 dar guarida a diversos setores da sociedade. Fazendo, assim, o resguardado pela Carta Magna, ao ver o seu direito afrontado e entendendo ser esse absoluto na maioria das vezes, ante a sua natureza jurídica, se socorra ao Poder Judiciário para que, a partir daí, possa o guardião da Constituição decidir qual direito deve sobrepor.

Nesse caminhar, tem-se o esclarecimento de Hugo de Brito Machado (2009 apud MORAES, p. 18) que “[...], a regra, no Estado de Direito, é o pleno respeito às inviolabilidades constitucionais, permitindo-se, porém, excepcionalmente, a violação desses direitos e garantias”.

No âmbito do direito tributário,

[...] tanto no que diz respeito aos princípios que apontam para uma tributação justa, como o princípio da capacidade contributiva, como no que diz respeito aos princípios tendentes à realização dos valores da segurança, como o princípio da legalidade e da anterioridade da lei tributária, muitas são as práticas do Estado que consubstanciam flagrante violação de preceitos da Constituição Federal. (MACHADO, 2009, p. ?).

Entretanto, como ficou evidente no próprio tema proposto, não iremos abordar todas as ilegalidades praticadas pela Administração Pública, mas, tão somente, acerca das sanções políticas que de acordo com Machado (2009, p. ?) estas:

Constituem a maneira mais flagrante e persistente de violação de direitos fundamentais do contribuinte, pela Fazenda Pública, em seus diversos setores. São medidas as mais diversas, impostas ao contribuinte, que de forma indireta o obrigam ao pagamento de tributos, devidos ou não, sem lhes dar oportunidade de questionamentos⁵.

Na verdade, a cobrança de imposto, identifica-se cabalmente o conflito dos interesses postos. De um lado, tem-se a Administração Fazendária, com respaldo no famoso princípio constitucional da Supremacia do Interesse Público sobre o particular. Noutro, temos os direitos fundamentais do Contribuinte, como o Direito do Acesso à Justiça e o também conhecido Princípio do Devido Processo Legal (Contraditório e Ampla Defesa).

Assim, temos convicção do mesmo modo que Machado (2009, p. ?) para quem,

5 O autor aborda diversas agressões políticas em seu estudo, no entanto, abordaremos somente violações do Princípio do Acesso ao Judiciário, do Devido Processo Legal e do Contraditório e Ampla Defesa.

A rigor, nada é absoluto. Nenhum direito é absoluto. A relativização de um direito fundamental, todavia, só se justifica em face de outro direito fundamental. O aparente conflito entre eles é que justifica a relativização de ambos, para que possam ambos subsistir, na medida necessária à convivência das liberdades públicas. A relativização é o recurso, sempre excepcional, necessário à própria preservação dos direitos fundamentais que eventualmente se ponham em conflito.

No entanto, temos nessa relação jurídica tributária, institutos jurídicos de extrema importância que regem esta relação, tais como os princípios constitucionais, para que posteriormente passemos a abordar os demais institutos incidentes nessa relação processual tributária.

3.1 PRINCÍPIO DO LIVRE ACESSO AO JUDICIÁRIO

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

De acordo com Nelson Nery Júnior, “embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador nem ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão” (NERY JUNIOR, 2010 apud MIRANDA, p. 174).

Acontece que acerca do postulado mencionado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. ?) expõe que

Como o princípio da legalidade, o do controle judiciário é intrínseco à democracia de opção liberal. Apesar de sua importância, salvo os autores norteamericanos, poucos estudiosos lhe têm dado maior atenção, colocando-o no rol das coisas óbvias. Na verdade, o direito de o indivíduo fazer passar pelo crivo do Judiciário toda lesão a seus direitos

é essencial a todo regime cioso das liberdades fundamentais. Deflui inexoravelmente esse princípio da própria “separação de poderes”, pois outra não é, no fundo, a justificativa da independência do Judiciário que não a tutela dos direitos individuais. Todavia, a sua expressa enunciação, como no art. 5º, XXXV da Constituição – ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ – é sempre recomendável. De fato, o crivo imparcial do Judiciário contraria muita vez a prepotência dos governantes que, se podem, cuidam de impedir sua fiscalização.

Na evolução do princípio de acesso à justiça, tivemos um marco histórico importante, porém indesejável, conforme reporta Nelson Nery Júnior (2010 apud CAPPELLETTI; VIGORITI, p. 174) “em passado recente tivemos episódio histórico que envergonhou o direito brasileiro, a exemplo do que ocorreu no sistema jurídico dos Estados totalitários da primeira metade deste século, que proibiam o acesso à justiça por questões raciais”⁶. Corroborando com o pensamento, “felizmente o período de exceção do estado de direito passou e o País voltou à normalidade institucional, com o advento da CF/1988, que não mais permite qualquer tipo de ofensa à garantia do direito de ação” (NERY JÚNIOR, 2010, p. ?).

Vale destacar que de acordo com Pedro Lenza, “o princípio da inafastabilidade da jurisdição é também nominado direito de ação, ou o princípio do livre acesso ao Judiciário, ou, conforme assinalou Pontes de Miranda, princípio da ubiquidade da Justiça” (LENZA, 2012, p. ?).

Desse modo, “isso quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos” (NERY JÚNIOR, 2010, p. ?).

6 Diante desse episódio, percebe-se uma postura muito diferente do legislador moderno, uma vez que, por óbvio, a exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário é claramente inconstitucional pelos termos da Carta Magna de 1988.

No entanto, o texto constitucional recebe uma crítica da doutrina de Pedro Lenza (2012, p. ?) acerca da “forma indireta de apresentação da garantia ao direito à jurisdição – ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ – prescrita no art. 5º, XXXV, da CF/88”. O autor continua:

Essa fórmula indireta surgiu, provavelmente, como reação a atos arbitrários que, aproveitando a inexistência de prescrição constitucional expressa (lembrar que referido direito só adquiriu *status* de preceito constitucional com a Constituição de 1946), muitas vezes, por intermédio de lei ou decreto-lei, excluíram da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito. Muito melhor seria se referido princípio fosse prescrito na forma direta, como se verifica, dentre outras, nas Constituições da Itália, Alemanha, Portugal, Espanha, na Declaração Universal dos Direitos Humanos etc. (LENZA, 2012, p. ?).

Lenza (2012, p. ?) afirma também que:

Apesar dessa crítica terminológica, o art. 5º, XXXV, da CF/88 veio sedimentar o entendimento amplo do termo “direito”, dizendo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, não mais restringindo a sua amplitude, como faziam as Constituições anteriores, ao “direito individual” (*vide* arts. 141, §4º, da CF/46; 150, §4º, da Constituição de 1967; 153, §4º, da EC n. 1/69; 153, §4º, na redação determinada pela EC n. 7/77).

Ao final, “prefere-se, ainda, seguindo a doutrina mais abalizada, a expressão ‘acesso à ordem jurídica justa’ a ‘acesso à Justiça’ ou ‘ao Judiciário’” (LENZA, 2012, p. ?).

Isso porque, Pedro Lenza define que “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o *acesso* à ordem jurídica justa” (LENZA, 2012 apud WATANABE, p. 1002).

Diante da exposição do referido princípio, vê-se a necessidade da Administração Pública por não dar oportunidade do Contribuinte socorrer-se ao Poder Judiciário, para dar a devida observância ao Devido Processo Legal.

3.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, inciso LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. ?) “impede essa cláusula toda restrição à liberdade ou aos direitos de qualquer homem, sem intervenção do Judiciário, claro, se o interessado a reclamar”.

O mais interessante dessa cláusula constitucional é a garantia dada ao cidadão do seu direito, de modo que naturalmente se interliga com o princípio do acesso ao Judiciário, obrigando, assim, que todo direito violado tenha a apreciação do Poder Judiciário. Com isso, “o princípio se torna mais sólido, já que impede que uma proposital alteração de estrutura do Judiciário esvazie essa garantia” (FERREIRA FILHO, 2015, p. ?).

Como é sabido, aduz Nery Júnior (2010, p. ?):

O direito processual está subordinado aos princípios constitucionais gerais, entre os quais ressaltamos o princípio da dignidade humana, que se apresenta como fundamento da República Federativa do Brasil (CF 1º III), tal a sua importância e magnitude no direito constitucional brasileiro.

Assim, temos que o princípio constitucional posto em questão é “a base sobre a qual todos os outros princípios e regras sustentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process law*” (NERY JÚNIOR, 2010, p. ?). E mais, alega o autor

[...] em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies⁷.

Dessa forma, a Administração Pública deve fazer plena observância a estes quando adotar medidas para cobrar impostos, inclusive as sanções políticas.

3.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O princípio do contraditório e da ampla defesa está devidamente expresso na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, nos seguintes termos:

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: [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]⁸.

7 De fato, o Princípio do Devido Processo Legal é o cerne de muitos outros princípios desenvolvidos pela doutrina, entre eles estão o princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, que é muito citado nas teses de cerceamento de defesa, nas lides dos diversos ramos do ordenamento jurídico, especialmente na fase recursal, ou nas nulidades administrativa e criminais.

8 Ante uma interpretação sistemática do texto constitucional exposto, percebe-se a clara relação que esse princípio tem com os demais princípios abordados, uma vez que a fase procedimental de toda e qualquer relação jurídica tributária inicia-se com a manifestação de algum órgão julgador, seja ele no âmbito administrativo ou judicial.

Tem-se, deparando-se com uma demanda judicial, de pronto, o livre acesso ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, uma provocação deste para apreciação da matéria posta em questão.

Por outro lado, vê-se uma relação intrínseca com o postulado do devido processo legal, pois para que este possa ser aplicado de modo adequado, deve observar plenamente e assegurar o contraditório e ampla defesa nas relações jurídicas.

Em que pese, segundo Nelson Nery Júnior (2010, apud BVerfGE, p. 210):

O contraditório ser garantia constitucional estampada na CF 5^ª, o que à primeira vista poderia parecer restringir-se ao cidadão ou à pessoa física, na verdade essa garantia pode ser invocada por pessoa física ou jurídica, na defesa não só da igualdade processual, mas também dos direitos fundamentais de cidadania, religião, liberdade sexual etc.

Portanto, observa-se que quando houver uma afronta a algum direito fundamental, inclusive do Contribuinte, naturalmente este tem do seu lado o postulado do Contraditório e da Ampla Defesa, independentemente de ele ter dado causa ao surgimento da relação jurídico tributária ou não.

Fica claro que defender-se das advertências, multas, sanções e até imposições por parte da Administração Pública é uma garantia constitucional e, como é sabido, a não observância de todo o procedimento pode acarretar em nulidade processual.

É evidente, analisando os termos que dão nome ao postulado em estudo, que a ampla defesa é a gama de instrumentos que devem ser observados no processo, a exemplo dos prazos, da juntada de documentos probatórios, do arrolamento de testemunhas, entre outros.

Já por contraditório, “deve-se entender, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis” (NERY JÚNIOR, 2010, p. ?).

Desse modo, vê-se que a garantia do contraditório é basicamente uma obrigação que o órgão julgador tem de noticiar as suas decisões e manifestações às partes constituintes da relação jurídica tributária.

Assim, devemos concordar com Nelson Nery Júnior (2010, p. ?) que

[...] não se pode economizar, minimizar a participação do litigante no processo, porque isso contraria o comando emergente da norma comentada. O órgão julgador deve dar a mais ampla possibilidade de o litigante manifestar-se no processo. Significa, ainda, poder acompanhar e participar da colheita da prova, de modo a poder, incontinenti, fazer a contraprova, por exemplo, reperguntando para a testemunha.

Diante das premissas acerca do postulado do contraditório e da ampla defesa, constata-se que mesmo sendo termos e mecanismos diferentes no processo, eles se complementam e se configuram de modo simultâneo nas relações jurídicas processuais.

4 A NECESSIDADE DO PODER PÚBLICO ADOTAR O PROCEDIMENTO ADEQUADO NA COBRANÇA DE IMPOSTOS (MEDIANTE EXECUÇÃO FISCAL) ANTE À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

Segundo Juarez Freitas (2014, p. ?):

O poder público existe para os direitos fundamentais e para respeitar as prioridades constitucionais vinculantes. Falar, portanto, em “poder de polícia administrativa” não é cogitar

de mera faculdade estatal. Acima de tudo, trata-se de um dever perante a sociedade. No Estado Democrático, o exercício do poder vincula e responsabiliza, pois os direitos fundamentais não são singelas expressões de contrapartida dos direitos atribuídos ao Poder Público: configuram autênticos direitos fundadores do Estado. Por isso, nas relações administrativas o direito fundamental à boa administração precisa ser visto como gerador do correspondente dever incontornável de observar a totalidade dos princípios constitucionais.

Por outro lado, aduz Cassiano Menke (apud ATALIBA, 2008, p. ?) que,

As normas que conferem poderes ao Estado para instituir e cobrar tributos devem ser analisadas à luz dos direitos fundamentais, os quais, por sua vez, precisam ser compreendidos diante dos fundamentos do Estado Social de Direito (art. 1º da CF) e dos objetivos por ele almejados (art.3º da CF). Os direitos fundamentais, de outra banda, devem ser interpretados, por exemplo, no contexto da ordem econômica e financeira (arts. 170-192 da CF), assim como ela deve ser entendida como meio apto à promoção dos direitos. Ou seja, tais elementos precisam ser reconhecidos como uma só estrutura que caminha em direção aos valores perseguidos pelo Estado. Eles não podem se excluir ou se anular mutuamente, nem mesmo ser interpretados de forma isolada.

Ocorre que, muitas vezes, o Poder Público não faz a observância dos preceitos constitucionais envolvidos em uma relação jurídica tributária, que, mesmo exercendo o seu papel de fiscalizar e executar atos administrativos, não pode deixar de fazer a devida observância em razão da discricionariedade administrativa, uma vez que, “o ato de ‘polícia administrativa’ pode estar lastreado numa lei violadora dos deveres da proporcionalidade,

o que caracteriza condenável exercício abusivo do poder, com todos os consectários” FREITAS, 2014, p. ?).

Assim, Cassiano Menke chama a atenção em seu posicionamento acerca dos direitos fundamentais ante as condutas praticadas pelo Poder Público, aduzindo:

Imagine-se, então, um círculo. Dentro dele estão aqueles bens protegidos pelos direitos fundamentais, que passam a ser restringidos progressivamente pela eficácia interventiva decorrente da concretização das normas tributárias. A cada intervenção sofrida o círculo experimenta uma restrição ao seu conteúdo. A cada manifestação concreta do poder de tributar, o âmbito protegido pelos direitos é pressionado e comprometido parcialmente. Mas no seu âmago, na sua parte mais interna e central, no seu núcleo essencial, residem bens irrestringíveis, haja vista sua indispensabilidade à eficácia do direito (MENKE, 2008, p. ?).

A necessidade de proteção aos direitos fundamentais do Contribuinte surge do fato de que a Administração Fazendária nem sempre age corretamente ao praticar o seu Poder de Polícia, pois de acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. ?)

[...] como a atuação destes deve sujeitar-se aos parâmetros legais, a conduta abusiva não pode merecer aceitação no mundo jurídico, devendo ser corrigida na via administrativa ou judicial. A utilização do poder, portanto, deve guardar conformidade com o que a lei dispuser. Podemos, então, dizer que abuso de poder é a conduta ilegítima do administrador; quando atua fora dos objetivos expressa ou implicitamente traçados na lei.

Assim, na melhor das hipóteses, é plausível alegar que “o exercício do ‘poder de polícia administrativa’ há de estar em conformidade com o direito-síntese à boa administração pública, ou será irregular” (FREITAS, 2014, p. ?).

Desse modo, Juarez Freitas (2014, p. ?) aduz que:

Fiel a esse modo de compreender tais restrições, deve-se cuidar de rever o “poder de polícia” como inerência da “soberania”, pois a sóbria releitura do “poder de polícia administrativa” favorece o objetivo de “constitucionalizar” as relações de administração, estimulando o controle marcadamente de benefícios diretos e indiretos. Nessa linha, convém notar que a limitação administrativa dos direitos individuais, sob pena de se converter em condenável abuso ou omissão de poder, não pode transgredir os prudentes limites da intervenção que se quer motivável.

Com isso, de acordo com Carvalho Filho (2010, p. ?) “agindo com abuso de poder, por qualquer de suas formas, o agente submete sua conduta à revisão, judicial ou administrativa. O abuso de poder não pode compatibilizar-se com as regras da legalidade, de modo que, constatado o abuso cabe repará-lo”.

No âmbito do direito tributário, temos que:

A partir da concretização das normas tributárias e das restrições daí advindas aos direitos fundamentais torna-se possível avaliar os limites quantitativos e qualitativos que devem ser opostos ao poder de tributar, de modo que esses elementos tensionados habitem pacificamente o sistema. Na aplicação das normas é verificável, então, com maior clareza e definitividade, quais são as condições segundo as quais a afetação de um bem jurídico protegido pode levar à eliminação do direito fundamental (MENKE, 2008, p. ?).

Cumpre-nos sublinhar que para Juarez Freitas (2014, p. ?) “nunca o procedimento de ‘polícia administrativa’ será puramente discricionário, inclusive porque o exercício desse ‘poder’ estará sempre vinculado ao *dueprocess*”. Emenda Freitas (2014, p. ?) o mesmo autor “em outras palavras, precisará respeitar a garantia do processo justo na procura de resultados igualmente justos (=meios e fins)”.

Diante do exposto, resta configurado que a Administração Pública, antes de procurar atender a supremacia do interesse público, deve fazer plena observância ao Princípio da Legalidade, uma vez que esta só poderá agir dentro dos limites que a lei permite.

Ademais, deverá o Poder Público agir, respeitando o devido processo legal nas suas relações jurídicas com os administrados, ora Contribuintes, tendo em vista que ante a supremacia do interesse público sobre o particular, ela recebe limitações ao exercer o seu “poder de polícia”.

De mais a mais, evidencia-se que alguns dos procedimentos adotado pelo Poder Público é totalmente violador as normas fundamentais dos Contribuintes, a exemplo a cobrança de IPVA, não só pela sua imperatividade nos atos praticados pelo agente público detentor do poder, mas sim pela desobediência aos preceitos constitucionais que amparam todos os direitos postos no presente trabalho, em foco, o postulado do devido processo legal.

5 CONCLUSÃO

O procedimento adotado pelo Poder Público, na aplicação da sanção política para o contribuinte inadimplente, configura-se um exercício do Poder de Polícia ilegal e inconstitucional, caso ocorra flagrante ofensa aos princípios constitucionais do acesso ao Judiciário, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, ocasionando prejuízos de ordem moral e material ao contribuinte.

Imperioso destacar que, a aversão às sanções políticas não é uma forma de estimular o Contribuinte a ser inadimplente, mas, sim, garantir uma forma justa e disciplinada em lei para que ele cumpra com suas obrigações.

Assim, defende-se que a cobrança do imposto deve ser aplicada, inicialmente, com a notificação do contribuinte, seguido da instauração do Processo Administrativo Fiscal, respeitando o contraditório e ampla defesa, para que posteriormente, o contribuinte inadimplente tenha sua inscrição na dívida ativa e, querendo, o Poder Público faça a devida cobrança por meio de Execução Fiscal.

Por fim, reafirmamos que, em regra, as sanções políticas praticadas pelo Poder Público é uma conduta inconstitucional. Assim, verificamos a necessidade de contribui para o fortalecimento e consagração dos direitos fundamentais do contribuinte doutrinariamente, tendo em vista que, com a reunião da melhor doutrina acerca do tema, para que em futuras manifestações ao Poder Judiciário, os tribunais já tenham um direcionamento não só jurisprudencial, mas a plena convicção que o ordenamento jurídico exige e ampara os direitos fundamentais dos Contribuintes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

BRASIL. **Lei nº 6.830**, de 22 de setembro de 1980.

BRASIL. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário: três modos de pensar a tributação: elementos para uma nova sistemática do direito tributário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: constituição e código tributário nacional**. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16.ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição**. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma teoria do tributo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MENKE, Cassiano. **A proibição aos efeitos de confisco no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10.ed. ver., atual. e ampl. com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. **São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010**.

PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. **Direito tributário sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SIQUEIRA, Édison Freitas de. **Débito fiscal: análise crítica e sanções políticas**. Legislação Tributária Tomo I. Porto Alegre: Sulina, 2005.

**EDUCAÇÃO, ESTADO
E SOCIEDADE**

Parte V

**Coletânea de Artigos
Direito e Interdisciplinaridade
Vol. I.**

***O BULLYING NO
AMBIENTE ESCOLAR E A
RESPONSABILIDADE CIVIL
DAS ESCOLAS PARTICULARES***

Carla Waleska Gomes de Araujo

Advogada; Especialista em Direito Educacional - FTC; Mestre em educação - UNASUL;
Doutoranda em Direito - UNIDA.

1 INTRODUÇÃO

O bullying entre estudantes tem sido praticado durante muito tempo nos estabelecimentos de ensino, onde esses são expostos a diferentes formas de agressão física ou psicológica, sem qualquer possibilidade de defesa. Sendo um conteúdo multidisciplinar, o bullying tem despertado amplo interesse de diversas áreas de atuação, como a saúde, a educação, e, recentemente, a jurídica. No Brasil, estudos como os de Trindade (2009), Teixeira (2011) e Silva (2010) afirmam que este fenômeno afeta diversas crianças e adolescentes matriculados em estabelecimentos de ensino públicos e privados.

No entanto, apesar de vários avanços terem sido alcançados ainda há necessidade de mudanças, pois os casos de agressões dentro das escolas ainda são constantes, sendo necessário a utilização de medidas emergenciais para amenizar essa violência.

Neste contexto, o Direito, enquanto ciência, interfere no social, objetivando punir os agressores e reparar os danos sofridos pelas vítimas, uma vez que soluções de pacificação, orientação e coibição devem ser tomadas.

A temática em questão foi escolhida pelo destaque do tema, principalmente com a Lei 13.185 de novembro de 2015, que instituiu o programa de combate à intimidação sistemática (Bullying)

O objetivo deste artigo é analisar o bullying no ambiente escolar, descrevendo a sua origem, causas e consequência em relação ao desenvolvimento social e psíquico dos estudantes, além das formas mais comuns das variações e os seus personagens, demonstrando de que forma o Estado (Judiciário) pode interferir no ambiente escolar para orientar, coibir e reparar os danos causados pela prática do bullying.

A metodologia utilizada para elaboração do artigo foi a pesquisa bibliográfica de abordagem dogmática. Tomou-se como base, portanto, a pesquisa da doutrina e o estudo jurídico-descritivo, demonstrando novas teorias e visões sobre a responsabilidade civil diante do ato de bullying. Para tal fim, foram utilizadas as lições de renomados doutrinadores e novos pesquisadores da área do Direito.

2 VIOLÊNCIA, VIOLÊNCIA ESCOLAR E BULLYING

O fenômeno bullying encontra-se diretamente ligado ao fator violência escolar, mas, antes de adentrarmos nesse tema, faz-se necessária uma análise da violência em seus diversos aspectos.

Segundo Abramovay (2003) a violência vem sendo discutida no dia a dia e torna-se um fenômeno de destaque no mundo atual, o que nos leva à necessidade de análise contextual na qual ela se encontra inserida.

Guimarães (1996), na mesma esteira de pensamento, preceitua que a palavra violência é abrangente, mudando de conceito com a evolução humana, mostrando-se diferente, de acordo com as normas e culturas de uma sociedade.

A violência, de modo geral, é um termo que abrange diversos setores da sociedade, sendo uma preocupação mundial. A Organização Mundial da Saúde (OMS, 2002) define violência como uso intencional da força física ou o poder, real ou por ameaça, contra a pessoa, ou contra um grupo de pessoas ou comunidade, que possa resultar em morte, lesão, dano psicológico, problemas de desenvolvimento ou privação.

Zaluar (1999) especifica que a violência vem do latim *violentia*, que remete a *vis* (força, vigor, emprego de força física ou os recursos do corpo para exercer sua força vital). Logo, essa força torna-se violência quando ultrapassa um limite ou perturba acordos tácitos, regras que ordenam relações.

Abramovay (2002, p. 27) define violência como:

[...] intervenção física de um indivíduo ou grupo contra a integridade de outros ou de grupos e também contra si mesmo, abrangendo desde os suicídios, espancamentos de vários tipos, roubos, assaltos e homicídios, até a violência no trânsito disfarçada sob a denominação de “acidentes”, além das diversas formas de agressão sexual. Compreende igualmente todas as formas de violência verbal, simbólica e institucional

A violência, neste contexto, sob uma perspectiva funcionalista, pode ser definida como conduta ou desvio de comportamento com o objetivo de causar dano a alguém, em oposição à normalidade da vida dos cidadãos

3 BULLYING: ORIGEM, CONCEITO, FORMAS E OS SEUS PERSONAGENS.

Um dos temas mais discutidos nos últimos tempos é o chamado bullying, palavra originada do inglês e que deriva do verbo *bully* que, por sua vez, significa “intimidar, coagir, agredir”.

Assim, podemos definir o bullying como todo comportamento agressivo, intencional, repetitivo e originado dentro de uma relação desigual de poder, sendo manifestado de forma física e psicológica.

3.1 A ORIGEM DO BULLYING

Inicialmente, antes de adentrarmos na questão do bullying propriamente dito, faz-se necessário entender a origem deste fenômeno e, depois, faremos uma possível conceituação.

Segundo Silva (2010, p. 111):

O bullying, mesmo sendo um fenômeno antigo só passou a ser objeto de estudo científico no início dos anos 70. Tudo começou na Suécia, onde grande parte da sociedade demonstrou preocupação com a violência entre estudantes e suas conseqüências no âmbito escolar. Em pouco tempo, a onda de interesse contagiou todos os demais países escandinavos

Embora os estudos sobre bullying sejam recentes, podemos constatar que este é tão antigo quanto os estabelecimentos de ensino e tal problemática tem crescido em proporções tão assustadoras que passou a ser objeto de estudo científico.

Silva (2010) afirma ainda que tal problema não para de crescer. Diversas pesquisas começaram a ser realizadas ao redor do mundo, nas quais foi constatado que de 5% a 35% das crianças em idade escolar estavam envolvidas em situações de agressividade na escola, independentemente da tradição, localização ou poder aquisitivo dos alunos.

No Brasil, o estudo do bullying é algo recente. Fante (2012, p. 46) relata que:

No Brasil, o bullying ainda é pouco comentado e estudado, motivo pelo qual não existem indicadores que nos forneçam uma visão global para que possamos compará-los aos demais países. O que se sabe é que em relação à Europa, no que se refere aos estudos e tratamento desse comportamento, estamos com pelo menos 15 anos de atraso.

As pesquisas e a atenção dadas aos casos de bullying no Brasil, embora significativas, ainda se mostram insuficientes, demonstrando, assim, a necessidade de se preparar os estudantes para aprender a conviver com as diferenças, evitando, dessa forma, que tal manifestação alcance proporções gigantescas.

3.2 CONCEITO, FORMAS E PERSONAGENS DO BULLYING

3.2.1 Conceito

Fante (2012) conceitua Bullying como palavra de origem inglesa adotada em muitos países para definir o desejo consciente e deliberado de maltratar outra pessoa e colocá-la sobre tensão; este termo conceitua os comportamentos agressivos e antissociais.

Ainda em ralação aos possíveis conceitos para bullying, Calhau (2011) preceitua bullying como atos de desprezar, denegrir, violentar, agredir, destruir a estrutura psíquica de outras pessoas sem motivação alguma e de forma repetida.

3.2.2 Personagens

Os estudiosos do comportamento bullying classificam e identificam os personagens envolvidos neste contexto, que serão estudados a seguir.

3.2.2.1 A vítima

Na análise da vitimologia, percebemos que há uma subdivisão em típica, provocadora e agressora.

3.2.2.2 A vítima típica

Segundo Silva (2010, p. 37), as vítimas típicas são:

Os alunos que apresentam pouca habilidade de socialização. Em geral são tímidas ou reservadas, e não conseguem reagir aos comportamentos provocadores e agressivos dirigidos contra eles. Normalmente são mais frágeis fisicamente ou apresentam alguma “marca” que as destaca da maioria dos alunos

Depreende-se, então, que a vítima típica é aquela que, pelo seu aspecto comportamental, é considerada como “alvo fácil”, visto que seu isolamento social a impede de proteger-se em grupo, ou ter alguém que a defenda em situações de agressão.

Fante (2012, p. 71), por sua vez, classifica a vítima típica como:

Aquela que serve de bode expiatório para um grupo. A vítima típica é um indivíduo (ou grupo de indivíduos), geralmente pouco sociável, que sofre repetidamente as consequências dos comportamentos agressivos de outros e que não dispõe de recursos, status ou habilidades para reagir ou fazer cessar essas condutas prejudiciais

Assim sendo, a vítima típica é aquela que, apesar de sofrer agressões injustificadas, não apresenta qualquer reação, de-

monstrando-se inferiorizada em relação aos demais e acreditando ser culpada e/ou merecer essa situação.

3.2.2.3 A vítima provocadora

As vítimas provocadoras, segundo Silva (2011) são aquelas capazes de insuflar em seus colegas reações agressivas contra si. No entanto, não conseguem responder aos revides de forma satisfatória. Elas, em geral, discutem ou brigam quando são atacadas ou insultadas.

Fante (2012) por sua vez, conceitua vítima provocadora como aquela que provoca e atrai reações agressivas contra as quais não consegue lidar com eficiência. A vítima provocadora possui um “gênio ruim”, tenta brigar ou responder quando é atacada ou insultada, mas geralmente de maneira ineficaz.

Fica evidente, então, que a vítima provocadora, como o próprio nome preceitua, é aquela que provoca a agressividade alheia, mas não está apta para lidar com as consequências de seus atos.

3.2.2.4 A vítima agressora

A vítima agressora é aquela que copia/reproduz os maus tratos sofridos em épocas anteriores, tanto no ambiente familiar quanto escolar.

Para Fante (2012, p. 72), esse tipo de vítima:

É aquela que “reproduz” os maus tratos sofridos. A vítima agressora é aquele aluno que, tendo passado por situações de sofrimento na escola, tende a buscar indivíduos mais frágeis que ele para transformá-los em bodes expiatórios, na tentativa de transferir os maus tratos sofridos.

Depreende-se, portanto, que a vítima agressora apresenta distúrbios decorrentes de um histórico de violência, sendo a reprodução dos maus tratos sofridos um meio de vingança social, por meio da qual a vítima transfere a violência sofrida a outrem.

3.2.2.5 O agressor

O agressor, também conhecido como *Bullie*, é aquele que pratica maldades, agindo com liderança no intuito de provocar o sofrimento alheio. Segundo Calhau (2010), os agressores (*Bullies*) são os que praticam agressões morais ou físicas.

Silva (2012), por sua vez, complementa o pensamento anterior, traçando o perfil dos agressores, que possuem em sua personalidade traços de desrespeito e maldade e, na maioria das vezes, essas características estão associadas a um perigoso poder de liderança que, em geral, é obtido ou legitimado por meio da força física ou de intenso assédio psicológico.

Salienta-se, ainda, neste ínterim, a origem desestruturada desse agressor, que pode ser reflexo da família ou apenas desvio de caráter. Fante (2011) corrobora com essa linha de pensamento ao afirmar que o agressor normalmente custa a adaptar-se às normas; não aceita ser contrariado, não tolera os atrasos e pode tentar beneficiar-se de artimanhas na hora das avaliações. Adota condutas antissociais, incluindo o roubo, o uso de vandalismo e o uso de álcool, além de se sentir atraído por más companhias.

Observa-se, assim, que o agressor, além de executor, pode também ser vítima, do meio no qual ele está inserido, das circunstâncias e até mesmo do ambiente familiar.

3.2.2.6 Os Espectadores

Os espectadores, embora não pratiquem nem sofram bullying, presenciam a existência desses agressores no ambiente escolar, mantendo-se inertes diante dos fatos.

Fante (2012) conceitua espectador como o aluno que presencia o bullying, porém não o sofre nem o pratica. Representa a grande maioria dos alunos que convive com o problema e adota a lei do silêncio por temer se transformar em novo alvo para o agressor.

Em relação aos aspectos comportamentais do espectador, Silva (2011) preceitua que estes tendem, em ambos os ambientes (na escola e no lar) a se manter calados sobre o que sabem ou presenciam. Os mais ansiosos ou sensíveis contam casos e histórias de *bullying*, mas negam que sejam reflexo de sua violência escolar.

Os espectadores adotam, na maioria das vezes, a lei do silêncio, com medo de também se tornarem vítimas e permitindo, com esta omissão, a continuidade dos ataques por parte dos agressores.

4 CONSEQUÊNCIAS DO BULLYING EM RELAÇÃO AO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E PSÍQUICO DO ESTUDANTE

Assim, partindo-se dessa violência, as consequências do bullying para as vítimas podem ser irreversíveis. Por isso, o papel dos pais e professores é de grande importância, tanto na aplicação da liberdade para os alunos se expressarem quanto para observar qualquer mudança comportamental.

Os estudantes, se submetidos a agressões por um período prolongado, podem agravar problemas preexistentes ou desencadear consequências como depressão, ansiedade, fobia escolar, desinteresse pela escola, entre outros.

Fante (2005) argumenta que a reprodução permanente de atitudes agressivas e intimidadoras no ambiente escolar implica nas repetições dos atos pelos alunos, expandindo-se como dinâmica psicossocial de caráter doentio repetitivo como ciclo vicioso, caracterizado pela Síndrome dos Maus Tratos Repetitivos (SMAR).

Camargo (2012) complementa este pensamento ao afirmar que as crianças ou adolescentes que sofrem bullying podem se tornar adultos com sentimentos negativos, baixa autoestima e tendem a adquirir sérios problemas de relacionamento, podendo, inclusive, contrair comportamento agressivo.

Além disso, o fenômeno bullying também produz conflito familiar. Alguns pais podem se revoltar diante dessa situação e exigir que seus filhos revidem as agressões ou mantenham um tipo de comportamento não acatado por eles. Neto (2011) relata que a família pode ter sentimentos de indignação contra seus filhos, exigindo deles atitudes as quais nem sempre podem efetuar. Os filhos, por sua vez, para Teixeira (2011), podem apresentar conflitos com os pais, decorrentes dos comentários críticos a eles dirigidos.

Outro fator de destaque são os problemas emocionais que podem ser desenvolvidos pelos pais, o que os prejudicaria no setor de trabalho e na vida pessoal. Segundo Cezar (2010) essas preocupações persistentes podem sempre acompanhar as famílias.

Ainda convém lembrar os encargos financeiros sofridos pela família, como modo de minimizar os estragos sentimentais sofridos. Na maioria dos casos de bullying, as vítimas necessitam de apoio psicológico, juntamente com a família, ajuda psicopedagógica e a ajuda de outros profissionais, o que geram graves danos financeiros ao orçamento familiar.

Fica evidente, então, que o bullying ocasiona transtornos físicos e psicológicos que podem refletir no comportamento da vítima na vida adulta. No campo de trabalho, muitas vezes esses traumas sofridos na escola podem ocasionar a repetição desta prática no trabalho. Neto (2011) salienta ainda que, como profissionais, as vítimas de bullying “podem não desenvolver todo o seu potencial por sentirem-se inseguras e terem medo da exposição pública ou do convívio social.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL

5.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é quase tão antiga quanto à história da humanidade, vivendo mudanças constantes, adaptando-se às necessidades sociais que surgem.

Para um melhor entendimento do termo responsabilidade, Gonçalves (2011, p. 41) afirma: “A palavra responsabilidade origina-se do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia de restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir”.

Assim, a noção de responsabilidade civil relaciona-se à noção de responsabilizar o outro, sendo, portanto, a obrigatoriedade de reparar o dano causado a outro.

Stoco (2007, p. 11-14) preceitua que:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respodere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana

Desse modo, a ideia de responsabilidade liga-se diretamente à compensação dos danos sofridos.

Diniz (2010) preceitua, neste contexto, que a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão do ato por ela praticado por pessoa a quem ela responde.

Depreende-se, então, que a responsabilidade se encontra atrelada à ideia de contraprestação, obrigação, de maneira a não deixar a vítima sem ressarcimento.

5.2 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Anteriormente, a função da responsabilidade civil era reparadora, havendo, primeiro, o dano e, depois, a sua remediação. Um exemplo claro disso, mesmo que de forma precária, está na Lei das XII tábuas, que trazia no princípio a pena de Talião “olho por olho, dente por dente.”

Na atualidade, a responsabilidade civil visa, além da reparação do dano sofrido, a prevenção da ocorrência de novas lesões, por meio da punição do infrator, que também se torna um meio de educação.

Assim sendo, haverá uma tríplice função: reparação, punição e educação. A função de reparação visa estabelecer um

equilíbrio entre as relações, quando, devido à impossibilidade de restituição do bem perdido, há o direito a uma indenização, em dinheiro, equivalente ao bem material perdido.

Essa indenização gera um efeito de punição ao ofensor por ter causado dano a outro, fazendo com que sirva de lição (exemplo) para outros educandos. Assim, não só o autor do ato como a sociedade de maneira geral, demonstra que as lesões ocasionadas a terceiros não ficam impunes.

5.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil pode ser classificada de diferentes maneiras, variando de acordo com as perspectivas de análise para seu estudo científico.

5.3.1 Quanto ao fator gerador

A responsabilidade civil, tomando como ponto de partida o fato gerador ou a origem, pode advir de contrato, de ato ou de fato ilícito.

5.3.1.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

A responsabilidade contratual decorre da existência de um contrato firmado voluntariamente pelas partes envolvidas. Neste caso, quando uma das partes descumpre o acordado, causa dano a outra.

Castro e Trad (2010, p. 89-117) afirmam que esta: “Origina-se efetivamente da inexecução de um contrato, unilateral ou bilateral. Isso quer dizer que existiu um descumprimento de acordos firmados entre as partes, originando um ilícito contratual.

Diniz (2010, p. 266) corrobora com a mesma linha de pensamento quando afirma que “a responsabilidade contratual baseia-se no dever do resultado, o que acarretará a presunção da culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação nascida da convenção prejudicial à outra parte”.

O Código Civil brasileiro regulamenta a responsabilidade contratual em seus artigos 389 e 395 *in verbis*:

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.”

[...]

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (BRASIL, 2002)

Na responsabilidade extracontratual, por sua vez, não há o vínculo contratual entre as partes, mas o descumprimento à lei ou a lesão a um direito que gera um vínculo legal.

Lopes (2006) preceitua que a responsabilidade extracontratual se refere à prática de um ato ilícito que origine dano a outrem, sem que o possua, contudo, qualquer vínculo contratual entre as partes.

O código Civil em seus artigos 186 e 927 regulamenta essa responsabilidade extracontratual.

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. 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. (BRASIL, 2002)

Portanto, na responsabilidade contratual, as partes acordam por meio de contrato e a responsabilidade decorre

do descumprimento de qualquer item. Na responsabilidade extracontratual, por sua vez, há a quebra de um dever legal, não havendo vínculo jurídico entre as partes. Assim, a reparação do prejuízo decorre por violação a um dever legal ou contratual.

5.3.2. Quanto ao fundamento

5.3.2.1. Responsabilidade subjetiva e objetiva

No ordenamento jurídico brasileiro a maneira como o dano é visto classifica a responsabilidade em objetiva e subjetiva. A responsabilidade civil subjetiva é aquela na qual o autor age com culpa *Latu Sensus*. Nas palavras de Gonçalves (2011) diz-se, pois ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia a ideia de culpa. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Cavaliere Filho (2008, p. 29) complementa ao dizer que:

A responsabilidade subjetiva é assim chamada porque exige, ainda, o elemento culpa. A conduta culposa do agente erige-se, como assinalado, em pressuposto principal da obrigação de indenizar. Importa dizer que nem todo comportamento do agente será apto a gerar o dever de indenizar, mas somente aquele que estiver revestido de certas características previstas na ordem jurídica. A vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém, se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que conformar-se com a sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo.

Neste contexto, a culpa seria uma violação do direito por meio de um fazer ou um não fazer. De acordo com Dias (1994, p. 110) “Se a violação do dever, podendo ser conhecida e é involuntária, constitui culpa simples, chamada fora da matéria contratual, de quase-delito”.

Observa-se, então, que a culpa é fator essencial para a responsabilidade civil subjetiva, pois ela se manifesta por meio da negligência, imprudência e imperícia (em sentido *stricto sensu*) e dolo (em sentido *lato sensu*).

A teoria objetiva, ao contrário da anterior, não necessita da culpa para haver a responsabilidade, sendo apenas necessário provar o nexo causal e o dano sofrido.

Diniz (2010) em relação à responsabilidade objetiva preceitua que é irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre os prejuízos sofridos pela vítima e a lição do agente para surgir o dever de indenizar.

Stoco (1999) complementa este pensamento ao afirmar que a responsabilidade objetiva assenta-se na equação binária cujos polos são o dano e a autoria do evento danoso.

5.3.3 Em relação à vinculação

A responsabilidade pode ser direta ou indireta, dependendo da sua vinculação.

Na responsabilidade civil direta o agente causador do dano responde pela consequência do seu ato, pois foi causado diretamente por sua pessoa. Ou seja, o ressarcimento do prejuízo será feito por aquele que praticou o ato.

Para Diniz (2010, p. 94) “a responsabilidade direta é aquela proveniente da própria pessoa imputada – em que o agente responderá –, então, pelo próprio ato”.

A responsabilidade civil indireta, por sua vez, ocorre quando o responsável pela reparação do dano é pessoa diversa daquela que comete a lesão.

No entendimento de Gonçalves (2011, p. 31) “[...] é aquele que só poderá ser vinculada diretamente ao responsável pelos prejuízos causados diretamente por ele e por seu fato pessoal”.

Desse modo, há a prática do dano por alguém e a reparação do dano será feita por pessoa diversa, sem que esta tenha participado da ocorrência de tal feito.

5.4 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Percebe-se que, tomando como pressuposto o artigo 186 do Código Civil, todo aquele que causar um dano fica obrigado a repará-lo.

Em uma análise de tal dispositivo, encontramos os elementos essenciais da responsabilidade civil: a) a ação ou omissão do agente, b) culpa ou dolo do agente, c) relação de causalidade, d) dano.

Sampaio (2002, p. 30) preceitua que: “A responsabilidade civil requer obrigação de reparar os prejuízos causados a outrem e devem estar presentes os seguintes elementos: a ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente, a relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima”.

Complementado essa ideia, Gomes (2003, p. 32) enfatiza que: “A indenização é consequência da responsabilidade civil sendo um dos fins desta. A ação do agente, o dano, o nexo de causalidade e a culpa são elementos, já que estruturam como componentes intrínsecos da responsabilidade civil subjetiva”.

Diante destes pressupostos, faz-se necessária apenas uma análise individual de cada um dos elementos.

5.4 1 Ação ou omissão do agente

É caracterizada com a atitude voluntária do agente que desencadeia consequências jurídicas. Na definição de Diniz (2010, p. 31):

A conduta humana vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos lesados.

Conclui-se, então, que a conduta humana deve ser a causadora do dano, quer de maneira direta quer indireta, visto que não há responsabilidade civil sem efeito danoso.

5.4 2 Culpa ou dolo do agente

Como visto anteriormente, a culpa é elemento primordial para a caracterização da responsabilidade civil, ocorrida por negligência, imprudência ou imperícia.

Neste sentido, Cavalieri Filho (2008, p. 31) relata que “na culpa o agente só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta, decorrente da falta de cuidado”.

O dolo, por sua vez, decorre da vontade intencional de praticar um ato, em que o agente objetiva o resultado, definida por Cavalieri Filho (2005, p. 6) “toda espécie de comportamento contrário ao direito, seja intencional, como no caso de dolo, ou não como na culpa.”

Logo, com base nas teorias da responsabilidade civil objetiva e subjetiva, o dolo é base para a responsabilidade civil subjetiva, sendo dispensado em casos de responsabilidade objetiva.

5.4 3 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade é a relação entre o comportamento do agente e o dano ocorrido. Neste sentido, Diniz (2010) afirma que tal nexo representa uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu. Bastará para isso que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não estivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

Venosa (2004, p. 45) define nexo causal como: “Relação de causalidade devirá das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de um elemento indispensável”.

Desse modo, não há responsabilidade civil sem o nexo de causalidade, sendo este o elo entre o ato de uma pessoa e o dano por ela causado.

5.4 4 O dano

O dano é o grande gerador da responsabilidade civil, visto que não há o que se falar em indenização se não houver dano.

Para Venosa (2004) o dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente, relacionado à noção de prejuízo (moral, material e econômico). Somente haverá a possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar o dano.

Logo, o dano é o resultado do ato praticado pelo agente e serve de medida para a apuração dos prejuízos e responsabilização pelo dano.

6 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO PRIVADOS

O bullying é um ato ilícito causador de danos, e, por isso, os responsáveis por tal prática devem responder por tal conduta.

O código Civil estabelece a Responsabilidade Civil por ato de terceiros, onde há a imputação da obrigatoriedade de um terceiro de indenizar outrem, desde que haja um vínculo jurídico existente entre o autor do ato e o responsável pelo dever de guarda, chamada também de Responsabilidade civil Indireta. Estas responsabilidades precisam estar contidas em lei, e o Código Civil, em seu artigo 932 e 933 enumera estas hipóteses de responsabilização:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.
(BRASIL, 2011, p. 142-361).

Neste tipo de situação, o terceiro é responsabilizado por concorrer para o dano devido à falta de cuidado ou por possibilitar a ocorrência da lesão. Desse modo, a reparação não decorre do ato cometido por outrem, mas pela ausência do próprio dever de vigilância.

Venosa (2003, p. 56), a este respeito, manifesta-se dizendo que:

[...] se unicamente os causadores dos danos fossem responsáveis pela indenização, muitas situações de prejuízo ficariam irresarcidas. Por isso, de há muito, os ordenamentos admitem que, em situações descritas na lei, terceiros sejam responsabilizados pelo pagamento do prejuízo, embora não tenham concorrido diretamente pelo evento

Desse modo, o Código Civil adotou a Teoria do Risco, quando há a responsabilidade de indenizar a vítima, mesmo sem a necessidade de comprovação de culpa, visto que a responsabilidade é conferida àquele que obtém lucro da atividade que explora.

Nicolau e Nicolau Jr. (2006) transcorrem sobre o assunto ao afirmarem que, durante o período no qual o aluno se encontra sob os cuidados da escola e dos educadores, ocorre um hiato no exercício da guarda por parte dos pais. Assim sendo, são de responsabilidade indenizatória da própria escola os atos praticados por alunos dos quais venham a resultar danos a outros.

Além da utilização do Código Civil para inferir a responsabilidade indenizatória das escolas pode-se também utilizar o

Código de Defesa do Consumidor, cuja rede de ensino privada exerce a função de fornecedora de serviços e os alunos e familiares figuram o polo passivo como consumidores.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 2º define consumidor:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. (BRASIL, 2004, p. 154).

Marques (2003, p. 83) explica a definição de consumidor dizendo que:

Quando se fala em proteção do consumidor, pensa-se, inicialmente, na proteção do não-profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, industrial ou profissional liberal. É o que se costuma denominar de noção subjetiva de consumidor, a qual excluiria do âmbito de proteção das normas de defesa dos consumidores todos os contratos concluídos entre dois profissionais, pois estes estariam agindo com o fim de lucro

Fica evidente, então, que no meio escolar o aluno busca a prestação de um serviço educacional pela escola oferecida. Ainda em relação a esta responsabilidade, Gonçalves (2009, p. 115) explica que:

Os pressupostos da aplicação do Princípio da Responsabilidade dos educadores e também donos de hospedaria em geral, consistem na apuração de que a instituição recolhe ou interna a pessoa com o fito de lucro [...]. No estabelecimento de ensino exsurge uma concorrência de situações entre a responsabilidade do pai e do professor. Os professores, no seu trabalho, exercem sobre

os alunos um encargo de vigilância que é sancionado pela presunção de culpa.

Neste contexto, enquanto o aluno estiver nas dependências da escola, a esta cabe a responsabilidade de vigilância. Pereira (1990) afirma que esta responsabilidade é restrita ao período no qual o aluno está sob vigilância do educador, ou seja, compreende o que aconteceu no interior do colégio ou durante a estada deste no estabelecimento.

Gonçalves (2011, p. 117) ensina que:

[...] quando o aluno se encontra em regime de externato, a “responsabilidade é restrita ao período em que o educando está sob a vigilância do educador (Serpa Lopes, ob. Cit., n. 284), compreendendo que ocorre no interior do colégio, ou durante a estada do aluno no estabelecimento, inclusive no recreio (Pontes de Miranda), ou em veículo de transporte fornecido pelo educandário. O mais que ocorra fora do alcance ou da vigilância do estabelecimento estará sujeito ao princípio geral da incidência da culpa. [...].

Venosa (2013, p. 89) complementa o pensamento ao colocar o aluno como consumidor de serviços.:

O aluno é consumidor do fornecedor de serviços, que é a instituição educacional. Se o agente sofre prejuízo físico ou moral decorrente da atividade no interior do estabelecimento ou em razão dele, este é responsável. Responde, portanto, a escola, se o aluno vem a ser agredido por colega em seu interior ou vem a acidentarse em seu interior.

Portanto, qualquer conduta geradora de dano despendida por um aluno contra outro, dentro das dependências de um estabelecimento de ensino, ocasionará responsabilidade civil para a instituição.

No outro polo da relação consumerista há o fornecedor, elencado no art.3º do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 2004)

Desse modo, qualquer pessoa (física ou jurídica) que force um produto ou serviço voltado ao lucro pode ser considerado fornecedor. Assim sendo, as escolas de rede particular de ensino prestam serviços educacionais em troca de remuneração, o que a caracteriza como fornecedora de serviços.

Assim, depois de estabelecidas as relações entre consumidores e fornecedores em analogia com o sistema educacional, será analisada a Responsabilidade Civil entre eles.

O Art. 8º do Código de Defesa do Consumidor afirma que:

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. (BRASIL, 2004)

Observa-se, então, o dever de proteção ao consumidor e sua violação quando o aluno (consumidor) é vítima de bullying, estando o educando sob a responsabilidade de guarda e vigilância dos estabelecimentos de ensino.

Em relação a esta responsabilidade, Venosa (2013) afirma que, enquanto o aluno estiver no estabelecimento de ensino, a escola é responsável não somente pela inviolabilidade física do educando, como também pelos atos ilícitos praticados por este a terceiros. O aluno é consumidor do fornecedor de serviços, que é a instituição educacional.

Logo, caso o estabelecimento de ensino não cumpra sua função de guarda e segurança, poderá ser responsabilizado pelos danos decorrentes desta falha de serviço. Cavalieri Filho (2010) complementa esta afirmação ao dizer que quem se propõe a fornecer produtos e serviços no mercado de consumo, deve fornecer produtos seguros, sob pena de responder independentemente de culpa pelos danos causados ao consumidor.

Ainda em relação à Responsabilidade Civil do fornecedor, o Código do Consumidor preceitua em seu art. 14, abaixo transcrito:

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.

..... § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

..... I – o modo de seu fornecimento;

..... II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

..... III – a época em que foi fornecido.

..... § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

..... § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

..... I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

..... II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (BRASIL, 2004).

Portanto, no caso da ocorrência de bullying em estabelecimentos de ensino, cabe às escolas provar a existência deste em suas dependências ou que o ato foi culpa exclusiva do estudante, isentando-o da responsabilidade prevista no inciso II artigo 14.

Em virtude dos fatos mencionados, percebe-se que a função da Responsabilidade Civil é buscar o equilíbrio entre as partes de uma relação, punindo o causador do dano e educando a sociedade, evitando a repetição dos atos ilícitos.

As escolas, neste contexto, tornam-se responsáveis pelo bullying ocorrido em suas dependências, visto que devem cumprir a função de segurança a elas estipuladas, assumindo à luz do Código de Defesa do Consumidor, a função de fornecedor de serviços, enquanto os alunos posicionam-se consumidores desta educação fornecida mediante pagamento.

7 CONCLUSÃO

A escola, juntamente com a família, deve propiciar a seus alunos uma educação emancipatória, capaz de torná-los cidadãos críticos e capazes de lidar e aceitar as diferenças que os cercam.

Desta forma, é de suma importância que a escola fique atenta às manifestações de bullying em suas dependências, pois sua omissão é algo muito danoso tanto para agressor quanto para vítima.

O bullying deve ser combatido e erradicado dos estabelecimentos de ensino, sendo os culpados punidos e auxiliados para que seja assegurado o que reza a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Todavia quando isto não ocorre, os responsáveis por garantir a segurança e bem-estar dos alunos terão que responder por tal omissão.

O que se observa, na análise das decisões dos Tribunais de Justiça do país, é que quando o bullying ocorre dentro dos estabelecimentos de ensino, a responsabilidade recai sobre as instituições, pois a elas cabem o dever de guarda e vigilância dos menores enquanto estes estiverem sob sua responsabilidade. Neste ínterim, cabe à escola utilizar práticas que previnam o bullying em seus estabelecimentos.

Vale salientar que a escola educa de maneira subsidiária aos pais, visto que a estes cabe primordialmente o dever de educação, correção e imposição de limites, preparando os filhos para a vida social, ou seja, cabendo aos responsáveis, também, a responsabilização solidária pelos atos de seus filhos.

Objetiva-se, assim, neste contexto, o direito de todo cidadão de requerer judicialmente seus direitos, cobrando tanto a punição dos agressores como o ressarcimento dos danos sofridos, para que sejam, ao menos, minimizadas as consequências deste ato tão nocivo e imoral. Espera-se que, por meio das punições jurídicas, os estabelecimentos de ensino passem a criar estratégias para o combate do *bullying* escolar, bem como a criação de Leis mais específicas para que os culpados materiais também sejam devidamente punidos.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Mirian; RUA, Maria das Graças. **Violências nas escolas**. Brasília: UNESCO, Instituto Ayrton Senna, Unaid, Banco Mundial, Usaid, Fundação Ford, Consed, Undime, 2002.

ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia. **Ensino médio: múltiplas vozes**. Brasília: UNESCO, MEC, 2003

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**. Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Brasília, 1990

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, 2002.

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007.

CAMARGO, Osmar. **Bullying. Brasil Escola**. [s.l], [s.d.]. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/sociologia/bullying.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

CASTRO, Aldo Aranha de. Responsabilidade civil por erro médico: a culpa médica e a liquidação dos danos. Tradução Cíntia Maria. In: **VII Encontro de Iniciação Científica do Curso de Direito da Universidade de Marília (UNIMAR)**. Curso de Graduação em Direito. Programa de Mestrado em Direito, São Paulo, v.1, n.1, p.89-117, 17-19 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.unimar.br/pic/publicacoes/VII.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010. ISBN: 978852245673-6;

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. v.7. 21.ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUIMARÃES, A.M. Indisciplina e violência: a ambigüidade dos conflitos na escola. In: AQUINO, J. G. (Org.). **Indisciplina na escola: alternativas teóricas e práticas**. 11.ed. São Paulo: Summus, 1996.

FANTE, Cleo. Bullying: brincadeiras perversas. **Revista Mente & Cérebro**, p.75-79, 2005.

FANTE, Cleo. Bullying no ambiente escolar. **Revista Jurídica Consulex**, v.14, n.350, p.36-38, 2010.

FANTE, Cleo. **Fenômeno Bullying: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz**. 6.ed. Campinas, SP: Versus, 2011.

FANTE, Cleo; PEDRA, José Augusto. **Bullying escolar**: perguntas & respostas. Porto Alegre: Artmed, 2008.

GUIMARÃES, A.M. Indisciplina e violência: a ambigüidade dos conflitos na escola. In: AQUINO, J. G. (Org.). **Indisciplina na escola**: alternativas teóricas e práticas. 11.ed. São Paulo: Summus, 1996.

LOPES NETO, A.A. Bullying, comportamento agressivo entre estudantes. **Jornal de Pediatria**, Rio de Janeiro, 2006.

NETO, Aramis A. Lopes. *Bullying*– comportamento agressivo entre estudantes. **Jornal de Pediatria**, v.81, n.5, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/jped/v81n5s0/v81n5Sa06.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2011.

NETO, Aramis A. Lopes. Bullying. **Adolescente e Saúde**, 2007

NICOLAU JÚNIOR, Mauro; NICOLAU, Célia Cristina Munhoz Benedetti. Responsabilidade civil dos estabelecimentos de ensino. – A eticidade constitucional. In: COUTO, Sergio; SLAIBI FILHO, Nagib (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório mundial sobre violência e saúde**. Genebra, 2002

PEREIRA, Sônia Maria de Souza. **Bullying e suas implicações no ambiente escolar**. São Paulo: Paulus, 2010

SILVA, Ana beatriz B. **Bullying**: mentes perigosas nas escolas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil**. São Paulo: RT. 2007.

TEIXEIRA, Gustavo. **Manual antibullying**: para alunos, pais e professores. Rio de Janeiro. Best Seller, 2011

VENOSA, Silvio de Salva. **Direito civil**: responsabilidade civil. v.4, 11.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Silvio de Salva. **Direito civil**: direito de família. 9.ed., São Paulo: Atlas, 2004.

ZALUAR, A. **A máquina e a revolta**: as organizações populares e o significado da pobreza. São Paulo, SP. Brasiliense, 1999.

***HOMESCHOOLING:
O DIREITO DOS PAIS
À EDUCAÇÃO DOMICILIAR
NO BRASIL***

Beatriz Maria Silva Ferro

Thaís Neves Macedo da Fonseca

Advogada, Universidade Federal de Alagoas - UFAL.
beatriz_ferro@icloud.com

Graduação em Direito, Centro Universitário Tiradentes - UNIT.
haisnevesmf@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A busca por uma educação de qualidade tem sido um tema frequente nas discussões em diversas áreas do conhecimento. No que tange ao legislador, inúmeras são as tentativas de criação de alternativas e projetos que elevem o baixo índice de aprendizagem no Brasil. Há pouca discussão sobre outros meios de fornecer educação que não por meio da escola e até onde o poder parental tem a primazia frente ao poder estatal sobre a escolha de como, onde e de que forma as crianças e os adolescentes serão educados.

A educação domiciliar, conhecida como *homeschooling*, tem sido a solução escolhida por muitos pais frente ao cenário caótico das escolas e universidades brasileiras. O método, no entanto, não é regulamentado nem goza de posição consolidada frente ao poder judiciário, causando constantes controvérsias e uma dissonância nas decisões pátrias quando o magistrado se depara com crianças e jovens que recebem esse tipo de educação: em alguns casos permitindo e em outros punindo as famílias adeptas.

Diante desse contexto de insegurança jurídica, contudo, analisa-se até onde os pais, tutores ou responsáveis têm o poder de decidir a respeito da educação das crianças e jovens sobre seu resguardo; se pode o Estado intervir no poder parental e definir os pormenores do processo de ensino; bem como se o ordenamento jurídico brasileiro tem fundamentos que permitam a educação domiciliar.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 CONCEITO

O *homeschooling* é uma prática educacional em crescimento no Brasil e no mundo, por meio do qual os pais ou responsáveis optam por educar as crianças e adolescentes no ambiente domiciliar ao invés de matriculá-los na escola, seja essa pública ou particular. Costa (2016, p. 28) explica:

A acepção da palavra *homeschooling* ou *home education*[...] deve ser compreendida como educação não escolar, educação domiciliar ou doméstica, instrução técnico-científica na casa ou no lar, prática diretamente executada pelos pais ou responsáveis legais da criança, possibilitando a delegação parcial ou integral das atividades pedagógicas a terceiros na condução do processo de ensino-aprendizagem.

Vale salientar que o *homeschooling* é um fenômeno social comum em países anglo-saxões, tendo tomado força nos Estados Unidos da América na década de 1960, decorrente de críticas ao sistema educacional vigente à época no país. O movimento da educação domiciliar foi influenciado por educadores considerados progressistas, o que contribuiu para que muitos pais optassem por educar seus filhos fora do “sistema público de ensino e das restrições institucionais e filosóficas do sistema educacional vigente” (COSTA, 2016, p. 32).

É importante ressaltar que, embora ainda pare uma atmosfera de incerteza quanto ao tema no Brasil, segundo a Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED) já se tem uma estimativa de 3,2 mil famílias que praticam o *homeschooling* no país, com cerca de 6 mil crianças e adolescentes, configurando um aumento de 9 vezes entre os anos de 2011 e 2016 (MULLER, 2017).

Atualmente, tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) o Recurso Extraordinário nº 888815, tendo como Relator o Ministro Luis Roberto Barroso e declarada sua repercussão geral, sendo sobrestados todos os processos que versem sobre educação domiciliar e aguardando o julgamento até o presente momento. A ANED solicitou ingressar no processo como *amicus curiae* e a Associação Norte-Americana de Defesa da Educação Domiciliar (Home School Legal Defense Association) enviou um parecer, relatando a conformidade da prática com os tratados internacionais de direitos humanos. (MIOTTO, 2017)

2.2 DA CONSTITUCIONALIDADE DO ENSINO DOMICILIAR

O capítulo II da Constituição da República Federativa do Brasil enquadra a educação como um direito social¹ (BRASIL, 1988), inserido nos direitos de segunda geração. Contudo, apenas no capítulo III do seu texto, a educação encontra uma seção própria, como um direito atribuído a todos e constituído como um dever em conjunto do Estado e da família, a ser promovido com a colaboração da sociedade, para o pleno desenvolvimento da pessoa, bem como preparação para o exercício da cidadania e qualificação para o mercado de trabalho² (BRASIL, 1988).

Ao todo, a Constituição Federal de 1988, juntamente com o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), trata de maneira direta ou indireta, a fim de minudenciar o alcance desse direito, bem como sua maneira de organização e os seus princípios e objetivos, em 55 artigos sobre o direito à educação (MORETI, 2013, p. 44), sendo o direito social que conta com o maior número de dispositivos na constituição atual (RANIERI, 2009, p. 316).

A forma pela qual se concretizará este direito à educação, no entanto, não está prevista expressamente na Lei Maior, o que implica dizer que o ensino domiciliar, em substituição ao ensino escolar não é taxativamente proibido por este instrumento normativo. Essa lacuna no sistema jurídico brasileiro deixa patente a possibilidade da prática da educação domiciliar no Brasil, uma vez que o princípio basilar constitucional da legalidade dispõe como lícita qualquer conduta que não esteja proibida expressamente em lei, conforme art. 5º, II da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Todavia, além do aspecto acima exposto acerca da omissão legal, pelo qual já se mostra viável a prática do assunto aqui abordado, é possível encontrar disposições normativas que assegurem a aplicação do ensino domiciliar no Brasil, visto que não

1 Constituição Federal: art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

2 CRFB, art. 205.

há dúvidas de que prover a educação é uma obrigação conjunta entre Estado e Família, conforme asseguram os arts. 206 e 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Cumpra saber, entretanto, a qual desses compete a prioridade na educação das crianças e adolescentes. Sobre esta questão, mostrar-se-á que o poder familiar, base da sociedade, tem a primazia, sendo o poder do Estado meramente subsidiário. Ademais, é salutar levar em consideração o direito fundamental à liberdade, o qual não apresenta restrições neste aspecto educacional. De tal maneira, cabe aos pais escolher o método educacional pelo qual seus filhos serão submetidos, desde que sejam alcançados os fins estabelecidos pela Constituição da República:

Portanto, os pais têm os deveres de educar e de dirigir a educação dos filhos e, para cumpri-los, podem utilizar-se dos métodos que acharem mais pertinentes: matricular os filhos em uma escola, ensiná-los em casa ou utilizar qualquer outra forma intermediária. Nesse sentido, o Estado somente pode tomar para si a educação do menor caso a família não tenha vontade ou condições de educá-lo em casa. (AGUIAR, 2011, on-line).

O art. 208 da Constituição Federal prevê que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita desde os 4 até os 17 anos de idade, bem como a sua oferta, igualmente gratuita, para aqueles que não tiveram acesso na idade própria. Este dispositivo dispõe que compete ao Poder Público avaliar os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada, além de zelar pela frequência escolar junto aos pais ou responsáveis (BRASIL, 1988).

Percebe-se, por conseguinte, que não há uma obrigação de escolarização, mas sim de educação, essa com caráter mais amplo e iniciada desde o nascimento da criança. A formalidade é exigida somente a partir dos 4 anos de idade e deve cumprir os propósitos estabelecidos no art. 203 da Lei Maior, quais sejam: o pleno desenvolvimento da pessoa; seu preparo para o exercício da cidadania; e sua qualificação para o trabalho (AGUIAR, 2011).

Nesse sentido, Aguiar (2011, on-line) ressalta que:

Para alcançar essas finalidades, os pais podem, se tiverem as condições necessárias, educar os filhos em casa. Mais ainda: de qualquer forma, a educação deve ser realizada em casa. A própria CF reconhece isso ao dispor, no art. 229, que «os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores». **Portanto, a educação domiciliar não apenas é permitida, mas também exigida dos pais.** (Grifo nosso).

Ademais, o art. 229 da Constituição Federal, que prescreve ser dever dos pais assistir, educar e criar os filhos menores demonstra que o dever do Estado no campo educacional é supletivo e subsidiário ao dever de educar da família (BARBOSA, 2016, p. 156).

O Brasil, sendo um Estado Democrático de Direito, a negação por parte do poder público da prática do *homeschooling* constata uma ameaça à democracia. Ressalta-se que é necessária a aceitação da existência da anterioridade e da preferência da família sobre a educação das crianças e adolescentes para que o caráter democrático do Estado brasileiro seja respeitado. Do contrário, permitir a interferência do Estado nas decisões do poder parental sobre a melhor maneira de educar os seus próprios filhos poderia caracterizar procedimento totalitário. É o que defende Barbosa (2016, p. 158):

Questiona-se, assim, o significado da educação dentro desse contexto maior que envolve o Estado Democrático de Direito, bem como os valores e objetivos deste para com a educação, diante da prática do *homeschooling*. Esse modelo de Estado, por um lado, não objetiva acabar nem com os direitos individuais (como liberdade de escolha), tampouco com a dimensão individual dos direitos coletivos (como é o caso da escolha da educação). Por outro, ressalta os princípios republicanos e democráticos nele presentes e necessários para sua permanência enquanto Estado Democrático de Direito.

É sabido que o ambiente escolar não é apenas um local no qual são passadas informações de cunho técnico, mas também conteúdos ideológicos e morais, o que pode ser decisivo para a formação da índole dos indivíduos que ali estudam. Acontece que, nem sempre e até na maioria das vezes, esse conjunto de preceitos coincide com aqueles professados pelos pais, o que pode acarretar em grandes prejuízos na formação moral e intelectual da criança, uma vez que tal discrepância pode, naturalmente, ocasionar uma desorganização e confusão na construção do seu caráter. A esse respeito, Moreira (2008, on-line) complementa que:

[...] mais ainda: extensas pesquisas têm demonstrado que, na formação do caráter individual, os companheiros de infância são influências muito mais poderosas que os pais. Nas escolas, os pais têm pouco ou nenhum controle sobre essas interações, que podem ser bastante desastrosas e traumáticas, como no caso do *bullying*, prática corriqueira entre os alunos.

Destaca-se que a educação é indispensável; os meios pelos quais esta se dará, no entanto, deverão estar submetidos a uma decisão prioritária dos pais, cabendo o Estado interferir apenas em caso de negligência ou desídia daqueles. É mister salientar que a Constituição Federal determina ser dever do Estado fornecer educação gratuita, porém em nenhum momento o texto constitucional obriga que o processo educacional se realize por meio da estrutura escolar. Entende-se, portanto, que é facultado aos pais e responsáveis a escolha do melhor instrumento educacional para os seus pupilos.

Ainda, é cognoscível que por conta de questões práticas, há uma prevalência da escolha pela educação escolar, seja esta pública ou privada, uma vez que grande parte dos pais não demanda de tempo livre ou disposição para educar os filhos em casa. Essa opção majoritária é sustentada e amparada pela Constituição Federal, que prevê a criação de escolas privadas e públicas (AGUIAR, 2011).

Existe, contudo, uma pequena parte de pais e responsáveis, embora este número esteja em constante crescimento, que não condescendem em transferir a responsabilidade pela educação dos filhos à escola e decidem exercer de modo integral uma atribuição que, durante a maior parte da história humana, sempre foi da família. E, ainda de acordo com Aguiar (2011), como em qualquer Estado Democrático de Direito, esses pais constituem uma minoria, que “como qualquer outra, deve ser respeitada, com base no pluralismo político (CF, art. 1º, V) e, mais especificamente, no ‘pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas’ (CF, art. 206, III), um dos princípios fundamentais do ensino” (AGUIAR, 2011, on-line). Assim, complementa o autor:

Nesse sentido, não pode haver dúvida de que, em termos históricos, antropológicos e políticos, a família tem precedência sobre o Estado. Essa situação é reconhecida expressamente pela CF, que dispõe: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. O Estado é, portanto, uma estrutura auxiliar à família, que deve, geralmente, apoiá-la; e, apenas excepcionalmente, substituí-la, quando esta mostrar-se sem força suficiente para prover as necessidades básicas de seus membros. Assim, o § 3º do art. 208, referido anteriormente, deve ser interpretado em consonância com todos os dispositivos constitucionais, e não de forma isolada. Isso significa que cabe ao Poder Público zelar pela frequência à escola apenas das crianças e adolescentes que não recebam o ensino domiciliar. (AGUIAR, 2011, on-line).

Destarte, não há nenhum impedimento constitucional na aplicação do *homeschooling* no Brasil. Pelo contrário, a educação domiciliar é um dever das famílias e um direito individual dos pais que somente não o utilizarão se não quiserem ou não puderem.

2.3 DA ANÁLISE INFRACONSTITUCIONAL

Passa-se, inexistindo, pois, impedimento constitucional para a prática da educação domiciliar, à dissecação das normas

infraconstitucionais que regulam o Direito à Educação, quais sejam: a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

A LDB, embora repita algumas das disposições constitucionais, não se limita a tal. Em seu artigo 5º, §1º, estabelece que o poder público federal deve “zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola”. Repete, de forma mais incisiva, em seu artigo 6º que “é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade”. E ainda, no art. 24, inciso VI, demanda uma frequência mínima escolar de “setenta e cinco por cento do total de horas letivas para aprovação”, que se traduz em 800 horas para o ensino fundamental ou médio. Assim, como atesta Andrade (2014, p. 348):

[...] não há, na Constituição Federal, nenhuma obrigação específica atribuída à família, apenas se declara o seu dever em promover a Educação Nacional, sem especificar como. Ao mesmo tempo, existem muitas obrigações delineadas quanto ao Estado. É na LDB que surge o comando dirigido aos pais das crianças e adolescentes quanto a matricular e zelar pela frequência de seus filhos à escola.

Em que pese os comandos específicos da norma supracitada, Alexandre Moreira Aguiar (2011) atenta que o objeto da lei se restringe a educação escolar, não atingindo assim os pais que optaram pela educação domiciliar, uma vez que a própria lei, no §1º do artigo 1º, é clara ao afirmar que “**disciplina a educação escolar**, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias” (Grifo nosso).

À idêntica conclusão já havia chegado Domingus Franciulli Netto (2005, p. 8), na época ministro do Superior Tribunal de Justiça, pausado na definição de educação regida pela lei enquanto direito público subjetivo cujo desenvolvimento se dá de modo predominante em instituições próprias, sendo disciplinada pela LDB aquela educação a ser realizada nas escolas. Da mesma forma que a referida lei preza pelo direito à educação, também resguarda a liberdade de aprender.

Conclui-se, portanto, que a regulamentação específica, sobretudo no que tange à carga horária de cada curso e à jornada diária em sala de aula, diz respeito apenas à educação tradicional, que, entretanto, segundo se depreende pela análise sistemática do diploma em questão, não é a única forma de aprendizado (MOREIRA, 2008, p. 9).

No entanto, salienta Aguiar (2011), ainda que tal norma pudesse ser aplicada para a educação em geral, abrangendo não somente aquela ministrada nas escolas, mas todas as suas modalidades, deixa abertamente de exigir escolarização anterior do aluno da educação básica, como se observa no art. 24, II, c, permitindo o ingresso na educação infantil, no ensino fundamental ou no ensino médio (os três níveis da educação básica) sem que tenha previamente frequentado a escola. Aponta o autor tratar-se de uma “simples regra de bom senso, que determina prioridade do efetivo aprendizado sobre o mero comparecimento em sala de aula” (MOREIRA, 2008, p. 9).

Ainda de acordo com Aguiar (2008) um exemplo da adoção de tal raciocínio pelo Governo Federal pode ser constatado na Portaria nº 4, de fevereiro de 2010, que concede um certificado de conclusão do ensino médio àqueles aprovados no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). Em seu artigo nº 2, enumera os requisitos para aquisição do certificado, deixando de enumerar entre eles a comprovação de uma educação institucional no ensino fundamental e médio.

Assim, aquele que foi educado em casa poderá fazer o ENEM e, caso preencha os requisitos, conseguir um certificado de conclusão do ensino médio. Implicitamente, o Ministério da Educação reconheceu como válida a educação domiciliar, adotando uma noção material de ensino médio (determinado nível de desenvolvimento intelectual) ao invés da tradicional concepção formal (número de séries frequentadas pelo aluno na escola). (AGUIAR, 2011, on-line).

Isso posto, tem-se que não pode a LDB, por si só, configurar um impedimento para a prática da educação domiciliar no Brasil. No entanto, há ainda outro diploma no ordenamento jurídico brasileiro que rege a obrigatoriedade do ensino escolar e a compulsoriedade da matrícula: o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em seu artigo 54, §3º, novamente está presente o dever do poder público de “zelar, junto aos pais ou responsável, pela frequência à escola”. Em seguida, no art. 55, impõe que “os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino” e, por fim, art. 56, II, obriga os diretores das escolas de ensino fundamental a comunicarem ao Conselho Tutelar a “reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares”. A uma primeira vista, portanto, parece clara a obstrução legal à prática do *homeschooling*.

Há, no entanto, em se tratando do ECA, um ponto chave que põe toda essa perspectiva em questão. Em seu artigo 6º traz um princípio norteador para sua interpretação: a doutrina da proteção integral. Nesse sentido, sintetiza Costa (2016, p. 75):

O disposto no artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente traz o conteúdo chave, do ponto de vista teleológico, para a leitura e a interpretação desse microssistema jurídico. A proteção dos interesses do menor deverá se sobrepor a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, destacando-se a destinação social da legislação e o respeito à condição peculiar da criança e do adolescente.

Desse modo, ainda que a lei disponha a compulsoriedade da matrícula escolar, pode o magistrado aplicar de modo diverso, se entender como sendo esse o melhor interesse da criança. Situação similar ocorre, por exemplo, quando a guarda da criança é concedida a um terceiro com quem tem afinidade, mas nenhuma relação de parentesco, em detrimento de um parente com o qual não tenha qualquer contato, muito embora a lei atribua a preferência àquele que tenha um grau de parentesco com o menor.

Essa posição é reiterada por Coloucci (2014, p. 30-33), que explica:

Por intermédio deste artigo [6°], abre-se a possibilidade de, em casos em que uma determinada disposição legal leve a uma solução, no caso concreto, que contrarie algum interesse da criança, **o juiz possa decidir de modo diferente do quanto previsto na lei, privilegiando o melhor interesse naquele caso sob julgamento.** [...] E o critério do melhor interesse será válido tanto no caso de conflitos entre interesses de crianças e de terceiras pessoas, quanto em caso de conflito entre dois interesses fundamentais das crianças. Esse critério é válido, ainda, para casos de inexistência de conflitos, isto é, para situações nas quais se deve decidir sobre os interesses de uma criança específica, como qual o melhor estabelecimento de ensino para ser matriculada. [...] **Sempre que, ao se discutir alguma situação, houver criança ou adolescente envolvido, o primeiro passo a ser seguido é levar em conta seu melhor interesse** (Grifo nosso).

Além dos argumentos supracitados, o autor levanta ainda outra questão, defendendo que para entender a obrigação estabelecida pelo ECA e pela LDB é necessário antes analisar o contexto histórico em que tais normas foram criadas, haja vista que até então a educação domiciliar era desconhecida pelos parlamentares, sendo a escola a única alternativa contra o abandono intelectual. Deste modo, não há uma proibição à educação domiciliar, pois “não se poderia proibir algo que se desconhecia a existência” (AGUIAR, 2011, on-line). Ambas as leis, portanto, devem ser interpretadas de forma restritiva, ou seja, “somente estão obrigados a matricular os filhos na escola os pais que não quiserem ou não puderem prover adequadamente a educação domiciliar” (AGUIAR, 2011, on-line).

Assim sendo, resta claro que nem o ECA nem a LDB, quando compostos de uma leitura integral, podem servir de oponentes válidos para a prática do Ensino Domiciliar no Brasil.

2.4 DA ANÁLISE SUPRALEGAL

Ainda que não sejam levados em conta os argumentos dispostos nos tópicos anteriores, há fundamentos suficientes para se legitimar a prática do *homeschooling* quando observados os diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário. Não obstante a ausência de garantia expressa, de modo indireto fornece escopo jurídico para o pleito do direito à educação domiciliar.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada pelo Brasil em 10 de dezembro de 1948, mesma data de sua proclamação pela Assembleia Geral das Nações Unidas, traz em seu art. 26, §3º, que “os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos”.

Também na Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), assinada em 22 de novembro de 1969 e ratificado pelo Brasil em setembro de 1992, pode-se encontrar normas no mesmo sentido. Eis que dita no art. 12.4 que “os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções”.

Ambos os diplomas, embora não abordem diretamente a possibilidade da educação domiciliar, são claros em afirmar que os pais ou tutores tem prioridade em determinar qual a melhor forma de educar seus filhos ou pupilos. Assim, percebe-se que o poder parental recebe evidente destaque frente ao poder estatal quando se discute como as crianças deverão ser educadas. Resta, por fim, entender onde figuram tais normas dentro da hierarquia do ordenamento brasileiro.

Acontece que por muito tempo discutiu-se no Brasil onde figurariam os Tratados de Direitos Humanos no direito interno brasileiro. Uma grande parte da doutrina, como Flavia Piovesan e Antonio Cançado Trindade, defendia a tese de que os tratados que versassem sobre direitos humanos deveriam ter *status* de norma constitucional, com fundamento no art. 5º, §2º, da Constituição Federal (GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 4). Em 2004, então, foi editada a Emenda Constitucional 45, passando a permitir que os tratados

internacionais que versem sobre direitos humanos possam ter *status* de Emenda Constitucional, desde que sejam aprovados “em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros” (art. 5º, §3º da CF/88).

A dúvida persistiu, no entanto, a respeito dos tratados sobre Direitos Humanos que haviam sido ratificados pelo Brasil antes da Emenda, não havendo passado, portanto, pelo quórum mínimo. Até que em 2008, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, o STF decidiu que os tratados que versassem sobre direitos humanos e não houvessem sido incorporados na forma instituída pela EC 45/04 teriam caráter supralegal, posicionando-se abaixo da constituição, mas com efeito paralisante em face das normas infraconstitucionais que dispusessem em sentido contrário (LENZA, 2009). Deste modo, observa-se que a posição atual do STF preza pela supralegalidade dos tratados que, como o Pacto de São José da Costa Rica, tenham sido ratificados pelo Brasil antes da EC 45/04, conforme se constata nas palavras do Ministro Luiz Fux enquanto relator da ADI 5240:

[...] tal verbete sumular consolidou o entendimento deste tribunal de que o artigo 7º, item 7, da **Convenção Americana de Direitos Humanos teria ingressado no sistema jurídico nacional com *status* supralegal**, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel. **Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação** (ADI 5240, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento em 20.8.2015, DJe de 1.2.2016, grifo nosso).

De acordo com decisão do STF os tratados supramencionados têm status de norma supralegal, figurando na hierarquia do ordenamento brasileiro logo abaixo da Constituição Federal e acima das normas infraconstitucionais. Logo, resta provado que ainda que as disposições propostas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente constituíssem uma obstrução legal para os pais que optam pelo ensino domiciliar dos filhos, seus efeitos remanesceriam paralisados frente às premissas estabelecidas pelos diplomas internacionais.

3 CONCLUSÃO

Como visto, embora seja evidente que o sistema educacional brasileiro enfrenta sérios problemas, a escola está inserida na sociedade e correlacionada de forma tão intrínseca ao termo “educação” que a ideia de dissociá-los pouco é discutida no Brasil. Não obstante, cresce o número de pais que optam por retirar os filhos da escola sob o intuito de fornecê-los uma educação de melhor qualidade, assumindo para si o que antes delegavam ao Estado e, no entanto, se deparam com um contexto jurídico incerto.

Nota-se que a prática do *homeschooling* encontra respaldo na Constituição Federal de 1988, uma vez que ao garantir a Educação como um direito social e dever do Estado e da Família, estabelece suas linhas de uma forma geral, preocupando-se apenas com a efetivação do direito em questão. Outrossim, resguarda o direito de escolha dos pais do meio mais conveniente de prover a educação a seus filhos, seja matriculando-os em uma escola ou educando-os em casa.

Além da Carta Magna, as duas normas infraconstitucionais que tratam do direito a Educação, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que à primeira vista aparentem obstacularizar o ensino domiciliar, se interpretadas em sua integralidade dissipa-se tal impressão. A LDB, por tratar de disposições referentes às escolas, desobriga os que optam por um ensino desescolarizado. O ECA,

por sua vez, conquanto imponha a compulsoriedade da matrícula e frequência escolar simultaneamente permite que seus dispositivos sejam relevados em face do princípio da proteção integral, oportunizando aos juízes aplicarem ao caso concreto uma disposição diferente daquela encontrada na lei se assim for considerado o melhor para a criança.

Por fim, ainda que restem dúvidas quanto a permissão frente à LDB e ao ECA, o Brasil é signatário de tratados internacionais que prezam pela primazia do poder parental no que tange a escolha do gênero de educação que será dado aos filhos, bem como a que estes recebam uma educação moral e religiosa que esteja de acordo com seus princípios. Tais diplomas, conforme o posicionamento do STF, têm status supralegal, figurando abaixo da Constituição da República, mas paralisando os efeitos das normas infraconstitucionais que disponham de modo conflitante com suas garantias.

Isto posto, sendo o Direito, tal como regulamentador da vida em sociedade, também responsável por mediar as relações entre Estado e Indivíduo, a medida que este deve ter seus direitos garantidos em face daquele que, por sua vez, cerceia e fornece direitos, faz-se necessário que para cumprir sua função mantenha uma posição não estática, mas em consonância com os movimentos e transformação de uma sociedade, analisando e regularizando os fenômenos que vão surgindo e se transformando ao longo dos anos. Assim sendo, é preciso que aprecie as novas realidades e possibilidades que lhes são propostas, tal como o reivindicado direito das famílias que se decidem por não delegar ao Estado aquilo que julgam serem aptas a cumprir por si mesmas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. A situação jurídica do ensino domiciliar no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n.2929, 9 jul. 2011. ISSN 1518-4862. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19514>>. Acesso em: 11 ago. 2017

ANDRADE, Édison Prado de. **A educação familiar desescolarizada como um direito da criança e do adolescente**: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação. 2014. 121f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. *Homeschooling* no Brasil: ampliação do Direito à Educação ou via de privatização? **Educação & Sociedade**, v.37, n.134, p.153-168, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRASIL. **Lei n. 8069**, 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: 11 ago. 2017.

BRASIL. **Lei n. 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. *Fixa diretrizes e bases da educação nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5240**. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 20/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança**: construção teórica e aplicação prática no Direito brasileiro. 2017. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 22 nov. 1969. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/>>

index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/convencao-americana-de-direitos-humanos-1969-pacto-de-san-jose-da-costa-rica.html>. Acesso em: 13 ago. 2017.

COSTA, Fabrício Veiga. **Homeschooling no Brasil – uma análise da constitucionalidade e da legalidade do projeto de lei 3179/12**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/dh/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

GOMES, Luiz F; MAZZUOLI, Valerio de O. Tratados Internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? **Revista de Direito**, São Paulo, v.XII, n.5, p.7-20, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIOTTO, Giuliano. **Situação do Homeschooling no Brasil**. Disponível em: <<http://educacaosemestado.com.br/2017/07/14/situacao-do-homeschooling-no-brasil/>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Homeschooling: uma alternativa constitucional à falência da Educação no Brasil**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

MORETTI, Denise Martins. **Compatibilidade entre a lógica econômica e o ensino superior, após a Constituição Federal de 1988: o caso da Anhanguera Educacional Participações S.A.** 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MULLER, Bruno Raphael. **Homeschooling cresce no Brasil com curso online e vitória parcial no STF**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/educacao/homeschooling-cresce-no-brasil-com-curso-online-e-vitoria-parcial-no-stf-8qz8q44hruzncg71e5gufddss>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

NETTO, D.F. **Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. p.9.

RANIERI, N.B.S. **O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação**. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

***EDUCAÇÃO INCLUSIVA DAS
PESSOAS COM SÍNDROME DE
DOWN E UMA VISÃO BREVE
DE AÇÕES NO ESTADO DE
ALAGOAS***

Fernando Campos Kanigoski

Victoria Ferro Laurindo Tenório Silveira

Graduando em Direito - UNIT/AL.
fernandock97@hotmail.com

Graduando em Direito - UNIT/AL.
ferrovictoria19@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Este artigo visa abordar os reflexos do estabelecimento de uma visão inclusiva no sistema educacional, bem como os principais marcos que levaram a pessoa com deficiência, mais precisamente a pessoa com Síndrome de Down, à conquista de direitos, como o da integração na rede regular de ensino.

O objetivo geral desta pesquisa é traçar a linha de tempo do panorama jurídico das normas que reconhecem e protegem as necessidades física, bem como psíquicas da pessoa com trissomia do 21 nas escolas.

O objetivo específico do trabalho é identificar a lacuna existente entre esses direitos, assegurados pelo recém-criado Estatuto da Pessoa com Deficiência e a aceitação, pelas redes de ensino, da integração como condição de obrigatoriedade nessa relação.

Foi tomada como ponto de partida a pesquisa bibliográfica, baseada em materiais já elaborados, artigos científicos e livros sobre educação especial em uma perspectiva inclusiva.

A pesquisa percorreu o método dedutivo, na medida em que partiu de diversos estatutos jurídicos na busca de uma formulação específica sobre a proteção das pessoas com Down no que diz respeito ao direito à educação, com o olhar voltado para Alagoas.

2 PROTEÇÃO JURÍDICA DA PESSOA COM DOWN E O DIREITO À EDUCAÇÃO

2.1 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Federal nº 13.146/2015) trouxe mudanças de peso não apenas no que tange a curatela e a capacidade, mas também ao próprio exercício de cidadania e inclusão social. Antes de tudo, é dita como pessoa com deficiência, segundo o Estatuto em seu artigo 2^a “aquela que tem

impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2015).

Este Estatuto surgiu em decorrência da Convenção de Nova Iorque sobre os direitos das pessoas com deficiência, ocorrido em 2007, cujo Brasil é país signatário, devendo efetivar, desse modo, proteção legal do deficiente. É perceptível que os princípios gerais da Convenção em seu artigo terceiro são tidos de base para a elaboração do atual Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Os princípios da Convenção, presentes no artigo 3º, são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade. (BRASIL, 2009).

Sobre a capacidade, após a Lei nº 13.146/2015, é tido como absolutamente incapaz apenas os menores de 16 anos; relativamente incapaz, os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, os pródigos e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Revogaram-se as partes referentes às pessoas com transtornos mentais, rompendo a relação do deficiente com a incapacidade na prática da vida civil.

Assim, o Código Civil, hoje, reconhecendo que a deficiência

não afeta a plena capacidade civil da pessoa, retoma, desse modo, a dignidade e igualdade desses indivíduos ao conceder direitos equivalentes aos dos demais cidadãos, reafirmados, ainda, no artigo 6º do Estatuto:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2015).

No caso específico do estudo deste artigo, antes do Estatuto, a pessoa com Síndrome de Down (SD) embora em regra fosse compreendida no grupo dos excepcionais sem desenvolvimento completo – relativamente incapazes – era tida, na verdade, uma exceção pois poderia se enquadrar também como incapaz ou plenamente capaz, a depender do grau de desenvolvimento cognitivo.

O Estatuto dedica um capítulo inteiro acerca do direito à educação. Nele trabalha-se novamente o direito à igualdade e inclusão, ao passo que em seu artigo 28 fala das obrigações das instituições educacionais públicas e privadas com os deficientes para assisti-lo se eliminar barreiras.

Algumas dessas exigências do artigo 28, descritas entre os incisos I ao XVIII:

- III – projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos

estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;

V - adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;

VII - planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;

X - adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado;

XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;

XIII - acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;

XVII - oferta de profissionais de apoio escolar.
(BRASIL, 2015).

Algo importantíssimo que o Estatuto proibiu foi a popular “taxa extra” cobrada aos alunos deficientes em suas matrículas e mensalidades com a justificativa de cobrir gastos extras para inclusão do aluno na instituição de acordo com os parâmetros adequados para sua adaptação e aproveitamento ideal dos estudos.

Essa era uma atitude corriqueira que descumpriria se aplicada hoje, o artigo 28 § 1º “Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino [...], sendo vedada a cobrança de valores

adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações” (BRASIL, 2015) e por ser uma taxa discriminatória também entraria em discordância com o art. 4º “Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação” (BRASIL, 2015).

Outra situação também comum, a do impedimento do aluno de se matricular na instituição por suposto despreparo da mesma em acolhê-lo com os profissionais e estruturas adequados, é também incompatível com não apenas a parte sobre discriminação do artigo 4º, mas com praticamente todo o capítulo sobre educação inclusiva do Estatuto por criar mais uma barreira em meio a tantas sendo quebradas.

Para pessoas com Síndrome de Down, estrutura física e pedagógica são essências para que o aprendizado ocorra de forma adequada, uma vez que o seu desenvolvimento demanda mais atenção e paciência.

O fato das instituições serem obrigadas a aprovar sua admissão, mas não estarem devidamente preparadas e assim comprometerem o acompanhamento dos estudos demonstra ser um problema atual, pós Estatuto da Pessoa com Deficiência. Há, ainda, ocorrências, embora menores, da não admissão do deficiente, justificada, mas claramente oportunizada por suposto desconhecimento acerca das mudanças provocadas pela Lei nº 13.146/2015.

2.2 SÍNDROME DE DOWN

A Síndrome de Down, também conhecida como trissomia do 21, é a mutação genética que traz um trio e não uma dupla de cromossomos na posição 21, dessa forma, o indivíduo que tem a síndrome totaliza 47 cromossomos, ao invés dos esperados 46. Na maioria dos casos, os pais possuem uma idade avançada, sendo mais frequentemente determinante a idade da mãe.

As consequências dessa alteração genética vão desde a baixa estatura ao atraso no desenvolvimento motor e retardo men-

tal leve ou moderado. Muito embora a sensibilidade de alguns especialistas condene a utilização do termo “retardo mental” ao invés de “déficit intelectual” e evidencia a melhor utilização da nomenclatura “trissomia do 21” ao invés de “Síndrome de Down” e de “desenvolvimento atípico” ao invés de “atraso de desenvolvimento” (ÓRRU, 2012).

Entretanto, a trissomia do 21 não é uma doença, ao contrário do que se achou por muito tempo. Na verdade, nada mais é do que fator que desencadeia condições particulares que exigem maiores cuidados e atenção. Outra confusão que surge nesse cenário é a de que existem graus da síndrome, na verdade a diferença da evolução, das características físicas e do desenvolvimento estão intimamente ligadas ao estímulo adequado, à educação e à disciplina, salientando a necessidade de pôr em prática a política inclusiva, estendendo-a para as instituições de ensino, comprovadamente eficaz para atingir alto nível de desenvolvimento da pessoa com síndrome.

Assim, apresentam muito mais semelhanças que diferenças e têm a possibilidade de fazer tudo que quiserem, podendo, inquestionavelmente, ocupar seu lugar na sociedade como cidadãos.

2.3 HISTÓRICO DO PANORAMA JURÍDICO DAS NORMAS QUE REGULAM O DIREITO À EDUCAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Em cenário brasileiro, a ideia de inclusão fundamentou-se sobre um tripé: a Constituição de 1988, a Declaração de Jomtien e a Conferência de Salamanca.

A Constituição de 1988 foi importante a medida em que mudou seu foco, na medida em que se despatrimonializou em detrimento da repersonalização. Nesse âmbito, concentrou sua atenção não mais no patrimônio, mas na dignidade da pessoa humana, que passou a ter sua natureza jurídica como fundamento

da República Federativa do Brasil, refletindo no surgimento da necessidade de garantir esses direitos para todos.

A Declaração de Jomtien, na Tailândia, na qual foi traçado um plano diante da falha de execução do que as nações do mundo afirmaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que “toda pessoa tem direito à educação”. Esse plano gira em torno de diretrizes como:

Satisfazer as necessidades básicas de aprendizagem;
Expandir o enfoque;
Universalizar o acesso à educação e promover a equidade;
Concentrar a atenção na aprendizagem;
Ampliar os meios e o raio de ação da educação básica;
Propiciar um ambiente adequado à aprendizagem;
Fortalecer as alianças;
Desenvolver uma política contextualizada de apoio;
Mobilizar os recursos;
Fortalecer solidariedade internacional (JOMTIEN, 1990).

Por último, a Declaração de Salamanca, na Espanha, na qual, em 1994, tratou-se diretamente da integração da educação especial ao ensino regular, reforçando o caráter de urgência da regulamentação e do enfoque nessa situação. Tal Conferência serviu como norte para as conquistas do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que garantiu um verdadeiro avanço social ao lançar o projeto de lei que oferece aos deficientes não um benefício, mas condições de igualdade no cenário educacional (PORTAL MEC, 2017).

Entretanto, na prática, a inclusão nunca vai ser efetiva enquanto continuar se limitando apenas a leis e ao modismo, pode até ser bastante discutida e comentada, mas fica na teoria, não deixa de ser nada além de um bom plano a ser seguido.

A distância entre a teoria e a prática da política inclusiva muito se assemelha a interpretação da frase de Aristóteles

(MELLO, 2009) que ratifica a importância de tratar de forma igual os iguais e desigual os desiguais na medida da sua desigualdade. Enquanto a parte teórica seria o entendimento ilusório de que o pensador queria promover a integração; a prática, contudo, se assemelha à verdadeira intenção de Aristóteles, uma vez que à sua época o filósofo apenas pretendia oferecer as melhores condições aos melhores e as piores aos menos qualificados.

Dessa forma no Estado de Alagoas, ou melhor, em cenário nacional, é inegável a existência de um plano de integração da educação especial à regular, entretanto, na prática, a realidade é distorcida e muitos são os obstáculos impostos pela rede de ensino, totalmente despreparada para lidar com as particularidades das pessoas com deficiência, que acabam por alimentar a discriminação e a estagnação social em relação à igualdade de direitos.

Contudo, em Alagoas, a presidente da instituição “amor 21”, que visa dar apoio às famílias com crianças com SD, Neyla Sabino, afirmou que após a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, o número de problemas que surgiram com o ingresso de pessoas com SD nas escolas foi consideravelmente menor, ainda que existam instituições que alegam não ter estrutura para acolher o deficiente (TNH1, 2017).

Portanto, para garantir a efetivação desse plano, o trabalho precisa ser conjunto. Não basta as escolas conseguirem superar seu caráter elitista e excludente se a família e a sociedade não derem continuidade a uma política de inclusão. Nesse aspecto, a Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 205 o reforço de que a educação é dever do Estado e também da família, bem como determina que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade.

O processo de inclusão dos deficientes na rede regular de ensino não traz benefício somente à pessoa com deficiência. A convivência com diferentes pessoas traz uma relação mútua de crescimento social e asseguram direitos igualitários.

Nesse prisma, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que obriga, além de outras coisas, as instituições de ensino a receberem, oferecendo as condições adequadas, os de-

ficientes garantem o direito de escolha, uma vez que, se posta em prática, elimina os empecilhos que surgem diante das dificuldades do estudante conseguir aderir à qualquer instituição de ensino regular ou, se assim for julgado melhor, continuar em uma escola de ensino exclusivamente especial.

O ideal é que essas crianças sejam matriculadas em escolas regulares, onde possam desenvolver suas potencialidades, respeitando os limites que a síndrome impõe, e interagir com os colegas e professores. Em certos casos, porém, o melhor é frequentar escolas especializadas, que lhes proporcionem outro tipo de acompanhamento. (VARELLA, 2011, on-line)

Contudo parte da rede de ensino privada, representada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), mostrou-se resistente à obrigatoriedade da inclusão, alegando que é dever do Estado promover essa política e que nem ele está cumprindo com suas obrigações. Dessa forma, seria financeiramente inviável estar preparada para acolher todos os tipos de deficiência, quando não se sabe ao certo quando e com qual caso vai precisar lidar e, acrescentou que, em decorrência disso, muitas instituições de ensino encerrariam suas atividades.

Não obstante, para o Supremo Tribunal Federal a obrigatoriedade é um caminho necessário para garantir o direito à educação para todos, bem como para dar ao deficiente a oportunidade de optar por qual instituição de ensino deseja frequentar (BRASIL, 2016).

Nas palavras do ministro que participou da decisão Edson Fachin (RAMALHO, 2016, on-line):

À escola não é dado escolher, segregar, separar, mas seu dever é ensinar, incluir e conviver. Ademais, o enclausuramento em face do deficiente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo e como diferente.

A evolução em relação às pessoas com SD, que já chegaram a ser tratados vezes como castigos de Deus, vezes como benção, tem sido notória – ainda que lenta –, denunciando a dificuldade do ser humano em aceitar o novo e o diferente. Ao se observar as relações sociais atuais, grande parte das pessoas conhece alguém com a síndrome ou cruza, muitas vezes, com uma pessoa com SD pela rua. O que para muitos parece óbvio, já que a trissomia do 21 não é uma doença e, portanto, não tem impedimento algum de convívio social, nem sempre foi assim e representa uma forma de evolução, no sentido de que a falsa ideia de que hoje existem muito mais pessoas com a síndrome surge pelo fato de que no início lamentavelmente muitas dessas pessoas sequer saíam de casa.

Para a pessoa com Síndrome de Down, outro importante marco do seu reconhecimento foi o estabelecimento oficial, em 2006, do dia 21 de março, mês três, como Dia Internacional da Síndrome de Down, inteligentemente escolhido para representar exatamente a definição da trissomia do 21.

Essa data refletiu de forma positiva na sociedade, amplamente divulgada tem como objetivos principais difundir o conhecimento acerca do conceito e da capacidade das pessoas com a síndrome, evitando, dessa forma, o preconceito embasado na falta de informação e estimulando a luta por direitos igualitários.

Nesse cenário, muitas instituições de ensino se beneficiam dessa data para promover a inclusão. Nesse âmbito, promovem palestras, campeonatos esportivos entre as pessoas com SD, peças de teatro, dentre outras atividades que ensinam àqueles que fazem parte do contexto integracionista a enxergar a pessoa além da síndrome.

É muito comum essa tendência de generalização diante do diferente, por exemplo, frases como “todos os Down são tão carinhosos” são muito frequentes, mas é válido ratificar que os rótulos são desprezíveis de maneira geral, bons ou ruins excluem as especificidades de característica é de personalidade da pessoa que está por trás.

2.4 CENÁRIO ALAGOANO DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA DE PESSOAS COM DOWN

No Estado de Alagoas há instituições como o Amor 21 e o *Life Down* que auxiliam no desenvolvimento e dão suporte por meio de encontros e eventos. O Instituto *Life Down*, por exemplo, realiza eventos como treinamentos, palestras, oficinas, encontros, reuniões, acampamentos, desfiles, piqueniques, show de dança, cinema, teatro, artes marciais, gastronomia e doações de sangue.

Destaca-se a melhoria na qualidade de vida, capacitação, luta de direitos, entretenimento e inclusão presente em projetos como: o Judô para todos, aulas gratuitas de judô que trabalha valores como a humildade, coragem, respeito e disciplina; o *Life camp*, prática real de autonomia dos participantes em atividades esportivas e culturais; o Luau *happy life*, aberto a sociedade com música e conversas interativas com os participantes; o Brasil e África do Sul, as crianças com SD participaram como mascotes do cerimonial do jogo; o Trabalho com voluntários nos jogos olímpicos Rio 2016 em que o instituto participou, selecionou e treinou os participantes (LIFE DOWN, 2017).

O Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) de Alagoas conta o programa SENAI de ações inclusivas (PSAI) que abrange todas as deficiências. Para a pessoa com SD são oferecidos professores de apoio, cursos e, assim, condição para o ingresso no mercado de trabalho. Cursos na área de alimentos tiveram destaque com a participação e premiação de alunos com Síndrome de Down na olimpíada do conhecimento em Brasília, com a conquista de medalhas de bronze, prata e ouro. Está também entre os cursos mais procurados o de logística, automotiva, eletricidade, tecnologia da informação e têxtil que ratificam a possibilidade de inserção social para o Down (SENAI, 2017).

3 CONCLUSÕES

A necessidade da garantia do direito à educação para todos surgiu junto à incorporação de um caráter mais humanitário pela

Constituição, visto que essa adotou como foco principal a dignidade da pessoa, assegurada pela garantia de direitos fundamentais, como a educação. Todavia, na prática, para o deficiente, esse direito atuava de maneira excludente, segregando-o em escolas especiais.

A política inclusiva surge diante dessa realidade e encontra seu pilar no Estatuto da Pessoa com Deficiência, objetivando romper a barreira segregacionista que é apenas mais uma enfrentada pelas pessoas com Síndrome de Down e que é responsável por alimentar estigmas sociais.

Apesar das conquistas do Estatuto e do reflexo positivo diante maior disseminação de informação acerca do que é e da capacidade das pessoas com SD, o caminho para se chegar na prática ideal ainda é longo.

Embora em Alagoas existam algumas instituições que já garantem apoio e a luta em defesa aos direitos igualitários, dentre os quais se destaca a educação, a falta de acesso à informação ainda é, no Estado, um divisor entre os benefícios ofertados e o acesso a essas instituições.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto Federal nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.146**, de 6 de julho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Improcedência do pedido de Ação Direta de Inconstitucionalidade**. ADI 5357. Relator: Ministro Edson Fachin, 09 de Junho de 2016.

CONFERÊNCIA DE JOMTIEN, Jomtien. **Anais...** Declaração Mundial sobre Educação para Todos, 1990.

LIFE DOWN. **Vídeo institucional life down**. 4'14". Disponível em: <<https://www.youtube.com/channel/UCf58nyN6RErKNajf4Js8hQ>>. Acesso em: 1 ago. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ORRÚ, Silvia Ester. **Estudantes com necessidades especiais: singularidades e desafios na prática pedagógica inclusiva**. Rio de Janeiro: Wak, 2012.

PORTAL MEC. **Declaração de Salamanca**. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

RAMALHO, Renan. Supremo mantém lei que obriga escolas privadas a receber deficientes. **G1**, Brasília, 9 jun. 2016. Disponível em <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2016/06/supremo-mantem-lei-que-obriga-escolas-privadas-receber-deficientes.html>> Acesso em: 12 ago. 2017.

SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial. **SENAI Alagoas**. Disponível em: <<http://al.senai.br/>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

THAYNAN, Lucas. Síndrome de down: inclusão tem avanços em escolas de Alagoas. **TNH1**, 21 mar. 2016. Disponível em <<http://m.tnh1.com.br/noticias/noticias-detalle/alagoas/sindrome-de-down-inclusao-tem-avancos-em-escolas-de-alagoas/?cHash=abad6a814b7bbfeb270daa4993a5dc11>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

VARELLA, Drauzio. **Síndrome de down**. Disponível em: <<https://drauziovarella.com.br/doencas-e-sintomas/sindrome-de-down/>>. Acesso em: 4 ago. 2017

***A AVALIAÇÃO DO PROCESSO
DE ENSINO-APRENDIZAGEM
NOS CURSOS JURÍDICOS:
EM BUSCA DE PARADIGMAS
CONCRETOS PARA A
MELHORIA DO ENSINO DO
DIREITO NO BRASIL***

Carla Priscilla Barbosa Santos Cordeiro

Lana Lisiêr de Lima Palmeira

Doutoranda em Educação; mestra em Direito e bacharela em Direito pela UFAL.
Atualmente estuda pedagogia; atua como docente universitária e pesquisadora da
esfera da educação jurídica e do Direito.

cpbsc@outlook.com

Doutoranda e mestra em Educação pela UFAL; Bacharela em Direito. Atua como
docente e vice-diretora da Faculdade SEUNE; Advogada.

lanallpalmeira@outlook.com

1 INTRODUÇÃO

A ideia aqui esboçada envolve a discussão acerca de uma temática que, por mais que pareça se encontrar em constante evidência no contexto educacional, merece um destaque especial quando levada ao prisma dos cursos jurídicos, já que a avaliação do processo de ensino-aprendizagem nos cursos de Direito ainda precisa não ser apenas objeto de observações mais densas, como também ser alvo de ações efetivas que venham a contribuir para uma verdadeira ressignificação do tema na dinâmica desses cursos no país.

Conforme detalhado ao longo deste trabalho, a avaliação não deve ser vista como um ato isolado. Ao contrário, deve se interligar a uma ampla vertente que gera influências, de forma direta ou indireta, na ação educativa.

Como ensina Libaneo (1994), a avaliação é uma tarefa didática necessária e permanente do trabalho docente, que deve acompanhar passo a passo o processo de ensino-aprendizagem. Por meio dela os resultados que vão sendo obtidos no decorrer do trabalho conjunto do professor e dos alunos são comparados com os objetivos propostos a fim de constatar progressos, dificuldades e reorientar o trabalho para as correções necessárias.

O objetivo central do estudo é despertar a atenção para a necessidade de se buscar, por meio da avaliação, uma aprendizagem plena nos cursos jurídicos, a fim de que essa aprendizagem desenvolva seu papel de contribuir para a efetivação dos pilares da verdadeira formação humana.

Ressalta-se, por oportuno, que esse processo envolve todos os atores sociais que se articulam no contexto educacional, com vistas a uma educação emancipadora, apta a qualificar os futuros profissionais do Direito, fazendo com que estes sejam agentes de transformação social.

A inegável relevância deste estudo reside na reflexão que se efetiva em torno de todos os aspectos que envolvem a prática de avaliação, ressaltando a necessidade de se levar em conta na prática avaliativa a existência de todos esses fatores, sem perder

de vista que os mesmos se complementam no decorrer do processo de ensino-aprendizagem.

A abordagem ora proposta apóia-se em obras bibliográficas de autores com grande respaldo em torno do tema (ADEODATO, 1999; AGUIAR, 2004; BASTOS, 2000; BEZERRA, 2011; BITTAR, 2006; CASTRO, 2004; CAPELLARI, DEMO, 2002; PRANDO, 2001; CHAVES, 2017; DOMINGUES, 2004; ENCARNANÇA, MACIEL, 1995; GONÇALVES E SANTOS, 2013; LIBÂNEO, 1994; LÔBO, 2000; MACHADO, 2009; MURARO, 2010; RODRIGUES, 1993; OLIVEIRA, 2004; PRADO, 2015), levando-se em conta, também, as observações realizadas por meio de pesquisas constantes no banco de dissertações e teses da Comissão de Aperfeiçoamento de Pessoal do Nível Superior (CAPES), onde se intencionou verificar se a temática em tela vem sendo difundida nos meandros jurídicos ou se está ainda presa a outras áreas do conhecimento.

Não é demais esclarecer que na concepção de avaliação de ensino-aprendizagem aqui abordada, leva-se em consideração tanto o discente no seu desenvolvimento cognitivo, como o docente no redimensionamento de sua prática pedagógica, o que demonstra, de forma nítida, que o papel do docente nesse ciclo é fundamental para promover o que tanto se busca por meio da educação emancipatória, a fim de se afastar do quadro já moldurado há algum tempo do que se convencionou chamar de “crise no ensino jurídico brasileiro”.

Assim, a mudança desse cenário deve ser permeada por uma reestruturação que vai abranger os currículos dos cursos jurídicos, bem como a formação dos docentes no tocante às suas práticas pedagógicas, observando sempre que a articulação indissociável entre ensino, pesquisa e extensão deve ser uma constante durante todo processo de formação do discente. Só por meio dessas ações e buscando sempre extrapolar os limites da sala de aula, pode-se acreditar que se conseguirá contribuir para a formação de profissionais aptos a se depararem e intervirem de forma significativa com a realidade desafiadora pela qual passa a sociedade brasileira.

2 ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE

2.1 DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL (LEI Nº 9.394/1996)

Atualmente, o ensino superior brasileiro se encontra regulamentado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) – Lei nº 9.394/1996 – que estipula os princípios e fins da educação nacional (arts. 2º e 3º), o direito à educação e o dever de educar (art. 4º ao 7º), a organização da educação nacional (art. 8º ao 20), os níveis e modalidades de educação e ensino (art. 21 ao 28), as características, objetivos e abrangência do ensino superior brasileiro (art. 43 ao 57), entre outros.

A avaliação do processo de ensino-aprendizagem é trazida na legislação em vários momentos. De acordo com a norma em análise, é obrigação de cada Instituição de Ensino Superior (IES) comunicar aos interessados (e não somente aos alunos) em momento anterior ao período letivo informações referentes ao: 1) programa do curso; 2) matriz curricular; 3) duração do curso; 4) requisitos do curso; 5) qualificação dos professores; 6) recursos disponíveis na instituição e 7) critérios de avaliação (art. 47, § 1º da LDB).

A avaliação da aprendizagem é colocada pela LDB como forma de verificação do aproveitamento do estudante nas disciplinas cursadas dentro da IES. Trata-se de um instrumento que permite à instituição identificar se os objetivos traçados ao aprendizado foram alcançados ou não pelo discente, permitindo-se, inclusive, que aluno com “extraordinário aproveitamento nos estudos” tenha a duração do curso abreviada (art. 47, § 2º da LDB).

Da inteligência do artigo 13 da LDB depreende-se que os professores possuem obrigações inerentes ao processo de ensino-aprendizagem. Além de ministrar os conteúdos programáticos nos dias letivos estipulados, devem participar dos períodos dedicados exclusivamente ao planejamento do ensino, bem como à avaliação, momento indispensável ao processo pedagógico. Além disto, devem se dedicar também ao próprio aperfeiçoamento profissional, de maneira contínua.

Para isto, as IES têm a obrigação de promover a valorização dos professores na esfera da educação, garantindo-lhes que seus direitos sejam preservados, de acordo com o estatuto da profissão e o respectivo plano de cargos e carreiras. Além disto, cabe a cada IES reservar aos docentes um período para estudo, planejamento das aulas e para a própria avaliação do processo de ensino-aprendizagem, o que deve ser incluído na carga de trabalho deles (art. 67, V da LDB).

Neste quadro conjuntural, cabe à União a missão elementar de garantir o rendimento escolar em todos os níveis da educação, inclusive o superior, para que seja possível fixar continuamente prioridades para o aperfeiçoamento da qualidade do ensino (art. 9º da LDB).

Desta maneira, a educação superior no Brasil é regulamentada de forma geral pela LDB, que contém as principais normas sobre a organização do ensino, objetivos, valorização dos professores, materialização geral do processo de ensino-aprendizagem, avaliação institucional etc. Além disto, existem as resoluções que estabelecem as diretrizes curriculares de cada curso, como é o caso da Resolução CNE/CES nº 9/2004, que dispõe sobre as diretrizes curriculares dos cursos de Direito, a seguir analisada.

2.2 RESOLUÇÃO CNE/CES Nº 9/2004

Atualmente os cursos de Direito possuem suas diretrizes curriculares organizadas por meio da Resolução nº 9/2004 da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação. Trata-se de um documento que contém um conjunto de normas gerais de organização e estruturação dos cursos jurídicos no Brasil, a serem observadas pelas instituições de Educação Superior.

Esta resolução parte da observância da LDB, que dá os elementos para sua construção. De acordo com o seu artigo 2º, o curso de graduação em Direito, que existe apenas na modalidade bacharelado, deve conter as suas linhas mestras já no projeto pedagógico do curso.

O projeto pedagógico consiste no documento que materializa um conjunto de preceitos fundamentais inerentes a qualquer instituição de ensino superior, tal como as “diretrizes, filosofias e pressupostos das políticas pedagógicas”, ou seja, trata-se de um documento que tem importância fundamental na “qualidade da formação oferecida pelas instituições de educação superior” (HAAS, 2010, p. 16).

No projeto pedagógico devem ser expressos, na literalidade da norma,

[...] o perfil do formando, as competências e habilidades, os conteúdos curriculares, o estágio curricular supervisionado, as atividades complementares, o **sistema de avaliação**, o trabalho de curso como componente curricular obrigatório do curso, o regime acadêmico da oferta, a duração do curso [...] (Resolução CNE/CES nº 9/2004, art. 2º, grifos nossos).

Como pode se ver, a Resolução fala em um “sistema de avaliação” que deve constar já do projeto pedagógico do curso. Em seu §1º, o mesmo artigo desenvolve o conteúdo obrigatório que deve estar presente no projeto pedagógico do curso de Direito, ao mencionar uma série de “elementos estruturais” que devem obrigatoriamente constar em seu corpo. Veja-se:

§ 1º O Projeto Pedagógico do curso, além da clara concepção do curso de Direito, com suas peculiaridades, seu currículo pleno e sua operacionalização, abrangerá, sem prejuízo de outros, os seguintes elementos estruturais:

I - concepção e objetivos gerais do curso, contextualizados em relação às suas inserções institucional, política, geográfica e social;

II - condições objetivas de oferta e a vocação do curso;

III - cargas horárias das atividades didáticas e da integralização do curso;

IV - formas de realização da interdisciplinaridade;

V - modos de integração entre teoria e prática;

- VI - formas de avaliação do ensino e da aprendizagem;**
- VII - modos da integração entre graduação e pós-graduação, quando houver;
- VIII - incentivo à pesquisa e à extensão, como necessário prolongamento da atividade de ensino e como instrumento para a iniciação científica;
- IX - concepção e composição das atividades de estágio curricular supervisionado, suas diferentes formas e condições de realização, bem como a forma de implantação e a estrutura do Núcleo de Prática Jurídica;
- X - concepção e composição das atividades complementares; e,
- XI - inclusão obrigatória do Trabalho de Curso (Resolução CNE/CES nº 9/2004, art. 2º, grifos nossos).

Compreende-se, a partir da interpretação da norma em análise, que todo curso de Direito deve ser organizado de forma a permitir que todos estes elementos sejam encontrados em sua estrutura. Como pode ser notado da leitura do inciso IV, as formas de avaliação do processo de ensino-aprendizagem devem constar expressamente no projeto pedagógico.

A Resolução nº 9/2004 menciona a avaliação institucional em seu artigo nono, que deverá contemplar “formas específicas e alternativas de avaliação, interna e externa, sistemáticas, envolvendo todos quantos se contenham no processo do curso, centradas em aspectos considerados fundamentais para a identificação do perfil do formando”.

No mesmo artigo, em seu parágrafo único, é destacada a necessidade dos planos de ensino conterem os critérios de avaliação do processo de ensino aprendizagem. Os alunos devem ter acesso a esses planos antes do início das aulas, para que possam compreender a metodologia adotada pelo docente, o que inclui os critérios de avaliação ao qual deverão ser submetidos.

Como será visto nos itens subsequentes, a avaliação do processo de ensino-aprendizagem dentro do Direito tem sido relegada a segundo plano. Isto pode ser notado da quase inexistência de análises aprofundadas sobre a avaliação do processo de ensino-aprendizagem no ensino do Direito, como é possível veri-

ficar em uma busca simples Repositório de Dissertações e Teses da Capes (CAPES, 2017).

Assim, para compreender a avaliação e sua imprescindibilidade dentro do ciclo construtivo do conhecimento, é preciso analisar algumas das suas ideias centrais e teorias justificadoras para trazê-la à esfera jurídica.

3 A AVALIAÇÃO DO PROCESSO DE ENSINO-APRENDIZAGEM

Falar de avaliação nunca é desnecessário. Embora seja um tema que não é novo, pois tem sido debatido proficuamente por teóricos da esfera da pedagogia no Brasil e no mundo há algumas décadas (ABRAMOWICZ, 1996; LUCKESI, 2011; HOFFMANN, 1995; SAUL, 2010), não é uma temática debatida dentro do contexto da pedagogia do Direito. Existem vários problemas que nascem nos processos avaliativos dentro desta área das ciências, merecendo-se, assim, algumas reflexões sobre isto.

Como menciona Saul (2010, p. 26-27), a avaliação pode ser vista sob dois prismas: em sentido amplo ela é encontrada dentro do ambiente social, como elemento da vida em sociedade. De outro lado, apresenta-se dentro cenário educacional (numa visão tradicional) como medida, avaliação do rendimento do aluno. Em suas palavras:

A avaliação, em seu sentido amplo, apresenta-se como atividade associada à experiência cotidiana do ser humano. Frequentemente nos deparamos analisando e julgando a nossa atuação e a dos nossos semelhantes, os fatos de nosso ambiente e as situações das quais participamos. Esta avaliação, que fazemos de forma assistemática, por vezes inclui uma apreciação sobre a educação, eficácia e eficiência de ações e experiências, envolvendo sentimentos e podendo ser verbalizada ou não. Essas ações avaliativas diferem, no entanto, daquelas que estamos acostumados a ver, “sofrer” ou executar

no cenário educacional. Estas costumam ter um caráter deliberado, sistematizado, apoiam-se em pressupostos explicitados em maior ou menor grau, variam em complexidade e servem a múltiplos propósitos.

A avaliação educacional começa com a fixação dos objetivos pretendidos em sala de aula e pressupõe um planejamento para que tais finalidades possam ser atendidas, ou seja, meios que permitam ao aluno conhecer aquilo que lhe foi proposto. O professor, ao operacionalizar o processo avaliativo, deve interpretar um conjunto de resultados para atestar de que maneira os seus objetivos foram alcançados, construído o seu próprio juízo de valor sobre o aprendizado do aluno (SARABBI apud SANT'ANNA, 1995).

Está umbilicalmente ligada à educação, ou seja, decorre das práticas pedagógicas. A prática da sala de aula deve ser o ponto de partida para a reflexão da avaliação. Não há como desvincular a educação da avaliação (HOFMANN, 1995), pois é nela que a avaliação encontra “um lugar privilegiado, não só como prática política e pedagógica, produzindo efeitos dentro e fora do âmbito propriamente educacional, mas também como importante campo de estudo” (DIAS SOBRINHO, 2003, p. 15).

Deve ser considerada, assim, um verdadeiro fenômeno social, pois está presente no ambiente em que vivemos de maneira permanente, encontrando um lugar privilegiado, como bem esclarece Dias Sobrinho (2003), não só entre as práticas educativas, mas políticas também, com efeitos que são sentidos em outras áreas para além do campo pedagógico. A avaliação é confundida, muitas vezes, com conceitos como “seleção, medida e classificação” (DIAS SOBRINHO 2003, p. 15), que acabam denotando seu significado dentro do processo educacional. Mas é preciso compreender a amplitude e complexidade do conceito, que abrange uma série de outras reflexões para além de uma simples verificação do conhecimento dado em sala de aula. Como explica Haydt (2004), avaliação possui um significado bem mais amplo do que a simples medida ou teste:

Testar significa submeter a um teste ou experiência, isto é, consiste em verificar o desempenho de alguém ou alguma coisa (um material, uma máquina etc.), através de situações previamente organizadas chamadas testes

[...]

Medir significa determinar a quantidade, a extensão ou o grau de alguma coisa, tendo por base um sistema de unidades convencionais [...]. O resultado de uma medida é expresso em números, daí a objetividade da exatidão. A medida se refere sempre ao aspecto quantitativo do fenômeno a ser descrito.

Avaliar é julgar ou fazer a apreciação de alguém ou alguma coisa, tendo como base uma escala de valores. Assim sendo, a avaliação consiste na coleta de dados quantitativos e qualitativos e na interpretação desses resultados com base em critérios previamente definidos. Portanto, não é suficiente testar e medir, pois os resultados obtidos através desses instrumentos devem ser interpretados em termos de avaliação. (Destiques no original).

Neste raciocínio, a avaliação assumiria uma conotação muito específica, de “juízo de resultados” (HOFFMANN, 1995, p. 27), refletindo uma ação autoritária em sala de aula e uma função classificatória e burocrática dentro da universidade, o que é reflexo de

[...] um princípio de descontinuidade, de segmentação, de parcelarização do conhecimento. Registros de resultados bimestrais, trimestrais ou semestrais estabelecem uma rotina de tarefas e provas periódicas desvinculadas de sua razão de ser no processo de construção do conhecimento. O grau, nota, conceito, são conferidos ao aluno sem interpretação ou questionamento quanto ao seu significado e poder. (HOFFMANN, 1991, p. 19).

Os estudos realizados por Abramowich (1996) revelam, similarmente, que existe uma visão dominante sobre a avaliação da

aprendizagem. Em suas palavras, ela é vista como um dos “mais eficazes instrumentos de controle educacional”. Desta maneira, ela seria a fase final de todo o processo pedagógico, o que é percebido por meio do momento em que é realizada, ou seja, ao final das disciplinas. A avaliação assume, de acordo com a autora, o papel de “controle administrativo-burocrático” além do papel de “controle do conhecimento” (ABRAMOWICH, 1996, p. 86), sendo englobada em um processo meramente quantitativo de apreensão dos conteúdos ministrados em sala de aula.

Esta visão deturpada da avaliação não pode prevalecer dentro do ambiente educacional, pois se trata de um veículo promotor da qualidade no ensino. Não pode se limitar, por conseguinte, a uma simples verificação de rendimento, ou mesmo de objetivos, pois, como esclarece Vianna (2000), a avaliação atual encontra-se em um nível maior, segundo uma perspectiva integrada a programas de qualidade.

A avaliação não objetiva medir o desempenho do discente, apenas. Trata-se de um instrumento que serve ao processo de ensino-aprendizagem de diversas maneiras. Por isto, antes de escolher uma modalidade de avaliação, o docente deve realizar a reflexão necessária observando os objetivos que pretende alcançar. De forma elucidativa, pode-se citar alguns modelos de avaliação (VIANNA, 2000, p. 38):

Quadro 1 – Alguns modelos de avaliação e suas características

ABORDAGEM	OBJETIVOS	PRINCIPAIS ELEMENTOS
Medida de ganho do estudante	Medir o desempenho e o progresso do estudante	Definição de objetivo, análise de escores, discrepância entre escores e a realidade
Interação/ Observação	Compreender atividades e valores	Questões educacionais, observação em sala de aula, estudo de caso, visão pluralista

Análise gerencial	Aumentar a racionalidade nas decisões do dia a dia	Relação de opções, estimativas, retroinformação contínua, custos, eficiência
Pesquisa educacional	Desenvolver explicações e táticas de instrução	Condições controladas, análise multivariada, base para generalização
Avaliação sem objetivos pré-estabelecidos (<i>goalfree</i>)	Avaliar efeitos de um programa	Ignora objetivos propostos, segue um <i>check-list</i>

Fonte: Adaptado de Vianna (2000, p. 38).

O planejamento didático é essencial à escolha de um modelo de avaliação. Ele pode, de um lado, seguir o padrão tradicional do trabalho pedagógico, que consiste na “sucessão de etapas que começa com a definição dos objetivos do ensino, passa pela definição dos conteúdos e dos métodos, pela execução do planejamento e finalmente pela avaliação do estudante” (FREITAS et al., 2014, p. 14). Ou pode, de outro, seguir uma forma alternativa (frise-se que esta é o padrão mais aceito pelos teóricos da avaliação educacional) em que “a avaliação não figura no final, mas está justaposta aos próprios objetivos, formando um par dialético com eles” (FREITAS et al., 2014, p. 15).

Os instrumentos de avaliação mais comumente utilizados, como as provas escritas, provas orais, monografias, seminários, dentre outros, não podem ser utilizados como o único momento da avaliação, relegando-a unicamente ao momento final do processo de ensino-aprendizagem. Como enfatiza Vianna (2005, p. 38), uma das maiores deficiências do atual sistema de ensino consiste na “ausência de instrumentos capazes de medir compreensão e aplicação, objetivos maiores do planejamento educacional”. Desta maneira, o planejamento dos objetivos propostos na disciplina pelo docente é essencial, bem como a escolha dos instrumentos que serão utilizados pelo professor.

Esta escolha não pode ser aleatória, mas, ao contrário, deve observar um conjunto de fatores que podem influenciar a melhoria do processo de ensino-aprendizagem, tais como o tipo de área da ciência objeto de estudo, o tipo de ambiente em que professor e aluno se encontram inseridos, dentre tantos outros.

Muitas vezes os professores sabem quais são os problemas que envolvem a avaliação em sala de aula, mesmo assim desenvolvem práticas sem planejamento adequado ou mesmo arbitrarias. Desta maneira, de acordo com os estudos realizados por Hoffmann (1995), embora os educadores reconheçam as necessidades inerentes à avaliação, muitos a realizam de forma classificatória e autoritária. De um lado, insto refletirá a vivência do docente quando ainda era aluno, de outro, sua própria atuação como docente. Ou seja, há uma contradição entre os discursos dos professores e suas práticas em sala de aula.

No caso do ensino jurídico, essa utilização da avaliação como um instrumento classificatório e autoritário será ainda mais forte. Isto porque a reflexão sobre uma pedagogia do Direito que desenvolva múltiplas habilidades, para além da formação profissional, é muito recente, surgindo de reflexões contemporâneas sobre a crise do ensino jurídico no Brasil.

4 EM BUSCA DA RESSIGNIFICAÇÃO DA AVALIAÇÃO DO PROCESSO DE ENSINO-APRENDIZAGEM NOS CURSOS DE DIREITO

Como pôde ser visto no item 1.1, os cursos de Direito devem inserir em seus respectivos projetos pedagógicos as formas de avaliação do processo de ensino-aprendizagem, disponibilizando previamente ao aluno, por meio dos planos de ensino, a metodologia utilizada pelo docente em sala de aula e os critérios avaliativos utilizados. Denota-se uma considerável margem de autonomia para que os cursos construam em seus projetos pedagógicos os modelos de avaliação.

Assim, ainda prevalece um modelo tradicional de avaliação restrita a aplicação de alguns dos seus instrumentos ao final das disciplinas (como provas escritas, provas orais, seminários etc.). Neste sentido, vários autores denunciam a crise pelo qual tem passado o ensino jurídico brasileiro, principalmente na esfera pedagógica (ADEODATO, 1999; AGUIAR, 2004; BASTOS, 2000; BEZERRA, 2011; BITTAR, 2006; CASTRO, 2004; CAPELLARI, PRANDO, 2001; CHAVES, 2017; DOMINGUES, 2004; ENCARNAÇÃO, MACIEL, 1995; GONÇALVES; SANTOS, 2013; LÔBO, 2000; MACHADO, 2009; MURARO, 2010; RODRIGUES, 1993; OLIVEIRA, 2004; PALMEIRA, 2011; PRADO, 2015). Tais estudos perpassam a questão das deficiências na estrutura curricular, da falta de articulação entre teoria e prática, ausência de didática na formação pedagógica docente e necessidade de superação do paradigma dogmático-positivista.

É preciso reconhecer que a formação pedagógica é imprescindível ao desenvolvimento da atividade docente. A sala de aula exige vários tipos de conhecimentos que vão muito além dos conteúdos exigidos para o domínio de cada disciplina jurídica. Matérias como Psicologia da Educação e da Aprendizagem, Didática e Prática de Ensino são elementares neste sentido (CORRÊA, 2004).

Por isto, uma mudança concreta e efetiva passa, em um primeiro momento, pela formação dos professores. É preciso admitir as falhas existentes nos currículos dos cursos de pós-graduação em Direito. A partir daí, inserir um conjunto de disciplinas que permita aos futuros educadores uma formação completa, que os permitam compreender como funciona todo processo de ensino e aprendizagem, incluindo-se aí a avaliação.

Nesse sentido, a avaliação, dentro da esfera jurídica, vai reproduzir um modelo de educação voltada, na maioria das vezes, à reprodução, à memorização da teoria e técnicas jurídicas (AGUIAR, 2004; BEZERRA, 2008; PRADO, 2015). Trata-se do modelo de avaliação tradicional, de cunho classificatório, baseado em pedagogias tradicionais, com o objetivo de classificar e rotular os alunos (LUCKESI, 2000).

No contexto da sociedade capitalista, onde a desigualdade é a regra, não a exceção, a avaliação torna-se instrumento de orde-

nação dos indivíduos em camadas, estratos sociais. Reconhecer a natureza classificatória da avaliação, no entanto, não significa dispensar sua necessidade (DEMO, 2002).

A interlocução entre o curso de Direito e a esfera da educação não é apenas necessária ao rompimento desse modelo de ensino jurídico ultrapassado. É, antes, imprescindível à evolução do ensino jurídico na atualidade, que precisa formar indivíduos para compreender os problemas sociais, a função da norma jurídica, a quem ela alcança, como transformar a realidade, dentre tantas outras coisas.

Por isto que o ensino do Direito, em seus moldes atuais, deve ser completamente revisto. É preciso despir o professor das tradições que o levam ao exagerado apego ao dogmatismo, à verticalidade dentro da sala de aula. Neste sentido, uma das sugestões dada por Côrrea (2004) consiste, justamente, em transformar a sala de aula em um espaço múltiplo, em que se desenvolvam vários tipos de atividades educativas. Em suas palavras: “o espaço da sala de aula precisa ser visto como um espaço para leituras, pesquisa e produção de textos, atividades que não podem ser reduzidas à aula e exigem dedicação complementar” (CORRÊA, 2004, p. 157).

Assim, é preciso repensar os modelos de avaliação, pois ela é “parte integrante do processo de aprendizagem e serve como método de coleta e análise de dados necessários à melhoria da aprendizagem dos alunos” (CÔRREA, 2004, p. 159).

Atualmente, a avaliação mais serve como instrumento de controle e classificação dos indivíduos dentro do espaço da sala de aula do que como instrumento de formação de profissionais críticos e conscientes de seu papel na esfera social. Desta forma, assume viés classificatório e não ajuda o aluno no processo de ensino-aprendizagem (DEMO, 2002).

A avaliação é uma etapa essencial ao processo pedagógico como um todo, pois “qualquer atividade humana precisa ser medida ou avaliada, em termos racionais, para que se conheça dos progressos ou falhas verificados” (MELO FILHO, 1979, p. 61).

Alguns estudiosos, inclusive, defendem que qualquer análise do sistema educacional deve passar pelo estudo do processo ava-

liativo, considerado como eixo central do próprio processo educativo (HOFFMANN, 2001, 2003; SAUL, 1995; FREITAS, 1995).

Assim, ao invés de ser instrumento de opressão, a avaliação deve ser utilizada como um instrumento capaz de auxiliar professores e alunos no processo de apreensão e transformação da realidade (LUCKESI, 2000; HOFFMANN, 2005).

Para que isto aconteça, de um lado a avaliação deve refletir todo o planejamento realizado pelo professor antes do momento em que inicia sua aula, permitindo que os objetivos traçados para a mesma sejam alcançados. De outro, deve ter critérios objetivos, para evitar julgamentos parciais dos alunos. Por fim, a avaliação deve partir também dos alunos, que precisam realizar a avaliação dos professores e sua própria avaliação (CÔRREA, 2004).

Desta maneira, a mudança que o ensino jurídico necessita passa por uma profunda reestruturação, que envolve tanto os currículos dos cursos de pós-graduação, que devem formar professores que dominem o processo de ensino e aprendizagem, quanto as práticas pedagógicas utilizadas em sala de aula, que devem passar simultaneamente pelo ensino, pesquisa e extensão. É preciso redefinir o espaço da sala de aula nos cursos jurídicos, transformando-o em um lugar de debates, que permita ao aluno não apenas a compreensão dos fenômenos jurídicos e sua aplicação no mundo, mas da própria realidade que o cerca e as maneiras existentes de alterá-la para melhor.

A avaliação, desta maneira, deve refletir essas práticas pedagógicas, que precisam possuir um caráter reflexivo e crítico, constituindo-se em verdadeiro instrumento de emancipação do indivíduo e não em mais um mecanismo de estratificação social, pois o seu verdadeiro papel consiste em permitir que as práticas da sala de aula alcancem seus objetivos primordiais e a transformação contínua do indivíduo de forma positiva.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, vê-se que pensar na avaliação como elemento capaz de fortalecer o processo de ensino-aprendizagem é ter clara a ideia de que essa atividade não se esgota em si, apre-

sentando raízes com proporções vultosas, ou seja, é conceber e fortalecer o pensamento de que a avaliação da aprendizagem é um dos elementos mais importantes do processo educacional e não deve estar englobada em um momento único na sala de aula.

Nesse segmento de ideias, a avaliação da aprendizagem passa a ser um elemento que norteará o docente em todas as etapas da sua prática educativa, assumindo a função de ser não um instrumento de autoritarismo do docente, mas sim um meio de se constatar as fragilidades do discente e se buscar suas formas de superação, gerando a melhoria do processo de ensino-aprendizagem.

No que pertine aos cursos de Direito, tal assunto merece um destaque ainda mais acentuado, haja vista que o elo entre Direito e Educação deve ser fortemente respaldado, a fim de se quebrar paradigmas incompatíveis com os anseios da sociedade contemporânea, buscando-se a formação de pessoas que não só conheçam as regras positivadas, mas que compreendam sua verdadeira função no momento da sua aplicabilidade, aproximando-se essa tarefa do ideal de Justiça que se faz imperioso alcançar.

Assim, tem-se uma necessidade urgente de reformulação dos modelos tradicionalistas ainda existentes nos cursos jurídicos no país, de modo a assegurar a desvinculação extremada ao dogmatismo, buscando-se trazer à tona conteúdos que garantam uma formação humanística de forma ampla.

Como detalhado no presente estudo, só por meio da reformulação dos currículos, bem como de mudanças das práticas educativas emanadas dos docentes, mudanças estas que trarão importantes alterações no perfil dos discentes, pode-se vislumbrar uma perspectiva de melhoria do ensino jurídico brasileiro.

Entende-se, dessa forma, que, a reflexão da ação pedagógica deve ser uma constante no trabalho do docente, para que ele possa reescrever a sua atuação, objetivando a melhoria do processo de ensino-aprendizagem e possibilitando ao discente a obtenção dos conhecimentos indispensáveis à sua formação humana e ao exercício de sua cidadania. Só assim, poderá se falar em uma educação emancipadora.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOWICZ, Mere. **Avaliando a avaliação da aprendizagem: um novo olhar**. São Paulo: Lúmen, 1996.
- ADEODATO, J.M.L. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. **Revista CEJ**. Brasília, DF, v.7, n.1, p.143-150, 1999.
- AGUIAR, R. **Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- BASTOS, A.W. **Ensino jurídico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- BEZERRA, R.T. **Ensino jurídico e direitos fundamentais**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2008.
- BITTAR, E.C.B. **Estudos sobre ensino jurídico: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- BRASIL. Conselho Nacional de Educação, Câmara de Educação Superior. Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.
- CAPELLARI, E.; PRANDO, F.C.M. (Org.). **Ensino jurídico: Leituras interdisciplinares**. São Paulo: Cultura Paulista, 2001.
- CAPES – Comissão de Aperfeiçoamento de Pessoal do Nível Superior. **Banco de teses e dissertações**. Disponível em: <<http://bancodeteses.capes.gov.br/banco-teses/#!/>>. Acesso em: 22 jul. 2017.
- CASTRO, L.M.C. A universidade, a extensão universitária e a produção de conhecimentos emancipadores. In: Reunião Anual da Anped. **Anais da 27ª reunião** (2004). Disponível em:

<<http://27reuniao.anped.org.br/gt11/t1111.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2015.

CHAVES, Sandramara M. **Avaliação da aprendizagem no ensino superior**: realidade, complexidade e possibilidades. Disponível em: <<http://www.estef.edu.br/zugno/wp-content/uploads/2011/03/avaliacao1.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

CORRÊA, José Theodoro. Ensino jurídico: reflexões didático-pedagógicas. **Revista Direito em Debate**, ano XII, n.22, p.147-161, jul./dez. 2004.

DEMO, Pedro. **Mitologias da avaliação**: de como ignorar, em vez de enfrentar problemas. 2.ed. Campinas: Autores Associados, 2002.

DOMINGUES, A.A. Observando, compreendendo e construindo a educação jurídica na sociedade contemporânea: notas conceituais. **Revista Jurídica Faculdades Integradas Curitiba**, PR, n.17, v.1, p.213-243, 2004.

ENCARNAÇÃO, J.B.; MACIEL, G.E.S. (Org.). **Seis temas sobre o ensino jurídico**. São Paulo: Produção Editorial, 1995.

FREITAS, Luiz Carlos de et al. **Avaliação educacional**: caminhando na contramão. Petrópolis: Vozes, 2014.

GONÇALVES, P.A.; SANTOS, A.L.M. A influência da OAB no ensino jurídico no Brasil. **Revista do Curso de Direito da Unifor**. Formiga, FO, v.4, n.2, p.1-21, jul./dez. 2013.

LÔBO, P.L.N. Ensino Jurídico: realidades e perspectivas. **OAB Ensino Jurídico**: Balanço de uma experiência. Brasília: Conselho Federal, 2000.

LIBÂNEO, José Carlos. **Didática**. São Paulo: Cortez, 1994.

LUCKESI, Carlos Cipriano. **Avaliação da aprendizagem:** componente do ato pedagógico. São Paulo: Cortez, 2011.

LUCKESI, C.C. **O que é mesmo o ato de avaliar a aprendizagem?** Disponível em: <<https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/2511.pdf>>: Acesso em: 13 mar. 2017.

HAAS, Célia Maria. Projetos pedagógicos nas instituições de ensino superior: aspectos legais na gestão acadêmica. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, Goiânia, GO, v.26, n.1, p.151-171, jan./abr. 2010.

HAYDT, Regina Cazaux. **Avaliação do processo de ensino-aprendizagem.** São Paulo: Ática, 2004.

HOFFMANN, Jussara. **Avaliação:** Mito & Desafio – uma perspectiva construtivista. Porto Alegre: Educação e Realidade, 1995.

MACHADO, A.A. **Ensino jurídico e mudança social.** Campus de Franca: Unesp, 2009.

MELO FILHO, Álvaro. **Metodologia do ensino jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MURARO, C.C. A formação do professor de direito. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, RS, v.13, n.73, fev. 2010.

OLIVEIRA, A.M. **Ensino jurídico:** diálogo entre teoria e prática. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

PALMEIRA, L.L. **O ensino jurídico em Alagoas.** Maceió: EDUFAL, 2011.

PRADO, E.C. (Org.). **Educação jurídica:** dilemas atuais. Maceió: Edufal, 2015.

RODRIGUES, H.W. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SANT'ANNA, Ilza Martins. **Por que avaliar? Como avaliar? Critérios e instrumentos**. Petrópolis: Vozes, 1995.

SAUL, Ana Maria. **Avaliação emancipatória: desafio à teoria e à prática de avaliação e reformulação de currículo**. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SOBRINHO, José Dias. **Avaliação: políticas educacionais e reformas da educação superior**. São Paulo: Cortez, 2003.

VIANNA, Heraldo Marelim. **Avaliação educacional e o avaliador**. São Paulo: Ibrasa, 2000.

VIANNA, Heraldo Marelim. **Fundamentos de um programa de avaliação educacional**. Brasília: Liber Livro, 2005.

