



PESQUISA E ATUAÇÃO EM

DIREITO

ROGER GOULART MELLO
(ORGANIZADOR)



2021



PESQUISA E ATUAÇÃO EM

DIREITO

ROGER GOULART MELLO
(ORGANIZADOR)



2021

2021 by Editora e-Publicar
Copyright © Editora e-Publicar
Copyright do Texto © 2021 Os autores
Copyright da Edição © 2021 Editora e-Publicar
Direitos para esta edição cedidos à
Editora e-Publicar pelos autores

Editora Chefe
Patrícia Gonçalves de Freitas
Editor
Roger Goulart Mello
Diagramação
Roger Goulart Mello
Projeto gráfico e Edição de Arte
Patrícia Gonçalves de Freitas
Revisão
Os autores

PESQUISA E ATUAÇÃO EM DIREITO, VOL. 1

Todo o conteúdo dos capítulos, dados, informações e correções são de responsabilidade exclusiva dos autores. O download e compartilhamento da obra são permitidos desde que os créditos sejam devidamente atribuídos aos autores. É vedada a realização de alterações na obra, assim como sua utilização para fins comerciais.

A Editora e-Publicar não se responsabiliza por eventuais mudanças ocorridas nos endereços convencionais ou eletrônicos citados nesta obra.

Conselho Editorial

Alessandra Dale Giacomini Terra – Universidade Federal Fluminense
Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa
Andrelize Schabo Ferreira de Assis – Universidade Federal de Rondônia
Bianca Gabriely Ferreira Silva – Universidade Federal de Pernambuco
Cristiana Barcelos da Silva – Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro
Cristiane Elisa Ribas Batista – Universidade Federal de Santa Catarina
Daniel Ordane da Costa Vale – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Danyelle Andrade Mota – Universidade Tiradentes
Dayanne Tomaz Casimiro da Silva - Universidade Federal de Pernambuco
Diogo Luiz Lima Augusto – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Elis Regina Barbosa Angelo – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Ernane Rosa Martins - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Ezequiel Martins Ferreira – Universidade Federal de Goiás
Fábio Pereira Cerdera – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Francisco Oricelio da Silva Brindeiro – Universidade Estadual do Ceará
Glaucio Martins da Silva Bandeira – Universidade Federal Fluminense
Helio Fernando Lobo Nogueira da Gama - Universidade Estadual De Santa Cruz
Inaldo Kley do Nascimento Moraes – Universidade CEUMA
João Paulo Hergesel - Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Jose Henrique de Lacerda Furtado – Instituto Federal do Rio de Janeiro
Jordany Gomes da Silva – Universidade Federal de Pernambuco



Jucilene Oliveira de Sousa – Universidade Estadual de Campinas
Luana Lima Guimarães – Universidade Federal do Ceará
Luma Mirely de Souza Brandão – Universidade Tiradentes
Mateus Dias Antunes – Universidade de São Paulo
Milson dos Santos Barbosa – Universidade Tiradentes
Naiola Paiva de Miranda - Universidade Federal do Ceará
Rafael Leal da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Rita Rodrigues de Souza - Universidade Estadual Paulista
Willian Douglas Guilherme - Universidade Federal do Tocantins

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)

P474 Pesquisa e atuação em direito [livro eletrônico] : volume 1 /
Organizador Roger Goulart Mello. – Rio de Janeiro, RJ: e-
Publicar, 2021.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-89950-12-7

1. Direito – Brasil. 2. Ciências jurídicas. I. Mello, Roger Goulart,
1992-.

CDD 340

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

Editora e-Publicar
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
contato@editorapublicar.com.br
www.editorapublicar.com.br



2021

Apresentação

É com grande satisfação que a **Editora e-Publicar** vem apresentar a obra intitulada “**Pesquisa e atuação em direito, Volume 1**”. Neste livro, engajados pesquisadores contribuíram com suas pesquisas. A obra é composta por 32 capítulos que abordam múltiplos temas.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Editora e-Publicar

Roger Goulart Mello

Patrícia Gonçalves de Freitas

Sumário

CAPÍTULO 1	14

ENSINO JURÍDICO: A POLÍTICA PÚBLICA DE ENSINO DOS PRECEITOS BÁSICOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 NAS ESCOLAS COMO MEIO DE FORMAÇÃO CIDADÃ E PREVENÇÃO DO CARÁTER CORRUPATIVO.....	14

Anays Martins Finger
Ana Cláudia Favarin Pinto
Bruna Andrade Obaldia

CAPÍTULO 2	28

DA INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO À PARTICIPAÇÃO NA VIDA POLÍTICA: O PAPEL DOS CURSOS DE DIREITO NA FORMAÇÃO DA CIDADANIA DO DISCENTE NO SÉCULO XXI A PARTIR DAS NOVAS DIRETRIZES CURRICULARES NACIONAIS	28

Anays Martins Finger
Ana Cláudia Favarin Pinto
Bruna Andrade Obaldia

CAPÍTULO 3	42

IMIGRAÇÃO NO ESTADO DE RORAIMA: VENEZUELANOS BUSCANDO UM MÍNIMO EXISTENCIAL	42

Dyanna Vieira de Oliveira
João Paulo Silva Dantas
Antonio Jorge Vale Braga
Ednaldo Alencar de Sousa
Lucilene Oliveira Soares
Elvys Arantes Teixeira
Elisângela Rocha Gomes

CAPÍTULO 4	53
O ESTADO DE RORAIMA E A FRONTEIRA COM A VENEZUELA: REFLEXOS A LUZ DA IMIGRAÇÃO	53

Dyanna Vieira de Oliveira
João Paulo Silva Dantas
Antonio Jorge Vale Braga
Ednaldo Alencar de Sousa
Lucilene Oliveira Soares
Elvys Arantes Teixeira
Elisângela Rocha Gomes

CAPÍTULO 5	63
VIOLÊNCIA SEXUAL INFANTOJUVENIL E A ESCUTA ESPECIALIZADA.....	63

Aparecido Renan Vicente

CAPÍTULO 6	78
O DIREITO AMBIENTAL ENTRE O CAMPO E AS PESSOAS: OS REFLEXOS DA PRODUÇÃO AGRÍCOLA CONTEMPORÂNEA DEPENDENTE DO USO DE AGROTÓXICOS.....	78

Anays Martins Finger
Ana Cláudia Favarin Pinto
Bruna Andrade Obaldia

CAPÍTULO 7	87
TEORIAS CRIMINOLÓGICAS NA CONSTRUÇÃO DO COMPORTAMENTO DESVIANTE: CONSIDERAÇÕES ACERCA DE UMA POSSÍVEL GEOGRAFIA DA VIOLÊNCIA	87

Isabôhr Mizza Veloso dos Santos

CAPÍTULO 8	107
DIRETRIZES LEGISLATIVAS E ESTRATÉGICAS PARA A ALFABETIZAÇÃO ECOLÓGICA NO BRASIL: A LEI Nº 9.795/99 E O ODS 4 DA AGENDA 2030 DA ONU EM DEBATE	107

Luiz Guilherme Carvalho
Rosana Gomes Da Rosa

CAPÍTULO 9	125
INFLUÊNCIA DA ÉTICA ARISTOTÉLICA SOBRE A ÉTICA ADVOCATÍCIA	125

Gabriel Trentini Pagnussat
Luiz Roberto Prandi

CAPÍTULO 10	135
REMANESCENTES DE QUILOMBO NO CEARÁ: PROCESSO DE RECONHECIMENTO NO INCRA	135

Maria Elanny Damasceno Silva
Olienaide Ribeiro de Oliveira Pinto
Juan Carlos Alvarado Alcócer

CAPÍTULO 11	142
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO BRASILEIRO POR EVENTOS ADVERSOS DECORRENTES DA VACINAÇÃO CONTRA O CORONAVÍRUS	142

Otávio Martins Finger

CAPÍTULO 12	154
A AMPLIAÇÃO DE LEGITIMADOS: NOTAS TEÓRICAS SOBRE AS AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	154

Rodrigo Cristiano Diehl

CAPÍTULO 13	174
CRISE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: O AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO E A ASCENSÃO DO DECISIONISMO JUDICIAL	174

Victor Krug Masiero
Santiago Artur Berger Sito

CAPÍTULO 14.....	192
A PRECARIZAÇÃO DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE FRENTE AO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE 192	

Iago Batista Gonçalves
Vinícius Batista Gonçalves
Milena Abreu Ávila

CAPÍTULO 15	210
DIREITO: ELEMENTOS ESTRUTURADORES E A CONTRIBUIÇÃO DE MARX ...210	

Elias Vieira
Wlaumir Doniseti De Souza

CAPÍTULO 16	219
INCONSTITUCIONALIDADE DO ENUNCIADO Nº 162 DO FONAJE 219	

DOI: 10.47402/ed.ep.c202141616127

Pedro Henrique Dos Santos

CAPÍTULO 17	233
ALTERAÇÃO DE NOME E GÊNERO DAS PESSOAS TRANSGÊNERAS 233	

DOI: 10.47402/ed.ep.c202150417127

Ana Carolina Rinco

CAPÍTULO 18.....	246
DIREITOS HUMANOS E SUA APLICABILIDADE NAS MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS.....246	

Bárbara Moraes Mendes Da Silva
Edmario Nascimento Da Silva

CAPÍTULO 19	261
OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA PERSPECTIVA DO EPISÓDIO "QUEDA LIVRE", DE <i>BLACK MIRROR</i> 261	

Gabriel Carvalho Dos Santos

CAPÍTULO 20	271
DIREITO BÁSICO À EDUCAÇÃO INDÍGENA: UMA JORNADA CONTÍNUA PELA EDUCAÇÃO DIFERENCIADA.....	271

Joana D'arc Alves Paes Andrade
Jocyléia Santana Dos Santos
George Leonardo Seabra
Dagoberto Leopoldo Paes Andrade

CAPÍTULO 21	290
RACISMO, SISTEMA PENAL E CRIMINOLOGIA CRÍTICA: ALGUNS APONTAMENTOS	290

Karla De Paula Carvalho
José Rodrigues De Alvarenga Filho

CAPÍTULO 22	305
A TECNOLOGIA COMO FERRAMENTA DE VIGILÂNCIA E CONTROLE ILIMITADOS NO EPISÓDIO “ARKANGEL” DA SÉRIE <i>BLACK MIRROR</i>	305

Lhais Silva Baia

CAPÍTULO 23	314
A PREPARAÇÃO DE PESQUISADORES EM DIREITO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA FORMAÇÃO ACADÊMICA PARA A ESCRITA CIENTÍFICA	314

Lidiane Moura Lopes
Luiz Alves De Oliveira Filho

CAPÍTULO 24	329
A APLICABILIDADE DA QUALIFICADORA DE FEMINICÍDIO ÀS MULHERES TRANSEXUAIS, A PARTIR DE UMA ANÁLISE LEGISLATIVA, COM ENFOQUE NO CASO MICHELE	329

Michelle Soares Garcia
Gabriel de Souza Lôbo
Maria Clara Figueira Barbosa
Pâmela de Sousa Marcondes
Rebeca Bello Barbosa

CAPÍTULO 25	345
O COMÉRCIO VIRTUAL À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL.	345
DOI: 10.47402/ed.ep.c202161025127	

Débora Teixeira dos Santos

CAPÍTULO 26	362
A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE: DEBATESE CONTROVÉRSIAS	362
DOI: 10.47402/ed.ep.c202161126127	

Débora Teixeira dos Santos

CAPÍTULO 27	376
A ATUAÇÃO DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS NO PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO	376
DOI: 10.47402/ed.ep.c202151227127	

Fernanda Gonçalves Kossatz

CAPÍTULO 28	394
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA PERSPECTIVA DENTRO DO DIREITO OBRIGACIONAL BRASILEIRO	394
DOI: 10.47402/ed.ep.c202159728127	

Lucas Victor da Carvalho Gomes
Adauto José Valentim Neto
Samila Suelly Rosendo de Melo

CAPÍTULO 29	408
OS PRINCÍPIOS DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E DO LIVRE CONVENCIMENTO NA REALIDADE DOS TRIBUNAIS	408
DOI: 10.47402/ed.ep.c202153929127	

Maria Helena Santana Cruz
Jorge Flavio Santana Cruz
Juliana Campos de Carvalho Cruz

CAPÍTULO 30	429
O SISTEMA RETRIBUTIVO BRASILEIRO E A POSSIBILIDADE DE UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	429

Matheus Moacir Perinazzo
Leonice Aparecida de Fátima Alves Pereira Mourad
Bernardo Ebbres Bernardi
André Haiske

CAPÍTULO 31	440
OS IMPEDIMENTOS DA CONCESSÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA A PARTIR DA LEI Nº 13.467/2017.....	440

Matheus Moacir Perinazzo
Leonice Aparecida de Fátima Alves Pereira Mourad
Bernardo Ebbres Bernardi
André Haiske

CAPÍTULO 32	454
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITOS AUTORAIS.....	454

Alyne Leite de Oliveira
Bethsaida de Sá Barreto Diaz Gino
Gilbene Calixto Pereira Claudino

CAPÍTULO 1

ENSINO JURÍDICO: A POLÍTICA PÚBLICA DE ENSINO DOS PRECEITOS BÁSICOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 NAS ESCOLAS COMO MEIO DE FORMAÇÃO CIDADÃ E PREVENÇÃO DO CARÁTER CORRUPTIVO

Anays Martins Finger, Mestranda em Direito pela UFSM
Ana Cláudia Favarin Pinto, Mestranda em Direito pela UFSM
Bruna Andrade Obaldia, Mestranda em Direito pela UFSM

RESUMO

O não exercício da cidadania expõe o problema de não se conhecer os preceitos da Constituição de 1988. Como problema de pesquisa, este artigo procurará responder se o ensino de preceitos básicos da CR/88, para o exercício ativo da cidadania, pode contribuir para a restrição de atos corruptos? O trabalho foi dividido em três capítulos, começando com a questão teórica para, posteriormente, analisar-se o referido ensino nas escolas. Concluiu-se que a inserção da educação constitucional nas escolas é importante pois as coibir atos corruptos.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania. Constituição da República. Corrupção. Ensino. Políticas públicas.

INTRODUÇÃO

A prática de atos corruptivos tem representado uma enorme mazela na sociedade brasileira. Por meio da prática de atos ilícitos, aqueles a quem é confiado o poder de gestão da coisa pública, subvertem o uso dos recursos e os desviam para finalidades pessoais. O combate à corrupção é tema atual, e representa também um anseio de todos os brasileiros, cansados de ver os seus tributos dirigidos para finalidades ímprobas. Desse modo, dialogar sobre a necessária inclusão de conteúdos presentes na Constituição da República (CR/88) nas escolas brasileiras de ensino fundamental e médio como pode representar uma viragem no sistema posto, porquanto se entende que uma política pública de formação cidadã poderia ser um meio efetivos de prevenção do caráter corruptivo.

Dentro deste contexto, a questão de vital relevância é o ensino dos preceitos básicos da CR/88, nas escolas de ensino fundamental e médio brasileiras, como forma de auxílio da formação cidadã. Nesse sentido, por meio da formação adequada do caráter cidadão, práticas corruptivas podem ser evitadas e, por tal motivo, questiona-se: a formação cidadã, para o exercício ativo da cidadania, é capaz de contribuir na coibição de atos corruptivos? Como método de abordagem, optou-se pelo dedutivo, pois a pesquisa partirá de uma análise geral a



respeito do conceito de política pública, cidadania e corrupção, como também do ensino dos princípios norteadores da CR/88 nas escolas, para então, averiguar mais notadamente, a partir dessas relações, se a formação cidadã adequada contribuiria na coibição de atos de corrupção.

Como método de procedimento foi empregado o método monográfico e bibliográfico, uma vez que a pesquisa contou com o estudo de autores da área do Direito, da Filosofia e da Sociologia para o enfrentamento do tema com a respectiva construção da realidade proposta.

Este aporte metodológico resultou no artigo dividido em três partes. Assim, a primeira parte traz um breve estudo acerca do conceito de políticas públicas, cidadania e corrupção. Já a segunda parte traça a perspectiva sobre o ensino da Constituição da República de 1988 nas escolas como uma política pública de formação cidadã. Por fim, na terceira parte, trabalha-se com o fato de que a formação cidadã, com a devida orientação de direitos e deveres, pode coibir a prática de atos corruptivos.

POLÍTICAS PÚBLICAS, CIDADANIA E CARÁTER CORRUPTIVO: UM BREVE ESTUDO SOBRE O CONCEITO DE TAIS INSTITUTOS

Políticas Públicas são um conjunto de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado, com a participação de entes públicos ou privados, visando assegurar determinados direitos cidadãos de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico. Podem ser formuladas por iniciativa dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, conjuntamente ou de forma separada, a partir das demandas sociais.

Dessa forma, a formação das políticas públicas é um processo onde os governos revelam seus propósitos em programas e ações, que produzirão resultados ou as mudanças desejadas no mundo real.

Para Cunha e Cunha (2002, p. 12) o debate a respeito das políticas públicas deve centrar-se em:

[...] linhas de ação coletiva que concretiza direitos sociais declarados e garantidos em lei. É mediante as políticas públicas que são distribuídos ou redistribuídos bens e serviços sociais, em resposta às demandas da sociedade. Por isso, o direito que as fundamenta é um direito coletivo e não individual.

Por se tratarem de uma forma de assegurar direitos da população, a participação da sociedade em suas formulações, bem como o acompanhamento e avaliação de tais políticas são assegurados pela própria lei que as institui.



Ainda, tendo em vista que tais programas estão ligados à direitos que são garantidos aos cidadãos, as políticas públicas existem em diversas áreas, como educação, saúde, trabalho, lazer, assistência social, cultura, meio ambiente, moradia, entre outras.

Dentre essas, faz-se necessário entender que as políticas educacionais devem ser vistas como um meio de construção de valores e conhecimentos que possibilitam o pleno desenvolvimento do educando, incluindo sua capacidade para o exercício da cidadania. Referidas políticas viabilizam a criação de uma sociedade apta para trabalhar, questionar e contribuir ao crescimento e desenvolvimento da nação.

Destarte, vale referir que a ação Estatal não vem precedida, vinculada ou sujeitada a qualquer programa anterior, tampouco a lei ou normas. As políticas são, normalmente, estabelecidas por atos do Poder Legislativo e Executivo, por meio de leis, atos infralegais, atos administrativos, entre outros e, tais atos, estabelecem um programa governamental para a área específica da atuação estatal.

Assim, a participação da população na elaboração de normas e políticas que permearão o seu futuro é prática cidadã garantida constitucionalmente.

A cidadania se mostra como situação social que inclui três tipos distintos de direitos: direitos civis, que incluem o direito de livre expressão, de ser informado sobre o que está acontecendo, de reunir-se, organizar-se, locomover-se sem restrição indevida e receber igual tratamento perante a lei; direitos políticos, que incluem o direito de votar e disputar cargos em eleições livres; e direitos socioeconômicos, que incluem o direito ao bem-estar e à segurança social, a sindicalizar-se e participar de negociações coletivas com empregadores e mesmo o de ter um emprego (JOHNSON, Allan G, 1997, p.34).

Por fim, por serem um conjunto de programas, ações e decisões tomadas pelos governos (nacionais, estaduais ou municipais) com a participação, direta ou indireta, de entes públicos ou privados, tais políticas visam assegurar direitos de **CIDADANIA** para vários grupos da sociedade ou para determinado segmento social, cultural, étnico ou econômico.

Nesse ponto, a cidadania passa a ser um conceito que foi se aprimorando, permeada pela ideia de que todos são cidadãos, pois pertencem a um Estado e assim possuem objetivos em comum. Para Gorczewski (2012, p. 36), “cidadão é aquele que tem o poder de tomar parte na administração deliberativa ou judicial da cidade”.

A cidadania compreende o exercício de direitos e deveres civis, políticos e sociais estabelecidos pela CR/88 do país, por parte do indivíduo que é cidadão. Juridicamente, cidadão é o indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos do Estado. A cidadania refere-se à qualidade de cidadão que, consequentemente, é sujeito de direitos e deveres.



Dessa forma, a relação do cidadão com o Estado parte pro pressuposto de que o cidadão participa da fundação do Estado, estando sujeito ao pacto que o originou, sendo o Estado dos próprios cidadãos, tendo o dever de zelar pelo bem público e particular, por meio do voto, da fiscalização da atuação estatal ou de outros meios.

Além de um resultado de aprendizagem escolar que prepara os jovens para serem futuros cidadãos responsáveis e ativos, a cidadania deve ser compreendida como prática que existe no contexto das ordens culturais, sociais, políticas e econômicas e as oportunidades que os mesmos possuem para agir na sua cidadania.

Conforme Guarinello (2013, p. 46), a cidadania se apresenta de modo bastante ampliado, nos termos:

Há, certamente, na história, comunidades sem cidadania, mas só há cidadania efetiva no seio de uma comunidade concreta, que pode ser definida de diferentes maneiras, mas que é sempre um espaço privilegiado para a ação coletiva e para a construção de projetos para o futuro.

Entendendo a cidadania por meio desse conceito, a reflexão posta é o modo que um povo ou uma pessoa pode tomar consciência de seus direitos e onde podem encontrar direitos para serem estudados.

Uma das opções é a CR/88, porquanto se deve entender que ela contém em si os preceitos básicos e essenciais para a proteção dos direitos dos cidadãos e do funcionamento do direito no país, ou melhor, do funcionamento do próprio Estado.

Colocar o bem comum como prioridade e atuar para promovê-lo é dever de todo cidadão responsável. A cidadania deve ser entendida, nesse sentido, como um processo contínuo, uma construção dos cidadãos que almejam a efetivação dos direitos e de uma sociedade mais justa e solidária.

Com relação a corrupção, não restam dúvidas de que está diretamente relacionada à violação dos Direitos Humanos. Os atos corruptivos, quando utilizados como forma de violação do sistema jurídico, afetam a ordem jurídica e impactam a rede de direitos e garantias vigentes.

A corrupção se apresenta como um aspecto de difícil compreensão, sendo complexa a sua conceituação, em razão de envolver vários ramos do conhecimento, como a ciência política, a economia, o direito, etc. Nesse ponto, referido conceito expressa-se de forma polissêmica no que concerne aos sentidos e tipos de ações, cujo critério para definição de se a ação é corrupta ou não é o de sua legitimidade frente aos valores e normas expressos.

A corrupção está presente nas instituições do Executivo, Legislativo e Judiciário, gerando consequências ao desenvolvimento do país no âmbito sustentável, de direitos humanos,



das desigualdades sociais, do Estado Democrático de Direito, das políticas públicas e de direitos sociais, vez que prejudica a evolução social, política e econômica, atingindo os mais diversos setores da área pública como a saúde, educação, segurança, etc.

Conforme SILVA (1996, p. 3) a palavra corrupção denota o sentido de decomposição, putrefação, depravação, desmoralização, sedução e suborno, onde a corrupção é associada a um ato ilegal, no qual dois agentes, um corrupto e um corruptor.

Cumprе esclarecer que existem diversas situações corruptivas, não somente às dimensões monetárias e normativas, como os exemplos de casos de suborno e nepotismo. No entanto, a corrupção, assim como um vírus, evolui, sofre mudanças e adquire novas formas e contaminando novos cenários. Atualmente, a corrupção está em diversas situações que igualmente evidenciam uma quebra de confiança, como nos casos de plágios acadêmicos, de incentivo ao uso de substâncias proibidas por empresários e patrocinadores de atletas, etc.

Nesse contexto, as políticas públicas se apresentam como uma forma de resolução de problemas da sociedade como o caso da corrupção, da mesma forma que o exercício da cidadania, cujo objetivo pode ser coibir o caráter corruptivo.

O ENSINO DE PRECEITOS DA CR/88 NAS ESCOLAS COMO POLÍTICA PÚBLICA BRASILEIRA DE FORMAÇÃO CIDADÃ

A CR/88 reúne um complexo rol de direitos fundamentais, bem como a organização do Estado e dos poderes. É notório que, em uma sociedade onde os cidadãos conheçam seus direitos e deveres, há uma minimização das arbitrariedades do Estado por meio da garantia de que seus direitos serão positivados.

Dessa forma, por ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, ou seja, onde as leis são criadas pelo povo e para o povo, respeitando-se a dignidade da pessoa humana, as condutas que permeiam as situações do dia-a-dia da população são reguladas por lei. Dessa forma, a falta de conhecimento das leis, faz com que haja um acesso incompleto e deficitário da compreensão do funcionamento do próprio país.

No Brasil, o Ensino Médio se coloca como o momento no qual o aluno inicia o aprofundamento das disciplinas do Ensino Fundamental. Sendo assim, no Ensino Médio o jovem passa a conceber conhecimentos mais aprofundados sobre diversos assuntos, formando a base que o torna apto a compreender qual a função de uma constituição no Estado.

Sobre tais aspectos, nasce a ideia de um conhecimento que direcione a um futuro menos



arriscado. Inicialmente, é indispensável o conhecimento da CR/88 e, possuindo tal conhecimento, o cidadão está pronto para exercê-los ao apropriar-se das regras que estruturam o Estado, passando a ter discernimento e armas intelectuais aptas a lutar na defesa de seus direitos.

Canivez (1991, p. 152-154) afirma que o cidadão deve agir a respeito do governo mediante a pressão exercida pela opinião pública. Sem esta, a política se torna de interesses individuais, sendo elaborada por uma minoria de dirigentes. O cidadão, ao optar pela participação ativa, exerce responsabilidade política, se aproximando das decisões estatais.

Por tais razões, a educação para a cidadania não se mostra limitada ao cumprimento submisso e passivo das normas. A norma é insuficiente na falta da consolidação da vontade individual e coletiva, disposta esta a aceitar a ordem, bem como comprometendo-se a buscar, estabelecer e preservar o sistema normativo. Sem a conquista da vontade dos cidadãos, a norma se mostra vazia, vaga.

Assim, a fim de contribuir para aliviar o problema da má formação cidadã, surge a possibilidade da inserção de conhecimentos de direito constitucional na grade curricular do ensino médio. Os objetivos da educação traçados constitucionalmente são fonte de construção de uma sociedade mais justa e igualitária, com cidadãos conscientes de seus direitos e com ativa participação política, econômica e social no Estado.

Os proveitos de ensinar a CR/88 em escolas também pode ser explicado pela própria CR/88, nos artigos 1º ao 4º, onde estão previstos princípios fundamentais do Estado. Tais artigos prevêem, de forma geral, as regras de formação política e objetivos da nação brasileira, sendo necessário o conhecimento de tais preceitos pelos indivíduos, para entenderem como funciona o próprio país.

Ainda, o ensino dos princípios e preceitos básicos da CR/88 garante ao cidadão o conhecimento de direitos e garantias fundamentais. O artigo 5º da CR/88 dispõe a respeito dos direitos e deveres dos brasileiros e prescreve alguns benefícios como, por exemplo, o direito à saúde e educação, garantindo, desse modo, a contribuição para a formação cidadã à medida que provê ao indivíduo o conhecimento de seus direitos e deveres enquanto inserido na sociedade, bem como as instituições existentes ao serviço da coletividade, incentivando o interesse da população pela busca da efetivação de direitos e da justiça social, além de capacitá-los para mobilizações políticas, sociais, econômicas e culturais.

A plena formação do indivíduo, bem como o preparo para o exercício da cidadania, são



concretizadas pela educação e demandam, para sua integral efetivação, um conhecimento básico acerca da Lei Maior que rege o país. Atualmente, um estudante concluinte do ensino médio, encontra-se apto ao exercício da cidadania, entretanto, não possui conhecimentos básicos acerca das normas regentes do país, presentes na CR/88. Sem tais conhecimentos, os estudantes se formam sem contemplar claramente a divisão dos três poderes (Poder Legislativo, Executivo e Judiciário) e as devidas atribuições de seus representantes. Ora, a partir dos 16 anos, os jovens já podem exercer o direito de votar em eleições, e não sabem ao certo qual a efetiva função do representante que está escolhendo, não conhecem os direitos constitucionalmente estabelecidos.

O ensino das normas e princípios norteadores da CR/88 nas escolas é uma das formas de garantir aos cidadãos a cidadania de forma plena, furtando-se do desconhecimento da população para com as leis mais fundamentais do país. Destaca-se, por esse lado, o disposto no artigo 205 da CF:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Assim, o indivíduo ao distanciarem-se das normas, ignoram seus próprios direitos, afastando-se da justiça e posicionando-se de forma passiva e inerte diante das injustiças que cercam a sociedade.

Pelo exposto, mostra-se fundamental a inserção do ensino constitucional nas escolas, tendo em vista que, desde jovens se fala em democratização do conhecimento, que atualmente só se mostra concretizado no Curso de Direito.

Verifica-se que o dever estatal na garantia do acesso à justiça não está restringido ao fornecimento de iguais oportunidades de acesso ao Poder Judiciário, no ingresso em juízo com distintas demandas (art. 5º, XXXV, CF), mas essencialmente assegurando à população o acesso à ordem jurídica de forma justa, à uma tutela jurisdicional justa e eficiente.

Entre as dificuldades e obstáculos da garantia do acesso à justiça, ressalta-se a hipótese do desconhecimento de direitos pela população, situação que ocasiona em um distanciamento entre o indivíduo (sujeito de direitos) e seus direitos propriamente ditos. Nessa linha, Capelletti e Garth (1988, p. 23) referem:

Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em



muitos tipos de conflitos que envolvem direitos. [...] Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção.

Nesse ponto, quanto ao papel objetivo do ensino médio, vale destacar o artigo 35 da lei nº 9.394 de 1996, que refere, principalmente, a preparação para a cidadania, o aprimoramento da ética e do pensamento crítico.

Dessa forma, a escola se apresenta como um espaço onde podem ser repassados conhecimentos sobre direitos inerentes aos cidadãos e, tais medidas devem ser tomadas desde o percurso do ensino básico, tendo em vista que muitos jovens, na procura de um sustento para sua família, desistem dos estudos e vão em busca de emprego.

Não se pretende apenas apresentar a Constituição, mas oferecê-la como meio de sanar anseios da população no desejo de que seus direitos sejam concedidos em sua plenitude. Juntamente com disciplinas como a Sociologia e a Filosofia, o ensino do direito por meio das normas dispostas na CR/88, favorece a formação cidadã com uma visão de efetivo exercício de direitos pelos jovens. Nesse sentido, José Afonso Silva (2000, p. 214-215) expõe:

A consecução prática dos objetivos da educação consoante o art. 205 – pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho - só se realizará num sistema educacional democrático, em que a organização da educação formal (via escola) concretize o direito ao ensino, informado por princípios com eles coerentes, que, realmente, foram acolhidos pela Constituição [...].

A formação cidadã e sua efetivação na sociedade não se restringem apenas à formação individual, mas a um contexto coletivo, onde há capacitação para a vida coletiva num estado democrático de direitos. Evidencia-se, dessa forma, que a cidadania não se limita ao ato de votar ou ser votado, mas relaciona-se diretamente com a participação na gestão da coisa pública, seja por meio da formulação de políticas públicas ou na tomada de decisões, seja no trabalho de fiscalização, a partir de ações populares, impugnação de contas públicas, etc.

Assim, a cidadania como meio de formação do ser, deve ser compreendida pelos jovens nos seus processos de formação e, nesse processo, o papel da escola é de vital importância para a construção do cidadão participativo. Dessa forma, a escola serve como meio de conscientizar o aluno acerca de seu papel social e, com esses ensinamentos, ele se posicionará politicamente, possuindo suas convicções e opiniões próprias, transmitindo-lhes conhecimentos acerca das leis e normas que regem o Estado, bem como sobre seus direitos e deveres para com a sociedade, de forma pedagógica. Quando o indivíduo tem o conhecimento de que possui direitos, ele passa



a exigir o cumprimento das leis, se colocando no papel de fiscalizador da norma. Os preceitos democráticos devem ser postos em prática para que valores éticos criem raízes na base cultural da sociedade.

Dessa forma, o ensino da Constituição nas escolas se fundamenta na medida em que coloca à disposição do jovem o conteúdo básico para a iniciação do pensamento crítico, onde os conhecimentos constitucionais contribuem para o desenvolvimento do caráter cidadão, fazendo com que esta assuma relação com a coletividade, transcendendo a esfera individual.

A FORMAÇÃO CIDADÃ PARA A ORIENTAÇÃO DE DIREITOS E DEVERES COMO PRÁTICA DE PREVENÇÃO CORRUPATIVA

Frequentemente o cidadão espera que o Estado apresente soluções para solucionar os problemas sociais que permeiam o país. Tal conduta, guiada no sentimento de indiferença pelo interesse público, trata-se de um problema histórico e, considerando todas as dificuldades ligadas à exclusão social, miserabilidade e fragilização da cidadania no país, o Estado se viu incumbido de regular diversas matérias e, nesse sentido, caracterizou-se como paternalista e assistencialista (LEAL, 2008a, p. 58).

Tal situação, conforme Gorczewski (2014, p. 76), gera “um cidadão dependente, não crítico, passivo, apático e medíocre. Longe dele está o pensamento da livre iniciativa, da responsabilidade e da criação”.

Nesse sentido, Leal (2008a, p. 58) refere que, historicamente, até mesmo em virtude das desigualdades sociais e momentos de supressão de direitos, o Estado fora chamando para si inúmeras atribuições de cunho eminentemente protecionista, sendo que promovia poucas políticas educativas e preventivas. Destarte, o Estado acabou induzindo a população a uma postura de mera consumidora, sem estimular o pensamento crítico relativo à solução dos problemas existentes, entre eles a corrupção.

O que se percebe é que o cidadão tem limitado cada vez mais a sua atuação cívica ao exercício do voto, em razão de que os indivíduos se contentam com o espaço de ação social que lhes é dado. Os indivíduos não possuem o senso crítico sobre seu papel dentro da sociedade e acabam minimizando sua atuação política, abrindo margem para a ocorrência de atos corruptivos (LEAL, 2008b, p. 193).

Nesse sentido, a omissão da população para com o exercício da cidadania favorece a facilidade dos representantes políticos de atuarem para seu próprio bem estar, sem pensar nos interesses coletivos. Dessa forma, estando em um cenário onde é falha a efetiva participação e



fiscalização por parte dos cidadãos, acabam dando prioridade a seus interesses particulares. As consequências dessas atitudes são graves, pois facilitam o surgimento da corrupção que corrói a confiança dos cidadãos e destrói as relações sociais (GORCZEVSKI, 2014, p. 78).

Cumpre enfatizar que quando o governante falha com o dever de realizar o melhor para o bem coletivo, a omissão popular é evidente, ou seja, não existem cobranças ou fiscalizações por parte do cidadão, os administradores atuam da forma que lhes interessa, enquanto o povo assiste as injustiças de forma displicente. Entretanto, tal concepção, de mera participação passiva, acaba por enfraquecer a democracia e, em contrapartida, fortalece o surgimento das patologias corruptivas (GORCZEVSKI, 2014, p. 78).

A passividade dos indivíduos para com o exercício da cidadania também é fortemente marcada pela desinformação da população a respeito de seus direitos e deveres. Nessa senda, para que o Brasil possa se concretizar como Estado Democrático de Direito, prevenindo as mazelas causadas pelos diversos atos corruptivos, é necessário que o cidadão participe ativamente do universo político, não apenas exigindo do Estado seus direitos, mas exercendo seus deveres como parte da sociedade, como cidadão ativo e interessado com o bem estar comum.

Para que o exercício da cidadania seja efetivado e a participação política possa prevenir o surgimento da corrupção, a população deve ter interesse nas tomadas de decisões públicas, procurando melhorar a maneira de condução da gestão pública. Ora, os cidadãos devem possuir plena consciência de que são parte da relação entre sociedade e governo e que, para o bem comum, os mesmos devem estar harmonizados, isto é, devem ser conduzidos de forma conjunta.

Destarte, considerando que a mudança social se inicia pelo povo, os indivíduos devem ter conhecimento de que pelas suas atitudes as mudanças na seara corruptiva começarão a ter forma, ou seja, mediante o exercício da cidadania a participação popular se concretiza e, por conseguinte, a corrupção tem sua proporção diminuída. Logo, cabe ressaltar os ensinamentos de Gorczewski (2014, p. 75) “Participar e lutar contra a corrupção exige, pois, disposição e vontade política, tanto por parte dos políticos como por parte da sociedade”.

Frisa-se que, ao se tornar pleno o direito/dever de participação na vida política da comunidade, é de extrema valia que o cidadão utilize os preceitos dispostos na CR/88, tendo em vista que, mediante tal prática, os indivíduos irão se sentir ativos e, ainda, responsáveis pelas mudanças sociais e decisões públicas (MARTIN, 2005, p. 15).



O problema se apresenta ao questionar-se em que medida é possível se defender a existência de uma moralidade pública e outra privada, que possam auxiliar na orientação do controle e tratamento curativo e preventivo de atos corruptivos, entendidos como os que dizem respeito aos corruptores e corrompidos, inexistindo diferença entre eles nesse sentido.

Sob o ponto de vista das disputas eleitorais e de governo, a política é permeada de razão prática e pragmática dos fins imediatos de projetos institucionais, pessoais e corporativos, e não pela razão teoria do homem virtuoso que está compromissada com a moral e a ética do dever ser. Tais fatos acarretam na contaminação da virtude cívica dos cidadãos, pois viciam a legitimidade de modelos de democracia representativa, haja vista a ausência de consensos permeando valores e princípios que sustentem-na.

Pelo exposto, o Estado deve permear-se pelo princípio da virtude, ou seja, uma conciliação entre existe um equilíbrio entre os princípios morais e a vontade humana, sendo que a perda deste por parte dos cidadãos acarreta a degradação corruptiva do regime político.

Exercer o papel cidadão não se trata apenas de votar, mas de fiscalizar e acompanhar os governantes que elegem. Cabe ao cidadão impedir que o governo seja corrompido, estando por dentro das notícias do que se passa na política e indo de encontro às ideias de políticos quando necessário.

Não basta reprimir a corrupção, mas educar os indivíduos para o exercício da cidadania, para que possa ser construído pela educação, cidadãos responsáveis por condutas éticas e sociais, promovendo valores positivos e tornando as pessoas menos egoístas, mas mais participantes do processo político-democrático.

A falta da educação para o exercício da cidadania acarreta na continuação da corrupção no Brasil. O desconhecimento de direitos e deveres faz com que alguns indivíduos queiram sobrepor seus interesses aos da coletividade, a democracia se apresenta enfraquecida e os controles sociais ficam dispersos.

É necessário, nessa forma, repensar o papel da escola na formação cidadã. Educar para o exercício da cidadania aproxima a teoria da prática. As escolas devem ser espaços democráticos onde sejam discutidas questões de interesse coletivo, como é o caso da corrupção, que afeta todos os grupos sociais, bem como a compreensão de que os indivíduos são responsáveis pela coisa pública tanto quanto os governantes.

Consoante asseveram Custódio e Manarim (2011, p. 17), o direito-dever de participação e a concretização do real significado de cidadania ativa necessitam de uma participação efetiva



e costumeira por parte de todos os cidadãos, que devem se conscientizar e se organizar com o objetivo de encontrar melhores soluções para os problemas sociais e, principalmente, para a corrupção, por se tratar de um dos mais devastadores problemas da atualidade.

Torna-se imprescindível que o cidadão não seja passivo diante dos males trazidos pela corrupção, afim de que se utilize dos instrumentos a eles disponibilizados pelo ordenamento jurídico para combater referida patologia, se enquadrando efetivamente no status de cidadão.

De acordo com Borba e Reis (2011, p. 70), a população deve superar seu caráter historicamente apático para, então, contextualizar uma nova concepção democrática para a cidadania, onde seja concretizada a participação ativa dos cidadãos na gestão política com o intuito de tornar melhor a sociedade em que vivem e, ainda, de resgatar a confiança depositada nos governantes.

Logo, há a necessidade da população se organizar e, mediante a cidadania ativa, lutar para a efetivação da participação social nos diversos setores do Estado. Dessa maneira, as bases democráticas se constituem de forma sólida e geral uma sociedade melhor, mais justa e livre da corrupção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que atualmente os indivíduos não possuem total conhecimento de seus direitos e deveres para com a sociedade. Nesse sentido, verificou-se que o ensino da CR/88 nas escolas de ensino básico e médio trazem conhecimentos capazes de fortalecer a formação cidadã dos jovens.

Assim, nota-se que por meio de uma educação de qualidade, os jovens poderão sair das escolas com uma boa base de prática e conceito cidadão, colocando em exercício seus direitos e deveres, como de fiscalização e cobrança para com os governantes, afim de proporcionar a melhora da sociedade coletivamente.

Nessa linha, aduz-se que a falta de conhecimento sobre as normas que regem o país podem ocasionar na omissão do cidadão de fiscalizar o trabalho dos políticos, abrindo margem para a instauração de um sistema de corrupção que permeia a sociedade há anos.

A educação para a cidadania vai além de formar cidadãos, mas os deixa aptos a exercer ativamente o seu papel de fiscalizador na sociedade, tornando-se claro o fato de que o cidadão não pode ser passivo frente as mazelas trazidas pela corrupção. Devem utilizar-se de instrumentos que são disponibilizados pelo ordenamento jurídico para o enfrentamento de tal



patologia, de forma que cumpra seu dever de cidadão, participando de forma ativa de todos os setores estatais.

Destarte, com a participação ativa do cidadão na vida política do Estado, o indivíduo compreende que é responsável pela coisa pública tanto quanto os governantes, ou seja, os cidadãos pertencem à sociedade havendo um controle dos direitos sociais violados devido a atos corruptivos.

Por fim, os objetivos propostos para esta pesquisa foram plenamente satisfeitos, pois demonstrou-se a relação entre a falta de conhecimento de direitos e deveres e o aumento da corrupção, ou seja, é por meio da educação para a cidadania, feita de forma prévia, nas escolas, que os indivíduos podem contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, onde seja mitigada, de forma significativa, a incidência de agentes políticos corruptos que só pensam no bem estar próprio e não efetivam os interesses coletivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORBA, E. J. H. de; REIS, J. R. **Democracia cooperativa eletrônica: novas perspectivas para a aquisição de um espaço público não estatal**. In: REIS, J. R. dos; GORCZEWSKI, C. (Org.). Constitucionalismo contemporâneo: desafios modernos. Curitiba: Multideia, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9394 de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L9394.HTM](http://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L9394.HTM). Acesso em: 20 abr. 2019.

CANIVEZ, Patrice. **Educar o cidadão?** Tradução: Estela dos Santos Abreu, Cláudio Santoro. Campinas: Papirus Editora, 1991.

CUNHA, E. da P.; CUNHA, E. S. M. **Políticas públicas sociais**. In: CARVALHO, A.; SALLES, F., GUIMARÃES M.; UDE, W. Políticas públicas. (org.) Belo Horizonte: UFMG; PROEX, 2002.

CUSTÓDIO, A. V.; MANARIM, M. S. **Fundamentos para a compreensão dos novos movimentos sociais no Brasil contemporâneo**. In: REIS, J. R. dos; LEAL, R. G. (Org.). Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

GORCZEWSKI, Clovis. **Cidadania ativa e virtude cívica para o combate às patologias corruptivas**. In: COSTA, M. M. M. da; LEAL, M. C. H. (Org.). Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014.

GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.



GUARINELLO, Norberto Luiz. **Cidades-estado na Antiguidade Clássica**. In: PINSKY, Jaime, Carla Bressanezi Pinsky, (orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2013.

JOHNSON, Allan G. **Dicionário de Sociologia: guia prático da linguagem sociológica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ED., 1997.

LEAL, Rogério Gesta. **A administração pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008b.

LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro?** Esgotamento de um modelo institucional. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, n. 1, mar./jun. 2008a.

MARTIN, Nuria Belloso. **Os novos desafios da cidadania**. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves. **A economia política da corrupção**. Estudos Econômicos da Construção, 1996.

CAPÍTULO 2

DA INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO À PARTICIPAÇÃO NA VIDA POLÍTICA: O PAPEL DOS CURSOS DE DIREITO NA FORMAÇÃO DA CIDADANIA DO DISCENTE NO SÉCULO XXI A PARTIR DAS NOVAS DIRETRIZES CURRICULARES NACIONAIS

Anays Martins Finger, Mestranda em Direito pela UFSM
Ana Cláudia Favarin Pinto, Mestranda em Direito pela UFSM
Bruna Andrade Obaldia, Mestranda em Direito pela UFSM

RESUMO

O presente trabalho busca expor a concepção de que o ensino jurídico deve ter como escopo, para além do ingresso do estudante no mercado de trabalho, o desenvolvimento da cidadania do discente como elemento essencial para a manutenção da qualidade da democracia, a ser implantado na graduação, tendo por base o conteúdo das novas Diretrizes Curriculares Nacionais. Nesse sentido, questiona-se: os cursos de Direito estão auxiliando na formação da cidadania do estudante, como escopo inerente à graduação em Ciências Jurídicas no século XXI, tendo como aporte as novas Diretrizes Curriculares Nacionais, superando-se a ideia de que os cursos de Direito devem primar, exclusivamente, pela inserção do aluno no mercado de trabalho? Com isso, o ensaio foi dividido em três seções. Inicia-se pela investigação do papel dos cursos de Direito no século XXI, tendo como ponto de partida as novas Diretrizes Curriculares. Na segunda seção, a pesquisa debruça-se no potencial de estímulo à participação cidadã da Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018, que institui as novas Diretrizes. Por derradeiro, o terceiro capítulo examina se os cursos de Direito estão efetivamente promovendo a participação cidadã. Ao final, conclui-se que, muito embora as novas Diretrizes Curriculares Nacionais estimulem o desenvolvimento da cidadania do discente, de forma explícita e implícita, o maior desafio é a implantação prática da Resolução pelos cursos de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento da cidadania. Formação do Discente. Novas Diretrizes Curriculares Nacionais. Papel dos cursos de Direito.

INTRODUÇÃO

Sob a ótica de uma concepção contemporânea sobre o papel dos cursos de Direito no século XXI, é latente a necessidade de inclusão de outros escopos à graduação em Ciências Jurídicas, para além do habitual ingresso do discente no mercado de trabalho, após a colação de grau. Essa reflexão deve ser levada à esfera do debate científico de modo que a concepção de que a educação jurídica deve ser voltada exclusivamente para o crescimento econômico do aluno seja superada ou, ao menos, que esta ideia mecanicista seja revista.

Nesse sentido, emerge a perspectiva do papel dos cursos de Direito na formação da cidadania do discente no século XXI, tendo como ponto de partida as novas Diretrizes Curriculares Nacionais, mediante a conscientização dos estudantes de graduação acerca da



relevância da participação de cada um na vida política, através da construção do raciocínio crítico do estudante sobre os mais diversos problemas que assolam a sociedade, nessa seara. Sob esse olhar, parte-se da concepção de que o ensino jurídico nas faculdades deve ir além de uma condição de possibilidade para que o discente ingresse em uma profissão, levando em conta a questão econômica como prisma único, a fim de alcançar, efetivamente, a formação da cidadania do aluno de Direito.

Diante destas considerações, elaborou-se o seguinte problema de pesquisa: os cursos de Direito estão auxiliando na formação da cidadania do estudante, como escopo inerente à graduação em Ciências Jurídicas no século XXI, tendo como aporte as novas Diretrizes Curriculares Nacionais, superando-se a ideia de que os cursos de Direito devem primar, exclusivamente, pela inserção do aluno no mercado de trabalho?

Destarte, a fim de solucionar a problemática apresentada, o trabalho será estruturalmente subdividido em três seções. Inicia-se pelo enfoque no papel dos cursos de Direito no século XXI, tendo como ponto de partida as novas Diretrizes Curriculares. Em sequência, no segundo capítulo, tratar-se-á do despertar do estudante de Direito sobre a relevância da sua participação na vida política, verificando-se o potencial de estímulo à participação cidadã das novas Diretrizes Curriculares. Por derradeiro, o terceiro capítulo, em evidente interdependência aos dois anteriores, examinará se os cursos de Direito estão, efetivamente, auxiliando na formação do caráter cidadão do discente.

No que tange às propostas metodológicas para a realização do presente trabalho, o método de abordagem utilizado será o dialético. A opção por esta abordagem se justifica em face do confronto entre a concepção atual sobre a graduação em Direito, no sentido do despertar do estudante sobre a relevância da sua participação na vida política, tendo por base o conteúdo das novas Diretrizes Curriculares Nacionais para os cursos de graduação em Direito, e aquilo que vem sendo efetivamente implantado pelas faculdades. À esfera do procedimento, o método utilizado será bibliográfico, haja vista que este ensaio estudará as questões supracitadas utilizando-se de materiais já publicados. Ademais, a técnica de pesquisa utilizada será a elaboração de fichamentos e resumos expandidos das obras que servem de aporte ao presente estudo.

O PAPEL DOS CURSOS DE DIREITO NO SÉCULO XXI A PARTIR DAS NOVAS DIRETRIZES CURRICULARES NACIONAIS: DOS ESCOPOS TRADICIONAIS À NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE NOVOS OBJETIVOS

Se há alguns anos a faculdade de Direito era visualizada unicamente como uma boa oportunidade para o estudante ingressar, sem dificuldades, no mercado de trabalho, após a colação de grau – ideia decisiva no momento em que o aluno optava por uma graduação quando da realização dos vestibulares ou do Exame Nacional de Ensino Médio (ENEM) –, nos dias de hoje, esta concepção se encontra ultrapassada. Isso se deve, nitidamente, a duas constatações distintas.

Em primeiro lugar, o ingresso em uma faculdade de Direito não mais constitui garantia de aquisição imediata de uma profissão. Seja pela saturação do mercado de trabalho, com um número expressivo de faculdades de Direito em todo o país, seja pelo próprio aumento de exigências de aperfeiçoamento do aluno graduado para além do ensino superior – o que decorre, evidentemente, da saturação do mercado de trabalho –, o certo é que, atualmente, a colação de grau, por si só, não garante o ingresso efetivo do estudante em uma profissão relacionada à sua área de formação.

No entanto, não constitui objetivo deste estudo refletir sobre a expansão do número de faculdades de Direito instaladas pelo país, tampouco examinar a crise de ingresso no mercado de trabalho, o que remete à análise de uma segunda constatação, que demonstra o quão defasada é a concepção de que os cursos de Direito devem objetivar o alcance de uma profissão como prisma único – essa sim, objetivo central deste trabalho.

Trata-se de uma constatação que revela a necessidade de inclusão de novos objetivos à graduação em Direito, com a superação dos escopos tradicionais voltados para o crescimento econômico, de modo que o discente adquira competências e habilidades que possam ir além da aquisição de uma profissão. São competências indispensáveis para manter a democracia viva, contrapondo-se à tendência de produzir gerações de máquinas lucrativas, em vez de cidadãos íntegros, com habilidade de pensar por si próprios, questionar a tradição (NUSSBAUM, 2015) e desenvolver o raciocínio crítico sobre os mais diversos problemas que assolam a sociedade, cujas resoluções dependem substancialmente do engajamento de cada indivíduo para com a vida política.



Em contrapartida a essa visão progressista, o modelo tradicional de educação determina que

[...] o objeto da nação deve ser o crescimento econômico. Esqueça a igualdade distributiva e social, esqueça os pré-requisitos necessários de uma democracia estável, esqueça a qualidade das relações raciais e de gênero, esqueça o aperfeiçoamento de outros aspectos da qualidade de vida do ser humano que não estejam completamente ligados ao crescimento econômico. (NUSSBAUM, 2015, p. 14)

Nesse seguimento, emerge o dever de reflexão sobre o papel dos cursos de Direito no século XXI, tendo como marco as novas Diretrizes Curriculares Nacionais.

Conforme o artigo 3º da Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018, que institui as novas Diretrizes, a graduação em Direito deverá assegurar sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, capacidade de argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania. É evidente que o modelo de educação jurídica instituído pela Resolução ainda consagra habilidades tradicionais, como o domínio de conceitos, de cuja relevância não se olvida.

No entanto, as novas Diretrizes Curriculares parecem ir além das competências-padrão, não se exaurindo na disposição sobre habilidades técnicas, o que é possível concluir a partir da inclusão do desenvolvimento da cidadania como escopo a ser implementado pelos cursos de graduação em Ciências Jurídicas. Referida disposição assume grande relevância em uma concepção atual sobre o papel das faculdades de Direito no século XXI, uma vez que robustece a ideia de que a graduação deve, também, conscientizar os estudantes acerca da relevância da participação de cada um na vida política. Como já demonstrado, trata-se de uma competência essencial para a manutenção da qualidade da democracia.

Mas de que forma a cidadania se inter-relaciona com o regime democrático? Em uma análise mais profunda, é através do exercício da cidadania que são criadas condições mínimas para que o referido regime seja concretizado, ou seja, a cidadania constitui um dos pilares que consolidam o ideal democrático, uma vez que é o nível de participação cidadã – em maior ou menor medida – que detém o potencial de mensurar a qualidade da democracia em determinado país. Nas palavras do cientista político Charles Tilly:

Democratização significa movimento líquido em direção a consultas mais amplas, mais iguais, mais protegidas e mais vinculativas. Desdemocratização significa, obviamente, menos movimento líquido em direção a consultas mais estreitas, mais desiguais, menos protegidas e menos vinculativas. (TILLY, 2007, p.14)



Nesse olhar, quanto mais estreitas se revelarem as consultas populares em determinado país, menor será o seu potencial democrático, daí a importância de as faculdades de Direito desenvolverem um perfil de engajamento político ativo no seu corpo discente. Certamente, este é um dos maiores desafios impostos à educação do futuro, tendo em vista que a participação cidadã diz respeito à própria condição humana. Nessa perspectiva: “Interrogar nossa condição humana implica questionar primeiro nossa posição no mundo.” (MORIN, 2011, p. 43)

Portanto, resta evidente a relevância de superar-se o modelo de ensino jurídico que visa, de forma unitária, ao ingresso do graduando no mercado de trabalho, como forma de incluir um novo escopo à formação do discente: o desenvolvimento da cidadania. No entendimento de Dallari,

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social. (DALLARI, 1998, p. 14)

Sendo a participação cidadã um processo mínimo de verificação da qualidade da democracia em um país, a sua efetivação integra o modelo de educação jurídica defendido por uma concepção atual sobre o papel dos cursos de Direito no século XXI e que buscar superar o modelo cujo único prisma é o ingresso em uma profissão de prestígio econômico. Tanto é assim, que as próprias Diretrizes Curriculares Nacionais passaram a incluir o desenvolvimento da cidadania no artigo 3º, como um novo objetivo a ser alcançado pelas faculdades de Direito, consagrando, dessa forma, a necessidade de serem superados, ou, ao menos, revistos, os escopos tradicionais do ensino jurídico.

PARA ALÉM DO MERCADO DE TRABALHO: O DESPERTAR DO ESTUDANTE DE DIREITO SOBRE A RELEVÂNCIA DA SUA PARTICIPAÇÃO NA VIDA POLÍTICA E AS NOVAS DIRETRIZES CURRICULARES

Compreendidas como o marco do século XXI em termos de definição do papel dos cursos de Direito na formação do discente, as novas Diretrizes Curriculares Nacionais demonstram que o Conselho Nacional de Educação parece comungar do entendimento de que o ingresso no mercado de trabalho não deve ser o único objetivo adotado pelas faculdades e que a visão crítica deve ser incorporada ao perfil do graduando. Essa conclusão também pode ser extraída quando do exame do artigo 4º da Resolução, o qual traz um rol não taxativo de competências cognitivas a serem desenvolvidas pelos estudantes de Direito, pelo qual é possível concluir que o modelo de educação jurídica que se pretende implementar não deve visar somente ao crescimento econômico dos estudantes, por meio do ingresso em uma profissão.



Em uma análise mais detida, o artigo 4º das novas Diretrizes Curriculares veicula competências como a aceitação da diversidade e do pluralismo cultural, bem como o domínio de conceitos deontológico-profissionais para desenvolver perspectivas transversais sobre direitos humanos. Com efeito, este fragmento da Resolução consubstancia a formação humanística e, sobretudo, o desenvolvimento da cidadania consagrados como objetivos a serem implementados pelas faculdades de Direito no Brasil, conforme dispõe o artigo 3º da norma, já citado neste estudo.

Dessa forma, é notório que as novas Diretrizes Curriculares Nacionais para os cursos de graduação em Direito veicularam a preocupação de que a formação do discente também se volte à conscientização acerca da importância da participação cidadã, por meio do desenvolvimento do raciocínio crítico, de modo que o aluno se torne não apenas um bacharel em Direito. Para além de uma formação mecanicista visando à aquisição de uma profissão de prestígio econômico e social pelo bacharel, o estímulo à participação cidadã também formará um jurista engajado com a resolução de problemas que permeiam a sociedade, tais como a desigualdade social, as questões raciais, de gênero e, até mesmo, as culturais. Essa participação ativa somente é possível, em última análise, através do estímulo ao voto consciente, à constante avaliação das propostas legislativas que tramitam perante o Congresso Nacional e nas Assembleias Legislativas, bem como do exame dos planos de governo em cada eleição e em cada mandato político, além da própria avaliação reiterada das decisões que vêm sendo proferidas pelos tribunais, o que aufere maior relevância quando se discute o ensino jurídico.

Em vista disso, a cidadania não se exaure com o exercício do sufrágio universal, porquanto consiste, igualmente, em conferir a cada indivíduo o papel de fiscal do Estado, perante o qual poderá demandar em face dos interesses da coletividade. Diante disso, como se trata de um processo contínuo, é vital que as faculdades de Direito implementem, efetivamente, as novas Diretrizes Curriculares, para assegurar o despertar da conscientização dos estudantes sobre a relevância da participação na vida política, de modo que o engajamento ativo passe a compor o seu perfil do estudante, tornando-o um jurista – seja na figura de membro da Magistratura, Ministério Público ou da advocacia, seja como ocupante de cargo eletivo ou, até mesmo, como docente – consciente sobre seu papel como cidadão, inserido em um contexto com diversas mazelas sociais, para cuja resolução também deve concorrer. Nesse sentido,

Aqueles que estão em nossas salas de aula, por um curto período como alunos, serão por toda a vida cidadãos. O modo como aprenderem a pensar o mundo em sala moldará o modo como o pensarão fora dela. Se forem sujeitos passivos no ambiente acadêmico, alheios às decisões sobre aquilo que os afeta, excluídos da responsabilidade de participar ativamente do próprio projeto de formação,



difficilmente se tornarão cidadãos ativos, que se sintam responsáveis por participar decisivamente na construção do projeto de uma sociedade mais justa. Inversamente, se experimentarem em nossos cursos as agruras e as alegrias de se saberem responsáveis não apenas pelo próprio percurso, mas também por um projeto coletivo, haverá grande esperança de que esta postura transborde também para sua atuação no mundo. (GHIRARDI, 2012, p. 74-75)

E sobre a relação entre política e educação, Freire (2001) aponta que o próprio educador deve assumir a politicidade de sua prática. Com isso, não basta dizer que a educação é um ato político, da mesma forma que não basta dizer que o ato político é também educativo. Afigura-se necessário assumir, efetivamente, a politicidade da educação. E complementa:

Não posso pensar-me progressista se entendo o espaço da escola como algo meio neutro, com pouco ou quase nada a ver com a luta de classes, em que os alunos são vistos apenas como aprendizes de certos objetos de conhecimento aos quais empresto um poder mágico. Não posso reconhecer os limites da prática educativo-política em que me envolvo se não sei, se não estou claro em face de a favor de quem pratico. O a favor de quem pratico me situa num certo ângulo, que é de classe, em que diviso o contra quem pratico e, necessariamente, o por que pratico, isto é, o próprio sonho, o tipo de sociedade de cuja invenção gostaria de participar. (FREIRE, 2001, p. 25)

Ao confrontar as lições dos autores supramencionados com o texto das novas Diretrizes Curriculares Nacionais, verifica-se que, ao menos em tese, a norma tem a intenção de incorporar o desenvolvimento da cidadania no meio acadêmico. Isso se extrai não somente da leitura dos artigos 3º e 4º, como também do exame do artigo 5º, que trata da composição dos projetos pedagógicos dos cursos de Direito. Segundo as novas Diretrizes, o PPC deverá contemplar a perspectiva de uma formação geral, o que pressupõe ir além de uma formação técnico-jurídica, com o ensino de disciplinas como Direito Penal, Direito Civil e Direito do Trabalho. E mesmo estas áreas deverão ser contextualizadas de acordo com a sua evolução e aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, transcendendo o enfoque dogmático.

Assim, para implementar a formação geral, as faculdades devem incluir em seus projetos pedagógicos o ensino de áreas que dialoguem com as demais expressões do conhecimento filosófico e humanístico, das ciências sociais e das novas tecnologias da informação, o que compreende o estudo da Antropologia, da Ciência Política, da Economia, da Ética e da Filosofia, da História, da Psicologia e da Sociologia. Visivelmente, há uma valorização das disciplinas que estimulam a participação cidadã por parte dos discentes sem que, para isso, sejam deixadas de lado aquelas disciplinas cujo conhecimento prático detém um maior potencial de inserção dos estudantes no mercado de trabalho, quando formados – mas como já referido, não se trata de uma garantia de ingresso efetivo –.



Por óbvio, o ensino voltado para uma formação geral não exclui o estudo de disciplinas que contribuam para a formação técnico-jurídica do discente, tampouco é a intenção deste estudo defender a aplicação de uma em detrimento da outra, de forma isolada. Por outro lado, o que se pretende é defender uma educação jurídica que transforme os alunos graduados em juristas, conscientes do seu papel como cidadãos, bem como de suas responsabilidades sociais, e não meros operadores do direito, detentores de uma profissão de prestígio econômico.

Destaca-se, novamente, que o despertar do estudante de Direito sobre a relevância da sua participação na vida política será relevante para a sociedade não somente porque o discente está inserido nesse contexto, condição que lhe permitirá demandar em face do Poder Público sempre que necessário, como também o transformará em um jurista que, possivelmente, esteja na posição de demandado pela sociedade, no futuro, seja como membro de Poder ou, até mesmo, como docente. É nesse ponto que reside a importância do desenvolvimento da cidadania nas faculdades: na posição de demandante ou demandado, o graduado em Direito transformar-se-á em um jurista e em um cidadão com consciência social, isto é, desenvolverá a responsabilidade acerca de suas obrigações enquanto indivíduo inserido em uma coletividade.

OS CURSOS DE DIREITO E A FORMAÇÃO DA CIDADANIA DO DISCENTE: EFETIVO AUXÍLIO OU MERA PERFUMARIA?

Conforme demonstrado brevemente na seção anterior, as novas Diretrizes Curriculares Nacionais contemplam, em mais de um dispositivo, de forma explícita e implícita, o desenvolvimento da cidadania como escopo a ser implementado pelas faculdades de Direito. O texto parece, portanto, dar conta da necessidade de se promover uma mudança no perfil dos graduandos em Ciências Jurídicas, especialmente com a descrição de um vasto rol de disciplinas a serem incorporadas pelos projetos pedagógicos de cada curso, com vistas a alcançar uma formação geral e, sobretudo, humanística.

Evidentemente, não se revela suficiente a intenção de elevar a educação jurídica a outro patamar, quando este anseio encontra-se restrito ao plano hipotético ou descritivo. Para auxiliar no efetivo desenvolvimento da cidadania, cada curso de Direito deverá incorporar as diretrizes previstas na Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018. Embora pareça tratar-se da fase mais simplificada, a verdade é que residem no plano prático os maiores desafios, o que conduz a um questionamento: os cursos de Direito estão, de fato, auxiliando no desenvolvimento da cidadania do discente, por meio da implantação das novas Diretrizes?



Com um olhar bastante crítico sobre o ensino dominante nas faculdades de Direito, Boaventura de Souza Santos aponta que

O paradigma jurídico-dogmático que domina o ensino nas faculdades de direito não tem conseguido ver que na sociedade circulam varias formas de poder, de direito e de conhecimento que vão muito além do que cabe nos seus postulados. Com a tentativa de eliminação de qualquer elemento extra-normativo, as faculdades de direito acabaram criando uma cultura de extrema indiferença ou exterioridade do direito diante das mudanças experimentadas na sociedade. (SANTOS, 2008, p. 7)

Nessa perspectiva, o que se denota é que os cursos de Direito ainda não criaram condições favoráveis no sentido de efetivamente auxiliarem na formação do caráter cidadão do discente. Mas se a previsão existe, então o que está por trás desse déficit? Esse questionamento remete, brevemente, a algumas reflexões.

A primeira ponderação diz respeito à inclusão de disciplinas que contribuam para uma formação humanística no projeto pedagógico dos cursos de Direito. De acordo com a seção anterior, a formação geral do discente contemplará o estudo de disciplinas que transcendam o saber técnico-jurídico, como Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia. Acerca desta disposição, devem ser realizados alguns apontamentos.

Seguidamente, ao se examinar a grade curricular dos cursos jurídicos, verifica-se que o estudo destas disciplinas encontra-se alocado nos primeiros semestres da faculdade, quando os alunos recém ingressaram na faculdade, ansiosos pelo contato com as disciplinas com viés mais técnico. No entanto, são surpreendidos com uma série de disciplinas propedêuticas, como a Sociologia e a Ciência Política – essenciais para o despertar acerca da relevância da cidadania – para cuja aprendizagem é exigido certo grau de maturidade do qual, muitas vezes, ainda não dispõem. Outrossim, a forma com que a troca de conhecimento é gerida pelo docente, em sala de aula, nestas matérias, nem sempre considera este grau de maturidade dos recém acadêmicos. A solução parece simples e logo emerge: realocar estas disciplinas para o final da graduação. Seria eficaz, se não fosse desastroso.

É sabido que, ao final do curso, todos os alunos devem realizar a entrega de um trabalho final de graduação, que pode ser uma monografia ou, até mesmo, um artigo científico. Independentemente da natureza científica do trabalho cobrado pela instituição de ensino superior que o aluno frequenta, o certo é que a atividade pressupõe dedicação significativa por parte do estudante. Somado a isso, com a autorização da Ordem dos Advogados do Brasil para que o exame de ingresso na advocacia seja prestado quando o aluno ainda se encontra cursando os últimos períodos da graduação, o discente encontra-se em um emaranhado de entrega do



trabalho final, estudo para aprovação no exame da OAB, além dos trabalhos e provas regulares das matérias que cursa. O desinteresse pelas áreas que despertem para o desenvolvimento da cidadania, diante da sobrecarga de atividades, é quase fatal.

Estas constatações permitem avaliar que não existe um único momento ideal, ao longo da faculdade de Direito, para que tais áreas sejam estudadas. O que fará a diferença, em última análise, será a forma com que se dará a aprendizagem das disciplinas humanísticas. É vital, para isso, que tanto a Ciência Política quanto a Sociologia, a título exemplificativo, sejam contextualizadas e constantemente relacionadas com disciplinas de caráter técnico, como o Direito Constitucional e o Eleitoral, bem como com as diversas realidades sociais do país. Assim, o grau de envolvimento do estudante com disciplinas que lhe despertam para a relevância do desenvolvimento da cidadania dependerá, inevitavelmente, do modo com que o docente mediará as trocas de conhecimento em sala de aula, com a indispensável guarida do próprio curso, que deverá criar as condições para que o despertar efetivamente ocorra. Nesse seguimento,

É pensando criticamente a prática de hoje ou de ontem que se pode melhorar a próxima prática. O próprio discurso teórico, necessário à reflexão crítica, tem de ser de tal modo concreto que quase se confunda com a prática. O seu “distanciamento” epistemológico da prática enquanto objeto de sua análise, deve dela “aproximá-lo” ao máximo. Quanto melhor faça esta operação tanto mais inteligência ganha da prática em análise e maior comunicabilidade exerce em torno da superação da ingenuidade pela rigorosidade. Por outro lado, quanto mais me assumo como estou sendo e percebo a ou as razões de ser de porque estou sendo assim, mais me torno capaz de mudar, de promover-me, no caso, do estado de curiosidade ingênua para o de curiosidade epistemológica. (FREIRE, 1996, p. 17)

No entanto, a primeira ponderação alude a um segundo apontamento. Em que pese o *timing* não seja o real problema do ensino das áreas humanísticas que contribuem para a formação cidadã, isso não significa que a estrutura curricular não deva ser objeto de reflexão crítica, especialmente quando contribui para a consolidação dos escopos tradicionais à graduação em Direito, como o ingresso em uma profissão, em detrimento da implantação de novos objetivos, como o incentivo à participação na vida política. É que o elevado número de disciplinas cujo enfoque é técnico-jurídico termina por abafar aquelas que, em número consideravelmente menor, contêm planos que contemplam o espaço para o debate que formará o senso crítico apurado dos discentes, em maior medida.

Além disso, as disciplinas que concorrem para a formação técnico-jurídica não somente se sobrepõem, em quantidade, às matérias que concorrem para a formação geral do estudante, como também se observa que estas disciplinas, majoritariamente, não seguem o disposto nas novas Diretrizes Curriculares Nacionais, no sentido de ir além do enfoque dogmático. Isso



significa que o conteúdo destas matérias é simplesmente transmitido aos alunos, sem que haja um aprofundamento teórico no debate – quando o debate ocorre – e uma reflexão crítica sobre determinada controvérsia. Mas como isso poderia ser implantado? As próprias Diretrizes Curriculares Nacionais apontam para o caminho, no artigo 3º, inciso VII, com a menção ao estudo da jurisprudência em sala de aula, aliada a outras fontes do Direito.

Nessa perspectiva, o estudo da jurisprudência dos tribunais tem grande potencial para ampliar o estudo das matérias com enfoque técnico-jurídico, uma vez que esta abordagem permite uma aproximação do aluno com a realidade, despertando-lhe a curiosidade para o fenômeno jurídico. Isso porque, ao estudar os casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, o estudante pode visualizar, concomitantemente, o conflito que deu origem à demanda judicial e a própria decisão tomada pelos juízes no caso concreto (PINTO, H. M.; CORRÊA; PINTO, C. B., 2013). Essa técnica de estudo expõe um panorama sobre como determinada contenda é tratada pelos juízes e, conseqüentemente, permite ao estudante avaliar em que medida a decisão proferida naquele caso atendeu às expectativas das partes envolvidas. Além disso,

A decisão judicial expõe o momento de aplicação do direito, e há um alto valor pedagógico no seu estudo, pois, por meio dele, o aluno consegue visualizar a controvérsia, que geralmente é mitigada em demasia pelos manuais e programas de ensino tradicionais, mais preocupados com certa sistematização do conhecimento. (PINTO, H. M.; CORRÊA; PINTO, C. B., 2013, p. 189-190)

Esta sistematização do conhecimento dificulta, em larga escala, o aprofundamento teórico nestas disciplinas, cujo enfoque é mais técnico. Portanto, o despertar para a cidadania resta prejudicado, uma vez que a mera utilização de manuais inviabiliza a reflexão, por parte do aluno, acerca das situações concretas que permeiam a realidade e que são levadas aos tribunais, bem como sobre as possíveis soluções que circundam o problema.

Ainda, a excessiva abstração dos conteúdos, com a simples exposição de normas e entendimentos sumulados não tem o condão de aproximar o aluno do contexto social em que se insere. Ademais, nas palavras de Morin (2011, p. 20): “[...] o conhecimento científico não pode tratar sozinho dos problemas epistemológicos, filosóficos e éticos.” Conseqüentemente, não há como exigir que este mesmo discente, que ascende ao mercado de trabalho, ingresse em uma profissão munido de uma formação geral, que tenha lhe despertado para a relevância da cidadania, nos moldes descritos nas novas Diretrizes Curriculares Nacionais. Seu conhecimento científico deve ser capaz de dialogar com problemas multifacetados, de caráter complexo. Nesse sentido:



A esse problema universal confronta-se a *educação do futuro*, pois existe inadequação cada vez mais ampla, profunda e grave entre, de um lado, os saberes desunidos, divididos, compartimentados e, de outro lado, as realidades ou os problemas cada vez mais multidisciplinares, transversais, multidimensionais, transnacionais, globais e planetários. (MORIN, 2011, p. 33, grifo do autor)

Com base no que fora exposto, é nítido que o estímulo para o desenvolvimento da participação cidadã existe, de acordo com as diretrizes contidas na Resolução nº 5, do Conselho Nacional de Educação. Contudo, o maior desafio, nesse âmbito, reside na implantação efetiva destas disposições, pelos cursos de Direito e pelo corpo docente que integra seu quadro.

O certo é que, se estas mudanças não forem efetivamente adotadas pelos cursos de Direito, a formação da cidadania do discente na graduação seguirá com o *status* de “mera perfumaria”, isto é, com previsão normativa, porém sem implantação prática. Diante desse cenário, sem a aproximação do discente com a realidade em que se insere, bem como com os problemas complexos que compõem a vida em sociedade, não há como se esperar que o graduado, para além de um operador do direito que conquistou uma profissão, se torne um jurista consciente da relevância da sua participação na vida política e de suas responsabilidades enquanto cidadão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse estudo buscou ilustrar a relevância de incorporar novos objetivos à graduação em Direito, através do desenvolvimento da cidadania do discente, superando-se a concepção de que a formação do estudante deve ter como prisma único a sua inserção no mercado de trabalho. Demonstrou-se, em um primeiro momento, que uma concepção atual acerca do papel dos cursos de Direito no século XXI pressupõe o estímulo à participação cidadã e que a ideia tradicional de que o ensino jurídico deve ter o crescimento econômico como único escopo deve ser revista, inclusive como elemento necessário à manutenção da qualidade da democracia.

Por conseguinte, verificou-se que as novas Diretrizes Curriculares Nacionais, compreendidas como o marco do século XXI em termos de definição do papel dos cursos de Direito na formação do discente, veicularam a preocupação com a formação do caráter cidadão do estudante, dispondo sobre a necessidade de o perfil do graduando enquadrar-se em uma perspectiva humanista. Ademais, a Resolução nº 5 do Conselho Nacional de Educação também teve o mérito de contemplar diretrizes que concorrem para uma formação geral, com a inclusão, nos projetos pedagógicos dos cursos, de disciplinas como a Ciência Política e a Sociologia, que contribuem para o desenvolvimento da cidadania do discente. A norma previu, ainda, que a formação técnico-jurídica, por meio de disciplinas como o Direito Penal e o Direito Civil, deve



ir além do enfoque dogmático, contextualizando os saberes com a realidade política e social do Brasil.

Entretanto, embora o estímulo à participação cidadã seja visível no conteúdo da Resolução nº 5 do Conselho Nacional de Educação, o maior desafio reside na implantação prática, pelos cursos de Direito, das diretrizes previstas na norma. Isso porque, em que pese a grade curricular dos cursos de Direito contemple disciplinas que concorram para uma formação geral, o despertar para a relevância da cidadania pelo discente resta prejudicado pela forma com que tais disciplinas são ministradas em sala de aula, vez que nem sempre são contextualizadas com aquelas matérias cujo viés é mais técnico. Somado a isso, as disciplinas que concorrem para a formação técnico-jurídica do discente, além de se sobreporem às demais em termos de quantidade, não buscam um aprofundamento que supere o enfoque dogmático. Dessa forma, o aluno não consegue aproximar o conhecimento científico da realidade social, o que inviabiliza o despertar para a cidadania, com a reflexão sobre soluções que poderiam ser direcionadas à determinada controvérsia, por meio desenvolvimento do senso crítico. Ainda que o estudo da jurisprudência, em sala de aula, revele-se como uma medida capaz de auxiliar, efetivamente, nesse contexto, de forma que o estudante compreenda sua responsabilidade enquanto cidadão, frente a diversos problemas complexos que compõem a vida em sociedade, sua implantação ainda é bastante restrita. O conhecimento sistematizado e abstrato, distanciado da realidade, é privilegiado em seu detrimento.

Diante disso, compreende-se que de nada adianta as novas Diretrizes Curriculares veicularem a preocupação com a formação do caráter cidadão do discente, se os anseios permanecem adstritos à previsão normativa. Sem a implantação prática das diretrizes pelos cursos de Direito, a formação da cidadania do discente constituir-se-á em mera perfumaria.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. **Resolução nº 05/2018, de 17 de dezembro de 2018.** Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em: [HTTP://PORTAL.MEC.GOV.BR/INDEX.PHP?OPTION=COM_DOCMAN&VIEW=DOWNLOAD&ALIAS=104111-RCES005-18&CATEGORY_SLUG=DEZEMBRO-2018-PDF&ITEMID=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104111-rces005-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&itemid=30192). Acesso em: 03 ago. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania.** São Paulo: Moderna, 1998.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia:** saberes necessários à prática educativa. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FREIRE, Paulo. **Política e educação.** 5. ed. São Paulo: Cortez, 2001.



GHIRARDI, José Garcez. **O instante do encontro**: questões fundamentais para o ensino jurídico. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2011.

NUSSBAUM, Martha C. **Sem fins lucrativos**: por que a democracia precisa das humanidades. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

PINTO, Henrique Motta; CORRÊA, Luiza Andrade; PINTO, Camila Batista. O aluno no centro do ensino em direito: a experiência da Escola de Formação da SBDP. *In*: GHIRARDI, José Garcez; FEFERBAUM, Marina (org.). **O ensino do direito em debate**: reflexões a partir do 1º Seminário Ensino Jurídico e Formação Docente. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 187-208.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

TILLY, Charles. **Democracy**. New York: Cambridge, 2007.

CAPÍTULO 3

IMIGRAÇÃO NO ESTADO DE RORAIMA: VENEZUELANOS BUSCANDO UM MÍNIMO EXISTENCIAL

Dyanna Vieira de Oliveira, Mestrando em Segurança Pública, Direitos Humanos e Cidadania, UERR, Capitã da Polícia Militar do Estado de Roraima, PMRR
João Paulo Silva Dantas, Mestrando em Educação Profissional e Tecnológica, IFRR, Cadete do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar de Roraima
Antonio Jorge Vale Braga, Bacharel em Ciências Contábeis, UFRR, Cadete do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar de Roraima
Ednaldo Alencar de Sousa, Licenciado em Educação Física, UERR, Cadete do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar de Roraima
Lucilene Oliveira Soares, Pós-Graduada em Direito Público, Faculdade Estácio Atual da Amazônia, Cadete do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar de Roraima
Elvys Arantes Teixeira, Bacharelado em Sistemas de Informação, Estácio Atual da Amazônia, Cadete do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar de Roraima
Elisângela Rocha Gomes, Licenciada em Pedagogia, UERR, Cadete do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar de Roraima

RESUMO

O grande fluxo de imigração venezuelana ressalta grandes problemas estruturais nas quais o Brasil vem tentando se adequar tendo em vista previsões constitucionais, gerando reflexões acerca da inserção destas pessoas no território brasileiro. A entrada de imigrantes venezuelanos no Brasil torna-se cada vez mais frequente, devido à grande crise socioeconômica que aquele País vem sofrendo desde o ano de 2015. Devido a esse fenômeno, venezuelanos estão em busca do mínimo existencial para sobreviver, escolhendo o Brasil como opção, e o estado de Roraima é a porta de entrada desta população, pois liga a fronteira do Brasil com a Venezuela. Para entrar no solo brasileiro, por meio do estado de Roraima, os venezuelanos não precisam de visto, podendo permanecer por até sessenta dias como turistas, mas em razão da grande crise que se instalou naquele país, o Brasil permitiu que os venezuelanos buscassem refúgio, oferecendo residência temporária e possibilitando que os imigrantes pudessem inserir-se na sociedade roraimense. Sendo assim, o presente artigo abordará esta inserção e para isso utiliza um estudo qualitativo quanto à abordagem, sendo exploratória quanto ao objeto e quanto ao procedimento terá o uso das pesquisas bibliográfica e documental através de artigos publicados, livros e demais arquivos disponibilizados pela internet. Por fim, este estudo objetiva analisar as políticas públicas criadas para garantir o que preconiza a Constituição Federal de 1988 e se essas ações são suficientes para que brasileiros e venezuelanos vivam harmonicamente.

PALAVRAS-CHAVE: Imigração; Mínimo Existencial; Lei de migração; Políticas Públicas.



INTRODUÇÃO

O fenômeno da imigração estabelece importante mecanismo de reprodução ou alteração numérica de uma sociedade, que refletem indiretamente sobre outros processos sobre as relações de classes que determinam a formação e a composição do mercado de trabalho de um território, como também nos serviços públicos.

Roraima vem passando por uma série de problemas relacionado à imigração de venezuelanos, a abordagem do tema constitui-se como pertinente, haja vista, a problemática social que vive a Venezuela, que, ao sofrer grave colapso político-econômico, acabou contrariando normas internacionais de Direitos Humanos, quebrando tratados e convenções internacionais que dão garantia à vida, à liberdade, ao trabalho, à educação, à saúde, à segurança, entre outros direitos inerentes ao Ser Humano, independente de raça, sexo, nacionalidade, etnia ou qualquer outra condição, motivando o grande fluxo migratório naquele País.

Como o Brasil é um País acolhedor em relação aos imigrantes, conforme Constituição Federal (CF/1988), é bastante visível que esta imigração abrupta, trouxe à tona um conflito social ao povo que os acolheram, merecendo uma reflexão sobre as políticas públicas adotada para dirimir essa explosão de imigrantes venezuelanos que adentram o território brasileiro, tendo como porta de entrada o Estado de Roraima.

Diante desta problemática, pretende-se analisar se as medidas que os governo roraimense aliado com governo federal têm para garantir o mínimo existencial aos imigrantes venezuelanos em Roraima são suficientes, e se é justo e igualitário com os brasileiros.

Tendo como porto seguro o Brasil, dentre outros Países acolhedores na América-Latina, é notável que o aumento populacional drástico, devido à imigração, reflete no excesso de mão-de-obra, acarretando a alta taxa de desemprego, acometendo uma disparidade na remuneração de um estrangeiro em comparação ao brasileiro, sendo aquela primeira mais barata, ainda que não-especializada, desvalorizando o mercado, causando conflitos mercadológicos e acirrando as disputas por espaço com a população roraimense.

Temos ainda, o elevado crescimento na criminalidade, principalmente crimes de furto, e crimes como os de ódio (xenofobia, racismo, preconceitos, etc) urgem, gerando a segregação, e colaborando com aumento da pobreza no Estado pela falta de oportunidade e distribuição de



renda. Neste aumento da onda criminal é pertinente ressaltar que ainda temos a imigração ilegal como colaboradora.

O tema proposto tem o intuito de demonstrar que o mínimo existencial aos estrangeiros deve ser preservado, de forma igualitária, tanto entre estes quanto entre os brasileiros, e, que os direitos de ambos deverão ser respeitados conforme aduz a nossa Constituição Federal e os tratados de Direitos Humanos ao qual fazemos parte.

IMIGRAÇÃO NO ESTADO DE RORAIMA: VENEZUELANOS BUSCANDO UM MÍNIMO EXISTENCIAL

É notável e perceptível o declínio socioeconômico que vem passando a Venezuela, pois, antes era visto como um dos 20 Países mais ricos do mundo devido as suas inúmeras reservas de petróleo, biodiversidade e reservas naturais da Venezuela.

O que levaria um País com tantos recursos a ter uma crise com tamanha proporção? Podemos dizer que o sistema político implantado tem sua parcela de culpa, levando aproximadamente milhares de pessoas aos Países fronteiriços como Colômbia e Brasil em busca de alimentos, saúde, segurança, moradia e direitos básicos restringidos pelo regime ditatorial de Nicolas Maduro, sucessor do então presidente falecido Hugo Chaves.

As mídias internacionais relatam que o governo Chavista, nacionalizou as indústrias, fez um prévio controle de preços, aumentou a inflação e, como resultado, destruiu a economia do País. Diante disso, os índices de pobreza cresceram, onde sequer se tem produtos nos supermercados para demanda da população, sem falar nas perseguições políticas aos opositores, obrigando o povo venezuelano a migrar do seu País de origem para outros Países, em busca do mínimo existencial para sobreviver.

Conforme Pereira (2020), o mínimo existencial é um direito fundamental que garante a cada indivíduo uma vida digna, como saúde, alimentação e educação. Portanto, aquele que não tenha condições por si só ou por sua família de sustentar-se, deverá receber auxílio do Estado e da sociedade. Aduz ainda a autora, que a definição desse instituto surgiu na Alemanha, e que no Brasil foi usada pela primeira vez na medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 MC/DF de 29 de abril de 2004, de relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Celso de Mello.

ESTATUTO DO ESTRANGEIRO E A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

O fluxo migratório vem aumentando drasticamente no Brasil, e principalmente em Roraima, que é o Estado Brasileiro de ligação entre a fronteira do Brasil e Venezuela. Segundo Freira e Albuquerque (2018), as primeiras manifestações de política migratória brasileira eram de combate às etnias negras, asiáticas ou indígenas, tendo maior repressão na era Vargas e no regime militar.

Segundo os autores supracitados, o Brasil é pioneiro em uma política migratória de abertura de suas fronteiras, sobretudo com o advento da Lei de Migração (Lei Nº 13.445, de 24 de maio de 2017), que expande os direitos dos imigrantes e facilita o processo de entrada no País, autorizando a obtenção de documentos para regularização de sua situação no País, deixando de ser um imigrante ilegal.

A maioria dos juristas nos ensina que essa facilidade é devido a nossa Constituição Federal ser garantista, assegurando a igualdade entre nacionais e estrangeiros, onde o caput do artigo 5º disciplina que “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 segurança e à propriedade [...]”.

Ademais, essa igualdade contida em nossa Constituição encontra respaldo em outros princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, conforme citados nos artigos 1º e 4º da Constituição Federal de 1988, senão vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana [...].

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos [...].

Segundo Claro (2020), o Brasil instituiu quatro leis migratórias principais que refletiam o pensamento e o contexto político sobre as migrações internacionais de suas épocas. As migrações eram vistas sob a perspectiva de incentivo à colonização e obtenção de mão-de-obra estrangeira, bem como o manto da restrição de entrada ou da limitação de direitos à população imigrante no País, ou seja, o imigrante era visto como possível inimigo para o País e sua



população, sendo dificultado sua permanência no País, visão que permeou toda a normativa jurídica de estrangeiros da época.

Claro (2020) cita a Lei N.º 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), regulamentada pelo Decreto N.º 88.715, de 10 de dezembro de 1981, que foi criada durante o período militar (1964-1985) e tinha como principal função resguardar a soberania nacional e os interesses brasileiros diante da possível ameaça estrangeira. Entretanto, mas adiante da promulgação da Constituição Federal de 1988 e das novas dinâmicas migratórias, o Estatuto logo se tornou obsoleto e demandou mudanças, as quais vieram de maneira mais célere por meio de normas infralegais.

Conforme Claro (2020), as alterações ocorridas não aconteceram apenas pelo marco normativo constitucional de 1988, mas também sob a perspectiva dos Direitos Humanos, onde passou a imperar também a visão de que os imigrantes são detentores de direitos, não apenas de obrigações e limitações da sua vida civil enquanto residentes no País, como proclamava o Estatuto do Estrangeiro. Assim, a nova Lei de Migração n.º 13.445 aprovada em 24 de maio de 2017 nasceu trazendo mudanças sobre migrações internacionais no Brasil.

Uma das importantes mudanças entre o Estatuto do Estrangeiro e a Lei de Migração já começa em ambos os títulos: enquanto o Estatuto usa a terminologia estrangeiro, a nova lei utiliza migrante. Assim, conforme o autor, a lei revogada olhava o imigrante como o “outro”, o “estranho”, o “alienígena”; já a nova lei parte da premissa da acolhida da pessoa em mobilidade, em sintonia com o léxico mais atual sobre o tema. Sendo assim, o Migrante, por sua vez, inclui não apenas o não nacional, como também pessoas que se deslocam no espaço geográfico de um mesmo País (migrante interno), e pessoas apátridas, aquelas que não têm nacionalidade de nenhum Estado.

Para Cierco (2017), saber a diferença do conceito de ‘migração’, bem como outros conceitos com ele relacionados, como asilado político, imigrante ilegal ou refugiado, é importante, pois atualmente banalizaram ao ponto de, por vezes, serem assumidos de forma crítica.

Conforme a autora, Asilo Político é uma instituição jurídica que visa proteger qualquer cidadão estrangeiro que seja vítima de perseguição no seu País de origem por questões políticas, convicções religiosas ou situações raciais, já imigrante ilegal são entradas não autorizadas, ou seja, cidadãos de um determinado País que entram de forma clandestina num outro País. A lei dos refugiados (Lei nº 9.474/1997) em seu art. 1º traz a seguinte definição:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu País de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal País;

II – não tendo nacionalidade e estando fora do País onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu País de nacionalidade para buscar refúgio em outro País.

Vale ressaltar que a nova Lei de migração trouxe uma importante mudança de paradigma, acompanhada de uma alteração na forma de uso do termo migrante. Nessa nova configuração, ressalta-se o reconhecimento do migrante enquanto sujeito de direitos, não o definindo a partir deste “entra” ou “sai” de determinado território nacional ou mesmo se permanece nele. Trata-se, nesse sentido, de enfocar principalmente a migração enquanto fenômeno humano, que necessariamente atravessa os diferentes territórios nacionais, envolvendo diversos atores e processos transnacionais.

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA OS IMIGRANTES VENEZUELANO NO ESTADO DE RORAIMA

Conforme Junior (2019), a Venezuela vem atravessando uma crise humanitária sem precedentes, e que tem suas origens na instabilidade política, no autoritarismo, na corrupção, no desemprego, na escalada inflacionária, na recessão econômica e, principalmente, na escassez de recursos básicos e na violência institucionalizada que constituíram o estopim necessário ao deslocamento de levas de pessoas para as fronteiras do Brasil e também com Países vizinhos, como a Colômbia.

Ademais, dentre as consequências, além dos deslocamentos em grandes proporções da população venezuelana para outros Países, o Brasil é um dos principais destinos desse fluxo migratório, tendo em seus limites uma fronteira seca, desprovida de obstáculos naturais entre a cidade brasileira de Pacaraima e a venezuelana de Santa Elena de Uairén, o que faz do Estado de Roraima um destino acessível.

Em 2015, iniciou o grande fluxo migratório dos venezuelanos para o estado de Roraima, e em 2016, a Prefeitura de Boa Vista fez parte de uma reunião com o Gabinete da Casa Civil



da Presidência da República, na qual alertou sobre a situação que se figurava o Estado de Roraima, uma vez que estava se tornando cada vez mais preocupante, tendo em vista o volume de imigrantes que estavam vivendo nas ruas no Município de Boa Vista.

Diante das dificuldades encontradas, ficou evidenciada a total ausência de convergência entre os esforços despendidos, por parte do Governo Estadual, Municipal, visando ações humanitárias.

Segundo Martino e Moreira (2020), se tratando do Brasil, ingressaram mais de 250 mil venezuelanos até agosto de 2020 e, diante deste cenário, interessa-nos saber como o Estado brasileiro incorporou tais discussões e quais medidas migratórias foram implementadas. A problemática se colocava desde o movimento migratório, especialmente entre 2015 e 2016, pois como ocorreria a regularização dos migrantes venezuelanos, se pelo reconhecimento do “*status*” de refugiado ou pela via da proteção complementar.

Logo, aqueles que se posicionavam a favor do refúgio, segundo os autores, compreendiam que as pessoas estavam fugindo da Venezuela, razão pela qual teriam o direito de pleitear a proteção estatal brasileira, com base nos critérios tradicionais de elegibilidade referentes a fundados temores de perseguição; ou, se pela proteção complementar por meio do reconhecimento da grave e generalizada violação de direitos humanos.

Vale salientar, conforme os autores supra, que as solicitações de reconhecimento da condição de refugiado mobilizadas pelos venezuelanos e pelas instituições locais provedoras de apoio a migrantes, especialmente nas cidades fronteiriças de Boa Vista e Pacaraima, não necessita da exigência de apresentação de documentos do País de origem e que após a formalização do pedido, em um documento de identificação provisório (popularmente conhecido como protocolo de solicitação de refúgio) que garante a seus portadores estar em situação regular no País enquanto aguardam a análise da decisão sobre o reconhecimento da condição de refugiado.

Após o “*status*” de solicitante de refúgio e, em razão disso, o migrante já têm o direito de acessar serviços de saúde, educação, assistência social, além de também poderem exercer atividade remunerada no País. O pedido de refúgio é analisado pela coordenação do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), e em caso de indeferimento cabe recurso.

Com esse crescimento populacional em Roraima, a crise ficou instaurada no Estado de Roraima, e para minimizar o fenômeno, segundo Junior (2019) em fevereiro de 2018, o então Presidente da República Michel Temer assinou, a princípio, uma medida provisória e dois



decretos que oportunizassem a viabilização da denominada Operação Acolhida que teve sua substituição pela Lei nº 13.684/2018.

A operação acolhida, conforme as lições do autor, teve sua estrutura baseada nos trabalhos realizados pela AMAZONLOG¹ e o organograma por ela elaborado, de modo a atender dois municípios: Pacaraima, localizada na fronteira, e a capital Boa Vista, locais em que se encontram a maioria dos abrigos. As políticas públicas da Operação Acolhida têm como objetivos recepcionar, identificar, triar, imunizar, abrigar e interiorizar imigrantes em situação de vulnerabilidade (desassistidos), decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária.

Além disso, ratifica Freire e Albuquerque (2018), que a imigração venezuelana acarretou numa corrida do Governo Brasileiro para amenizar essa problemática, e após visita do presidente da República, Michel Temer, a Boa Vista- RR, foi criado um “comitê nacional” para gerenciar 40.000 mil venezuelanos no Estado de Roraima, a qual terá um maior repasse de recursos devido a sua situação. Os recursos destinados foram para área da saúde, educação e segurança pública.

Salienta os autores, que a conselheira do Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), que “há conflito entre população local e imigrantes no que diz respeito à segurança pública, uso dos serviços de saúde, xenofobia. Isso tudo está sendo provocado, em boa medida, pela falta de resposta e articulação dos governos.”.

Conforme esses autores, a condição de refugiados leva algum tempo para que o interessado receba o deferimento, e que o Conselho Nacional de Imigrantes (CNIg), órgão vinculado ao então Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) responsável historicamente pela gestão da migração econômica e laboral no País, apresentou outra maneira de regularizar a situação ilegal dos venezuelanos no Estado de Roraima, a Resolução Normativa (RN) nº 126, de 02 de março de 2017, que trata da concessão de residência temporária, em que regula o fluxo migratório a unidades da Federação, sobretudo na região Norte.

Entretanto, segue os autores, informando que devido as várias críticas a Resolução 126/2017 como abranger em sentido amplo outras situações de estrangeiros, foi publicada em 14 de março de 2018 a Portaria Interministerial (PI) nº 9 com fins de substituição da RN nº 126

¹ Exercício Logístico Multinacional; são atividades do exercício de simulação de ajuda humanitária, com apoio das Forças armadas.



do CNIg. A portaria cedeu diversas críticas feitas à resolução, e excluiu a exigência como forma de entrada no Brasil, modificou a documentação demandada no caso de pessoa indígena, manteve a gratuidade de acesso a quem pudesse comprovar hipossuficiência econômica e também transformou a residência temporária para indeterminada ao término dos dois primeiros anos, considerado uma das mais significativas mudanças dessa normativa. Dessa forma, a autorização de residência se tornou uma estratégia de proteção complementar mais consistente ofertada aos venezuelanos.

Em 2019, após as novas eleições para executivo e legislativo federal e estadual, novas mudanças surgiram, e o tema das migrações no Brasil sofreu impactos quando Jair Bolsonaro assumiu a presidência. Ao longo do ano, foram adotadas diversas medidas que apontavam para a retomada de uma visão securitária da migração, como: a saída do Pacto Global² das Migrações logo após sua posse em janeiro; as publicações das Portarias nº 666 e nº 770, que tratam das condições para impedimento de ingresso, repatriação e a deportação de “pessoa perigosa”; e a cessação do “*status*” de três refugiados paraguaios que haviam sido perseguidos por razões políticas em seu País de origem.

Além disso, mudanças significativas ocorreram em termos de política externa, especialmente nas relações com os Países aos quais o atual governo se opõe político-ideologicamente, como é o caso da Venezuela (MOREIRA, 2019; PEREIRA, 2020).

Contudo, ressaltamos que as políticas públicas surgidas como forma de amenizar a crise instaurada em Roraima devido a migração venezuelana, atingiu um mínimo existencial para os migrantes venezuelanos, mas essas medidas vêm causando descontentamentos e conflitos aos roraimenses, tendo em vista a falta de um olhar humanitário para o povo local.

CONCLUSÃO

A Crise socioeconômica que vive a Venezuela vem refletindo nas políticas públicas locais, principalmente se levarmos em conta que Roraima ainda é um Estado em desenvolvimento e não tem recursos suficientes para atender uma demanda que vai além de sua população.

² Segundo Rodriguez (2018), o Pacto Global é um documento abrangente para melhor gerenciar a migração internacional, enfrentar seus desafios e fortalecer os direitos dos migrantes, contribuindo para o desenvolvimento sustentável.



Ainda que nossa Constituição Federal seja garantista, observamos que o Estado de Roraima ainda não comporta esta luta solitariamente, precisando efetivamente da ajuda, em quase sua totalidade, de recursos federais.

Sendo assim, foi oportuno a operação acolhida, que funciona como uma válvula de escape para o Estado e trouxe uma possibilidade de melhora, já que venezuelanos são direcionados para outras unidades federativas, desafogando um Estado que não está preparado para a situação abrupta que se instalou repentinamente.

Ressalta-se ainda, como consequência da presença da migração venezuelana, é a mudança cultural do povo local, gerando certa resistência à população local, coisas que não haviam antes, como pedintes em semáforos, e comércios estão tomados de venezuelanos, gerando um novo idioma e uma nova forma de diálogo; temos ainda outros fatores que refletiram negativamente, como o aumento na criminalidade e disputa de emprego entre roraimenses e venezuelano devido a mão-de-obra barata, depreciando o mercado.

Além disso, existe a dicotomia dos venezuelanos legais e ilegais, em que alguns vieram em busca de um mínimo existencial para sobreviver, e outros buscando ligações com organizações criminosas, ocasião que demanda atenção máxima e o início de uma profilaxia urgente pelos entes da Segurança Pública para evitar um caos maior.

Além da Segurança Pública, é notável que a Saúde Pública também não acompanhou o processo migratório de forma satisfatória, os Serviços Públicos estão inflados devido ao aumento populacional, influenciando em mais gastos, e um Estado em desenvolvimento tem dificuldade de fomentar, causando um colapso que é inevitável.

Conclui-se que, apesar da Intervenção Federal na Imigração, e das decisões tomada pela gestão do governo federal em conjunto com o governo de Roraima, e tendo em vista que Roraima é um dos menores Estados do País, tanto em população, quanto economicamente, ainda não é o bastante para suprir as demandas locais no que tange os serviços públicos para todos, porém, sem Intervenção seria pior já que sem recursos e um autogestão ideal seria dificultoso ampliar os serviços públicos além de sua população; um planejamento mais eficiente e participativo com o cidadão continua sendo a melhor alternativa no combate a qualquer intempérie, estimulando a população a enfrentar o problema junto para o crescimento do Estado; é notável que sem a intervenção federal e a dinâmica da interiorização, o Estado estaria fadado à ruína devido aos problemas gerados pelo aumento descomunal do fluxo imigratório venezuelano no Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: **Senado Federal**. << [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2017/LEI/L13445.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ATO2015-2018/2017/LEI/L13445.HTM)>> Acesso em: 27.mar.2021.

_____. Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997. **Define mecanis para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências**. Brasília, DF: **Senado Federal**. << [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2017/LEI/L13445.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ATO2015-2018/2017/LEI/L13445.HTM)>> Acesso em: 27.mar.2021.

_____. LEI Nº 13.445, DE 24 DE MAIO DE 2017. **Institui a migração**. Brasília, DF: **Senado Federal**. << [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2017/LEI/L13445.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ATO2015-2018/2017/LEI/L13445.HTM)>> Acesso em: 27.mar.2021.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. **DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO À LEI DE MIGRAÇÃO: AVANÇOS E EXPECTATIVAS**. Boletim de Economia e Política Internacional. BEPI. n. 26. Publicado em Abr. 2020. << http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9820/1/BEPI_n26_Estatuto.pdf >> Acesso em: 23.mar.2021.

CIERCO, Tereza. **Fluxos migratórios e refugiados na atualidade, 2017**. << [HTTPS://REPOSITORIO-ABERTO.UP.PT/BITSTREAM/10216/111036/2/256342.PDF](https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/111036/2/256342.PDF)>> Acesso em: 28.03.2021.

FREIRE; Marcos Santos. ALBUQUERQUE; Karina Ferreira Soares de. **VENEZUELA: ANÁLISE DE UM PAÍS EM CRISE E A ENTRADA DE IMIGRANTES REFUGIADOS PARA O BRASIL**. << [HTTPS://OPENRIT.GRUPOTIRADENTES.COM/XMLUI/BITSTREAM/HANDLE/SET/2448/VENEZUELA%20%20AN%C3%81LISE%20DE%20UM%20PA%C3%8DS%20EM%20CRISE.PDF?SEQUENCE=1](https://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/2448/VENEZUELA%20%20AN%C3%81LISE%20DE%20UM%20PA%C3%8DS%20EM%20CRISE.PDF?SEQUENCE=1)>> Acesso em: 07.mar.2021.

JÚNIOR, Sidmar José Cruz. **A OPERAÇÃO ACOLHIDA E A IMIGRAÇÃO VENEZUELANA EM RORAIMA**. *Pensar Acadêmico*, Manhuaçu, v. 17, n. 3, p. 430-447, setembro-dezembro, 2019. << [HTTP://PENSARACADEMICO.FACIG.EDU.BR/INDEX.PHP/PENSARACADEMICO/ARTICLE/VIEW/1133](http://pensaracademico.facig.edu.br/index.php/pensaracademico/article/view/1133)>> Acesso em: 07.mar.2021.

PEREIRA, ALINE RIBEIRO. **SAIBA MAIS SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL**. PUBLICADO EM 30.JAN.2020. << [HTTPS://WWW.AURUM.COM.BR/BLOG/MINIMO-EXISTENCIAL/#:~:TEXT=M%C3%ADNIMO%20EXISTENCIAL%20%C3%A9%20o%20conjunto,do%20estado%20da%20sociedade.](https://www.aurum.com.br/blog/minimo-existencial/#:~:text=M%C3%ADnimo%20Existencial%20%C3%A9%20o%20conjunto,do%20estado%20da%20sociedade.)>> ACESSO EM 23. MAR. 2021.

RODRIGUEZ. Rafael. **Saiba tudo sobre o Pacto Global para Migração**. Onu New. Publicado em 08 de set. 2018 << [HTTPS://NEWS.UN.ORG/PT/STORY/2018/12/1650601](https://news.un.org/pt/story/2018/12/1650601)>> Acesso em: 28.mar.2021.

CAPÍTULO 4

O ESTADO DE RORAIMA E A FRONTEIRA COM A VENEZUELA: REFLEXOS A LUZ DA IMIGRAÇÃO

Dyanna Vieira de Oliveira, Mestrando em Segurança Pública, Direitos Humanos e Cidadania, UERR, Capitã da Polícia Militar do Estado de Roraima, PMRR
João Paulo Silva Dantas, Mestrando em Educação Profissional e Tecnológica, IFRR, Cadete do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar de Roraima
Antonio Jorge Vale Braga, Bacharel em Ciências Contábeis, UFRR, Cadete do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar de Roraima
Ednaldo Alencar de Sousa, Licenciado em Educação Física, UERR, Cadete do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar de Roraima
Lucilene Oliveira Soares, Pós-Graduada em Direito Público, Faculdade Estácio Atual da Amazônia, Cadete do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar de Roraima
Elvys Arantes Teixeira, Bacharelado em Sistemas de Informação, Estácio Atual da Amazônia, Cadete do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar de Roraima
Elisângela Rocha Gomes, Licenciada em Pedagogia, UERR, Cadete do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar de Roraima

RESUMO

O Brasil, Estado Membro da Organização das Nações Unidas (ONU), goza de grande credibilidade no tocante à inserção do imigrante na sociedade brasileira. Neste sentido, a República Federativa do Brasil torna-se responsável pela manutenção da ordem pública entre os Estados membros. Nos últimos anos o estado de Roraima tem passado por grandes desafios devido ao aumento populacional desenfreado. Uma exacerbada quantidade de pessoas passou a fazer parte dos logradouros públicos ao invadir os prédios públicos, modificando radicalmente a urbanística dos municípios. A imigração venezuelana tem aumentado a demanda pelos serviços prestados pelos órgãos que compõem as Instituições Públicas Estaduais, ocasionando uma avultação substancial. Neste contexto, Roraima precisou da ajuda do governo federal por meio da Operação Acolhida para fomentar subsídios de melhoria no atendimento ao imigrante e, desta forma, não comprometer a estrutura dos serviços já prestados à população roraimense. A imigração pode ter fomentado uma onda eufórica criminosa que alastrou-se pelo estado de Roraima, tornando Boa Vista, uma das cidades mais violentas do país.

PALAVRAS-CHAVE: Imigração, Operação Acolhida, Segurança Pública.

INTRODUÇÃO

A proteção ao estrangeiro encontra-se no rol do texto constitucional e têm como premissa garantir os direitos de todos os que estiverem no território brasileiro. O Estado brasileiro deve estar sempre almejando a proteção do indivíduo que constitui a sociedade, para isto, deve atuar como preconiza as recomendações da ONU, concernente a forma de tratamento ao imigrante. Por fazer fronteira com a Venezuela, o Brasil vem enfrentando uma crise



migratória causada pela instabilidade vivenciada pelo país vizinho, fato que tem contribuído para o aumento da população roraimense, assim, provocando uma maior procura por todos os serviços prestados pelo estado, o que compeliu a buscar os meios necessários para que nosso ente federativo possa exercer suas atribuições como o previsto na carta constitucional.

Nos últimos anos o estado de Roraima tem passado por grandes desafios. O colossal aumento populacional, principalmente de pessoas oriundas da imigração venezuelana, tem aumentado a demanda pelos serviços prestados pelos Órgãos que compõem as instituições públicas estaduais.

Em 2018 desembarcou no nosso ente federativo a Operação Acolhida, viabilizada pelo governo federal em parceria com a ONU por intermédio do Exército Brasileiro. Em consonância com o alvitado no mandamento da Magna Carta constatamos que a Operação tem enorme importância para o estado roraimense, haja vista, que os órgãos estaduais ficam balizados em prestar só o serviço que lhes compete.

O BRASIL E O PROCESSO DE IMIGRAÇÃO

O processo migratório brasileiro decorre do período colonial, tendo sido intensificado no início do século XIX. Visando multiplicar a população “branca” o governo passou a estimular a entrada de imigrantes europeus.

Os primeiros imigrantes europeus não-portugueses a se estabelecerem no Brasil foram os suíços. Devido à falta de terras na Suíça, cerca de duas mil pessoas imigraram para o país entre 1818 e 1819 e se tornaram "súditas do Rei de Portugal". [...] Com a proibição do tráfico de escravos, em 1850, o desenvolvimento das lavouras de café e o preconceito racial induziram a entrada de imigrantes europeus no país. (BEZERRA, 2020).

Desta forma, tivemos uma grande expansão da nossa população no início do século XX com a chegada de milhares de imigrantes em busca de uma vida melhor, haja vista, as guerras travadas em alguns países da Europa e, posteriormente, a Primeira Guerra Mundial trouxeram consequências drásticas para os países europeus, assim sendo, muitos migrantes partiram para outros Estados e, naquela ocasião, visualizaram no Brasil uma oportunidade de mudança de vida longe dos horrores das guerras.

Na atualidade, o Brasil tem passado por um processo migratório de pessoas oriundas de diversos países, tais como: haitianos, senegales, bolivianos, peruanos dentre outros, porém, o processo migratório que mais tem causado dispêndio de recursos públicos é a chegada de Venezuelanos.

A LEGISLAÇÃO DE IMIGRAÇÃO BRASILEIRA

A legislação de migração brasileira tem origem no Decreto-Lei nº 406, de 4 de maio de 1938. Tal dispositivo trazia restrições severas aos migrantes e, ainda, àqueles estrangeiros que viviam no nosso território. No mesmo sentido, extraímos do artigo 2º, as demais restrições que consideramos ser, ainda, mais discriminatórias dando direitos ao Governo de “limitar ou suspender, por motivos econômicos ou sociais” a entrada de imigrantes no país. Nesta acepção, podemos constatar que este dispositivo legal fomentava uma prática discriminatória ao migrante haja vista as restrições impostas para adentrar ao território brasileiro, no entanto, devido ao período militar a legislação Pátria almejava a segurança nacional, não levando em consideração termos totalmente discriminatórios.

Contrapondo a legislação discriminatória do passado, o Brasil promulgou em 2017 a lei nº 13.445 (lei de migração) considerada uma das leis, dentre os países membros da ONU, como a que mais tem avanços nas questões humanitárias. Sendo assim, o Brasil deve balizar a política migratória levando em consideração todos os princípios esculpidos no dispositivo legal.

Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:

- I - direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos;
- II - direito à liberdade de circulação em território nacional;
- III - direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes;
- IV - medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos;
- V - direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável;
- VI - direito de reunião para fins pacíficos;
- VII - direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos;
- VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; (BRASIL, LEI Nº 13.445/2017)

Desta forma podemos constatar que a legislação pátria concernente à migração, hoje, é uma das mais avançadas no mundo, haja vista o tratamento dispensado ao migrante comparando até mesmo com seus nacionais, transformando o Estado brasileiro num exemplo a ser seguido para outros Estados.

A FRONTEIRA BRASIL X VENEZUELA

Ao norte, o Brasil faz fronteira com a Venezuela. Tal fronteira, em parte, é constituída de fronteiras fluviais perpassando por dois estados brasileiros: Roraima e Amazonas. Neste sentido, afirma a Primeira Comissão Brasileira Demarcadora de Limites ao referir que “A



fronteira do Brasil com a Venezuela tem extensão de 2.199 km, dos quais 90 km são por linhas convencionais e 2.109 km por divisor de águas”.

Considerando a tranquilidade que imperava entre os dois países, antes dos problemas sociais e políticos enfrentados pelos venezuelanos, a citada fronteira passou muito tempo sem protagonismo. Agora se deparam com as consequências dos ganhos sociais com os governos passados que levaram o país a uma convulsão institucional e social. É importante frisar que por alguns momentos tivemos próximos a conflitos bélicos, uma vez que as políticas de esquerda fomentada por Nicolás Maduro vão de encontro ao preconizado pelo, então, Presidente da República Federativa do Brasil Jair Messias Bolsonaro, por apoiar o presidente da Assembleia constituinte venezuelana Juan Guaidó, para assumir a presidência da república bolivariana da Venezuela.

Com o apoio de alguns países, Guaidó tentou assumir o poder, o que causou instabilidade nas fronteiras. Então a cidade de Pacaraima no estado de Roraima passou a ser maior preocupação do governo brasileiro por estar na fronteira com o território venezuelano.

OS REFLEXOS A LUZ DA IMIGRAÇÃO

Desde os anos iniciais do processo educacional formal ouvimos falar de globalização que é uma espécie de movimentação intensa entre fronteira de países que envolvia o intercâmbio entre o capital financeiro, mercadorias e pessoas e a todos os tipos de interação entre os Estados, recordo-me, ainda, as dificuldades que tínhamos em realizar a comunicação de um estado para o outro, de uma cidade a outra. Assim, contrapondo o exposto na atualidade com o advento do celular e seus diversos aplicativos para enviar mensagens instantâneas de textos, seja via redes sociais ou outros meios, podemos decidir ou dar uma ordem em fração de segundos e isto ocorre estando localizado em qualquer lugar do mundo, desde que tenha internet, e um aparelho celular.

Em 2019 uma onda migratória oriunda da Venezuela adentrou a cidade fronteira de Pacaraima. Os comerciantes locais iniciaram movimentos de protestos a fim de impedir o ingresso de venezuelanos, haja vista, a estrutura deficitária do município, que não suportava o aumento repentino de seus habitantes. O movimento migratório, não encontrando suporte para permanecer na pequena cidade de Pacaraima, seguiu com destino à capital estadual, Boa Vista, que teve superno aumento populacional de forma descontrolada, consequentemente, trazendo problemas sociais graves.



Sendo assim, uma exacerbada quantidade de pessoas passou a fazer parte dos logradouros públicos, bem como, a invadir os prédios públicos, os semáforos existentes nas grandes avenidas da capital foram tomados por imigrantes venezuelanos, modificando radicalmente a urbanização das ruas.

Todas as Instituições públicas do estado de Roraima passaram por dificuldades de se adaptar à nova realidade emergente, a saúde pública propiciada pelo estado, quase chega ao colapso, as escolas públicas tiveram supernas dificuldades para ofertar as vagas na rede pública de ensino, a Segurança Pública também foi uma área bastante afetada, o que já era um desafio ao estado, passou a ser uma constante para os órgãos que compõem o sistema de segurança pública estatal, as facções criminosas antes existentes, Primeiro Comando da Capital (PCC), Comando Vermelho (CV) e a Família do Norte (FDN) somaram-se a mais duas facções de origem venezuelana, fazendo distender a briga por domínio da prática dos ilícitos no ente federativo, hodiernamente os crimes mais praticados por essas facções são: Tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de pessoas e garimpagem ilegal. Com o advento da migração, as facções brasileiras começaram a coaptar os estrangeiros com a finalidade de expandir suas atividades ilícitas, tentando dessa forma dominar o mercado criminoso. Assim sendo, enfatizamos a reportagem concedida pelo atual secretário de Segurança Pública do estado de Roraima (SESP-RR), Edson Prola a um periódico local.

O sistema prisional de Roraima conta com mais de 350 presos venezuelanos, cerca de 12% dos quase três mil detentos que se encontram atualmente nas penitenciárias do estado. A avaliação é que é impossível impedir a união das organizações criminosas entre brasileiros e estrangeiros. [...] “Nosso estado e o país recebeu de braços abertos o povo venezuelano passando fome, necessidade, falta de medicamentos. Mas em compensação vieram marginais, que eram bandidos, traficantes, assassinos... e mais um universo possível de delinquentes. E lá na fronteira, não há um controle. E nesses últimos anos, o crime organizado brasileiro nacional viu neles uma mão de obra”, disse Prola. (CRIME..., 2021)

Neste contexto, Ramalho (2019) alertava sobre a maior facção criminosa em atividade na Venezuela que vem operando no extremo norte de Roraima. A Polícia Rodoviária Federal (PRF), setores de inteligência do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e da SSP constatarem a presença na região de células do Pranato.

Confirmada pelo secretário de Segurança de Roraima, Olivan Júnior, a presença de integrantes do bando em Pacaraima tende a agravar o quadro de insegurança na região. Segundo dados da PF, entre 2017 e 2018, 176.259 venezuelanos entraram pela fronteira de Pacaraima, mas 90.991 (51,6%) desses saíram do país — 62.314 por via terrestre e outros 28.677 em voos internacionais Narcotraficantes brasileiros ligados aos grupos rivais Família do Norte (FDN), Primeiro Comando da Capital (PCC) e Comando Vermelho (CV) disputam o domínio territorial na fronteira, que vem sendo usada como corredor para o tráfico de armas e drogas. (RAMALHO, 2019)



No início de 2021 alguns crimes de homicídio praticados na capital do estado foram atribuídos às facções criminosas de origem venezuelana devido à briga pelo poder paralelo.

A Polícia Civil de Roraima (PC-RR) investiga uma sequência de assassinatos em que quatro homens, sendo três venezuelanos, foram mortos a tiros entre os dias 9 e 10 de fevereiro à luz do dia, em Boa Vista. Ninguém foi preso ou identificado.

Segundo a Civil, os crimes possuem semelhança na ação e características de execução. Também podem estar conectados e terem sido praticados pelo mesmo grupo de pessoas.

Uma das linhas de investigação é a possível disputa de território do tráfico de drogas, ligados a grupos de facções rivais. (POLÍCIA..., 2021)

No mesmo contexto, Lessi (2021) corroborou que venezuelanos passaram a integrar facções brasileiras em articulação com grupo criminoso Trem de Aragua, da Venezuela. Segundo denúncia do Ministério Público, ao menos 740 venezuelanos integram a facção no Estado.

Portanto, devemos enfatizar que os órgãos que compõem o Sistema de Segurança Pública devem estar atentos a uma nova, possível, onda de barbáries, que havia diminuído de forma significativa após o domínio dos presídios roraimenses pela Força de Intervenção Penitenciária (FTIP) que aportou-se na Penitenciária Agrícola do Monte Cristo (PAMC), após a ocorrência da maior chacina dentro de uma unidade prisional do estado. Naquela ocasião as péssimas estruturas das unidades prisionais, dentre outros motivadores, podem ter sido fatores preponderantes na carnificina ocorrida no ambiente carcerário do ente federativo. Depreendemos, ainda, que o presídio público estava sem as mínimas condições para manter os presos confinados, muito menos separá-los como demandava a situação.

METODOLOGIA

Para o desenvolvimento do referido projeto foram utilizadas pesquisas exploratórias e documental com abordagem qualitativa e, portanto, não se prendeu a nenhum marco teórico específico, porém, envolveu levantamento bibliográfico.

Segundo Gil (2010), as pesquisas exploratórias “costumam envolver levantamentos bibliográficos, citações e exemplos”, e possuem métodos mais flexíveis, sem o uso de questionários detalhados ou amostragens muito complexas.

De acordo com Diana (2020?), o objetivo da pesquisa qualitativa é a busca da compreensão do problema encontrado, sendo que a coleta dos dados da pesquisa não é estruturada. Há, ainda, a identificação e análise de dados que não podem ser quantificados



centrando-se na compreensão e na explicação. Embora existam diversos métodos de ANÁLISE DE DADOS, na pesquisa qualitativa, a análise textual é o foco principal.

Segundo Gil (2002 apud Selltiz et al. 1967), pesquisas exploratórias têm como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses, sendo o seu objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições.

Ter um planejamento flexível possibilita a consideração dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado. Na maioria dos casos, essas pesquisas envolvem pesquisas bibliográficas, entrevistas com pessoas que tiveram experiências práticas com o problema pesquisado e análise de exemplos que estimulem a compreensão do assunto abordado.

A pesquisa documental assemelha-se muito à pesquisa bibliográfica, pois, enquanto nesta se utiliza fundamentalmente das contribuições dos diversos autores sobre determinado assunto, naquela se utiliza materiais sem tratamento analítico ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetos da pesquisa.

Conforme Martins (2017, p.18) a pesquisa qualitativa é uma pesquisa descritiva, onde o entrevistado deverá expressar sua opinião a respeito do fato ou realidade abordada, ou seja, o pesquisador “explora as particularidades e os traços subjetivos (significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes) do entrevistado em relação a uma situação vivenciada por ele.” Há classificações e análises dissertativas sem a eliminação total dos cálculos. Esse tipo de pesquisa tem o caráter exploratório, pois o entrevistado pode expressar-se livremente sobre o assunto tratado.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Durante muitos anos o Estado Venezuelano não desenvolveu uma política eficaz na busca do bem-estar dos seus compatriotas. A infraestrutura estatal que abrigava as Instituições necessárias ao bom funcionamento da República Bolivariana, convulsionaram em meio a tantos casos de corrupção. Desta forma assistimos atônitos o êxodo da população venezuelana direcionado aos países mais próximos, em busca de uma melhor qualidade de vida, e o Brasil por fazer fronteira com a República Venezuelana, tem sido um dos principais destinos dos imigrantes venezuelanos, e Roraima por ser a porta de entrada do Estado brasileiro tem sofrido a maior parcela de prejuízo proporcionado pelo aumento desordenado da sua população, o que



compele a todos os estados membros buscarem alternativas para solucionar a problemática identificada no ente federativo.

Assim, ao aprofundarmos em uma leitura hodiernamente contextualizada da Legislação Migratória diagnosticamos, também, um exponencial aumento da proteção ao migrante, oriundo de políticas fomentadoras dos princípios esculpidos no texto constitucional, que foram intensificados com a adoção de princípios universais de tratamento de estrangeiros na carta da ONU e demais tratados internacionais, consequentemente, aumentando o rol protetivo de direitos e equiparação dos estrangeiros com os nacionais.

Corroborando com o pesquisado e ciente das dificuldades relacionadas à resolução das demandas reprimidas pelo estado de Roraima atribuímos suprema importância a Operação Acolhida, pois trata-se de um poderoso instrumento para melhorar o atendimento à população e proporcionar condições humanitárias ao migrante e refugiado.

Analisando o ensinado pelos documentos pesquisados, constatamos que a imigração fomentou essa onda eufórica criminosas que alastrou-se pelo estado de Roraima, mais especificamente na capital Boa Vista que repentinamente tornou-se uma das cidades mais violentas do país, assim, virou rotina ver nos noticiários locais, cenas de familiares chorando a perda de entes que integram alguma das organizações criminosas atuante no estado. Nessa avalanche de infração penal, em alguns casos, pessoas morrem somente por fazer o símbolo ou gesto que representava uma das facções criminosas em rede sociais, transformando assim em um motivo para serem sentenciadas a pena de morte pelos tribunais do crime que se instalaram na capital e dali expandiram-se para os municípios interioranos. Verificamos, ainda, ser a maioria das vítimas menores de idade e estavam inseridos em todos os contextos sociais, desde as periferias as classes mais abastadas. Retiramos da leitura executada que o estado infelizmente estagnou no tempo e não havia se preparado para lidar com essa patologia no tecido social: o crime cada vez mais organizado e o aparato estatal cada dia mais sucateado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a referida pesquisa foi possível detectamos alguns problemas, tais como, a lacuna de vigilância das nossas fronteiras faz com que muitos ilícitos sejam praticados nos nossos limites fronteiriços sem a devida fiscalização das autoridades brasileiras, uma vez que é primordial a contratação de recurso humanos para suprir as demandas discernidas, a



fomentação de políticas de incentivo a geração de emprego ao imigrante pode ser considerada uma alternativa salutar na inserção do imigrante na sociedade brasileira.

Para atuação dos profissionais do estado no ambiente propiciado pelo processo migratório, o ente estatal deve oferecer qualificação aos seus servidores, para atuar nas diversas situações proporcionadas pela problemática linguística oferecida pela diferença idiomática no trato ao cidadão estrangeiro. O estado deve buscar inserir a utilização de novas tecnologias para fins de identificar os grupos criminosos que têm utilizado o processo de imigração, como suporte para adentrar o território brasileiro, fazendo a capital do estado de Roraima, o seu habitat para disseminar sua ideologia disseminando os tentáculos das Operações Criminosas (ORCRIM) protagonizadas pelas ORCRIM de origem venezuelana.

Quanto ao trabalho, realizado pela Operação Acolhida, enfatizamos a sua relevância, no entanto, observa-se que muito ainda precisa ser feito, visando minimizar os impactos ocasionados pela imigração. A pesquisa mostrou resultado satisfatório, pois, através do estudo, diagnosticamos a existência de diversos órgãos envolvidos no processo de ajuda ao imigrante. Os resultados obtidos servirão na persecução de aprofundamento de estudos sobre o tema. Como sugestão de agente mediador nas ações políticas voltadas para a promoção da dignidade humana e melhor atuação dos órgãos de segurança pública do estado.

Como continuidade de estudo sugere-se, ainda, aprofundar pesquisas referentes ao perfil do imigrante para fins de otimizar a atuação do agente de segurança pública. A Academia de Polícia Integrada Coronel Santiago (APICS) também pode incentivar os acadêmicos e egressos dos cursos propiciados pela instituição de ensino a desenvolver projetos e ações nessa referida área.

Cabe aos órgãos que compõem o sistema de segurança pública roraimense considerar os resultados obtidos nessa pesquisa e utilizá-los como ferramenta para tentar amenizar as diligências constatadas no estudo realizado nas documentações aqui citadas.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil. Primeiro Comando da Capital. El País/Brasil. São Paulo, fev. de 2021. Disponível em: [HTTPS://BRASIL.ELPAIS.COM/BRASIL/2021-02-07/VENEZUELANOS-GANHAM-FORCA-E-CARGOS-CHAVE-NO-PCC-EM-RORAIMA-APOS-BATISMO-FEITO-POR-LIDERA NCA-NACIONAL.HTML](https://brasil.elpais.com/brasil/2021-02-07/venezuelanos-ganharam-forca-e-cargos-chave-no-pcc-em-roraima-apos-batismo-feito-por-lidera-nca-nacional.html). Acesso em: 26 mar. 2021.

BEZERRA, JULIANA. Imigração no Brasil. Toda Matéria, 2020. Disponível em: [HTTPS://WWW.TODAMATERIA.COM.BR/IMIGRACAO-NO-](https://www.todamateria.com.br/imigracao-no-brasil/)

BRASIL/#:~:TEXT=O%20PROCESSO%20DE%20IMGRA%C3%A7%C3%A3O%20NO,O%20%22BRANQUEAMENTO%22%20DA%20POPULA%C3%A7%C3%A3O. Acesso em: 19 mar. 2021.

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

_____. Decreto-Lei nº 406, de 04 de Maio de 1938. Dispõe sobre a entrada de estrangeiros no território nacional. Diário Oficial da União - Seção 1 - 06/05/1938, pág. 8494 (Publicação Original).

_____. LEI Nº 13.445, DE 24 DE MAIO DE 2017. Que Institui a Lei de Migração. Brasília, 24 de maio de 2017; 196º da Independência e 129º da República.

_____. Primeira Comissão Brasileira Demarcadora de Limites. Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: [HTTP://PCDL.ITAMARATY.GOV.BR/PT-BR/](http://PCDL.ITAMARATY.GOV.BR/PT-BR/). Acessado em: 20 mar. 2021.

CRIME organizado. Folha Web. Boa Vista: RR, fev. de 2021. Disponível em: [HTTPS://FOLHABV.COM.BR/NOTICIA/CIDADES/CAPITAL/-NAO-DA-PARA-EVITAR-ADESAO-DE-VENEZUELANOS-EM-FACCOES---DIZ-SESP/72941](https://FOLHABV.COM.BR/NOTICIA/CIDADES/CAPITAL/-NAO-DA-PARA-EVITAR-ADESAO-DE-VENEZUELANOS-EM-FACCOES---DIZ-SESP/72941). Acesso em 26 mar 2021.

DIANA, Juliana. Pesquisa descritiva, exploratória e explicativa. Educação: diferença. [2020?] Disponível em: [HTTPS://WWW.DIFERENCA.COM/PESQUISA-DESCRITIVA-EXPLORATORIA-E-EXPLICATIVA/](https://WWW.DIFERENCA.COM/PESQUISA-DESCRITIVA-EXPLORATORIA-E-EXPLICATIVA/). Acesso em: 16 jan. 2021.

GIL, Antônio Carlos. Como Elaborar Projetos de Pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Júlio. Metodologia da Pesquisa Científica. Ed. Dowbis. 2017

OPERAÇÃO Acolhida. Histórico. Governo Federal. 2021. Disponível em: [HTTPS://WWW.GOV.BR/ACOLHIDA/HISTORICO/](https://WWW.GOV.BR/ACOLHIDA/HISTORICO/). Acessado em: 25 mar. 2021.

POLÍCIA CIVIL DE RR ACREDITA QUE SEQUÊNCIA DE ASSASSINATOS PODE TER RELAÇÃO COM TRÁFICO DE DROGAS. G1 RR. BOA VISTA: RR, FEV. DE 2021. ENCONTRADO EM: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2021/02/11/policia-civil-de-rr-acredita-que-se-sequencia-de-assassinatos-pode-ter-relacao-com-trafico-de-drogas.ghtml>. ACESSADO EM: 26 MAR. 2021.

RAMALHO, Sérgio. Segurança Pública. Folha Uol. Pacaraima: RR, 2021. Disponível em: [HTTPS://NOTICIAS.UOL.COM.BR/COTIDIANO/ULTIMAS-NOTICIAS/2019/09/10/PRANATO-FACCAO-VENEZUELA-PACARAIMA-RORAIMA-FRONTIERA-BRASIL.HTM](https://NOTICIAS.UOL.COM.BR/COTIDIANO/ULTIMAS-NOTICIAS/2019/09/10/PRANATO-FACCAO-VENEZUELA-PACARAIMA-RORAIMA-FRONTIERA-BRASIL.HTM). Acessado em 26 mar. 2021.

CAPÍTULO 5

VIOLÊNCIA SEXUAL INFANTOJUVENIL E A ESCUTA ESPECIALIZADA

Aparecido Renan Vicente, Doutorando em Saúde na UFSCar-São Carlos e Consultor na Empresa Conselheiro Tutelar e Prática –SP

RESUMO

A violência sexual infantojuvenil sempre permeou as relações pessoais e interpessoais. A violência sexual contra criança e adolescente pode ser manifestada de várias formas, a saber: maus-tratos, *Bullying*, violência juvenil, violência infligida, violência sexual, violência emocional ou psicológica e testemunho de atos violentos. Além disso, a violência pode acontecer no seio familiar, onde o autor é comumente alguém com quem a vítima tenha laços de carinho e confiança, por isso trata-se de uma violência intrafamiliar, mais pode também ser vítima de violência sexual extrafamiliar, sendo que nessa modalidade o perpetrador não tem amizade e/ou confiança para com a vítima. Outra manifestação da violência pode ser observada na forma de exploração sexual, cujo responsável por esse crime recruta e seleciona crianças e adolescentes para serem ultrajado sexualmente, por meio da exploração de seus corpos em troca de dinheiro e outras coisas. Com o intento de ofertar um atendimento ainda mais humanizado às crianças e adolescentes emergiu a Lei Federal nº 13.431/2017, cujo dispositivo traz orientações e diretrizes de como o atendimento deve ser realizado. No entanto, não são todos municípios que dispõem de um órgão específico para a realização da escuta especializada da vítima, que por sua vez acaba colocando a vítima ou testemunha em reiterados contextos de relatos e, conseqüentemente, cometendo a chamada violência institucional. É com esse objetivo que a Lei supracitada entrou em vigor para que a vítima não relate e nem seja exposta a vários contextos de relatos. Para isso é importante que os municípios disponibilizem órgão, profissionais, capacitação e formação continuada não somente para os profissionais que realizarão a escuta, mas sim para todos os profissionais que compõem o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente.

PALAVRAS-CHAVE: Violência sexual. Leis. Conduta. Políticas Públicas.

1. INTRODUÇÃO

O tema violência sexual já era abordado desde a mitologia grega. A utilização do mito tem o intento de fazer uma conexão com o presente (KONRAD, 2017 *apud* GADANER, 1997, p. 11). Portanto, a menção ao mito aqui não explicar-se-á a tão presente violência sexual infantojuvenil, mas tem como objetivo estimular reflexão e a partir dessa, pensar em possibilidades de estratégias para minimizar o impacto e danos desse fenômeno.

Os mitos são se fazem presentes em todas as culturas desde a Antiguidade, os quais são usados para explicar relações sociais, interpessoais e as consequências dessas relações. Os



personagens são deuses e humanos. Cabe, por oportuno, um adendo aqui ao deixar claro que mito e lenda não são as mesmas coisas. Como já explicado anteriormente, mito envolve personagens deuses e humanos, suas relações e as consequências destas. Já lenda os personagens são animais, vegetais e minerais carnavalescos (KONRAD, 2017).

Consoante, o Mito da Medusa, que era sacerdotisa, dona de uma beleza descomunal, tinha uma pele desejável, cabelos compridos que caíam com cachos sobre seu dorso. Sua beleza atraía diversos perfis de homens, todavia por ser sacerdotisa do templo de Atena, não podia, de hipótese alguma, manter relação sexual, até ser liberada para o casamento (NIZ, 2005).

No decorrer do relato mitológico, Medusa foi encurralada por Poseidon, o deus dos mares, pois este tinha o desejo de manter uma relação sexual com ela. Mesmo ela se esquivando devido a sua condição de sacerdotisa, o referido não aceitou a negação, invadiu o templo e ao perceber que não havia ninguém, a violentou sexualmente (KONRAD, 2017). Medusa, não escondeu tal ato e revelou ter sido vítima de violência sexual, porém a julgaram como culpada da situação e não acreditaram, ao passo que Atena, deusa da sabedoria e das estratégias militares, lançou, contra a jovem, um feitiço que desfez toda sua beleza, sua pele impecável ficou ressecada e com grandes escamas, seus cabelos, com seus cachos, foram transformados em um ninho de serpentes venenosas e desde então, todos que a olhassem diretamente nos olhos se transformariam em pedra (NIZ, 2005). Além disso, Medusa foi exposta para todo mundo grego, ninguém a ajudou, mesmo aqueles que detinham poder para isso.

A violência é emblemática e polissêmica (VICENTE, 2020). Etimologicamente a palavra violência é de origem latina, derivada da palavra *vis*, cujo significado é força no que se refere ao uso da superioridade física sobre outrem (MINAYO, 2006, p. 13). Consoante a *World Health Organization* (1996), violência se caracteriza pelo “uso intencional da força física ou dominação seja real ou ameaça contra si próprio, outra pessoa, várias pessoas ou, até, mesmo sociedade cujo resultado cause danos, morte e grande impacto no desenvolvimento da pessoa”.

Dentre as manifestações da violência tem-se: maus-tratos, *Bullying*, violência juvenil, violência infligida, violência sexual, violência emocional ou psicológica e o testemunho de atos de violência. A primeira é cometida por meio de violência física, sexual, psicológica/emocional e negligência com bebês, crianças e adolescentes, por pai/mãe e/ou responsável em lares, escolas ou instituições de acolhimento. Já a segunda é evidenciada por meio de comportamento de agressividade de uma criança ou adolescente para com outras pessoas das quais não detêm vínculos afetivos. Assim, esta modalidade de violência ocorre com frequência nas dependências escolares ou virtualmente e, além do mais, envolve danos físicos, psicológicos ou sociais. No



tocante a terceira manifestação, a mesma está presente em pessoas de 10 a 29 anos de idade. Sua manifestação ocorre em contextos sociais, entre pessoas com laços afetivos ou não, com ou sem armamentos (armas de fogo e facas), violência física e pode ser perpetrada por grupo de pessoas (gângues). No que se refere a quarta manifestação, ocorre entre parceiros íntimos (violência doméstica). Homem também pode ser vítima dessa modalidade de violência, contudo as estatísticas apontam que frequentemente essa violência é perpetrada contra mulheres, crianças e adolescentes. A quinta, é caracterizada com ou sem contato físico, sendo que a vítima não tem “poder” de decisão e pode haver exploração sexual. A última, e não menos relevante, a criança ou adolescente são colocadas em situação de ridicularização, discriminação, rejeição, violência não verificável fisicamente ou situação em que a criança ou adolescente, testemunhem violência entre outras pessoas (*World Health Organization*, 2016, p. 14).

Em relação a criança ou adolescente ser vítima ou testemunhar violências, no ano de 2017 entrou em vigor a Lei Federal nº 13. 431/2017, cujo dispositivo dispõe acerca da criação de mecanismos para prevenir e coibir a violência além de apresentar a escuta especializada e depoimento especial para esta demanda (BRASIL, 2017). A título de organização e centralização, neste artigo não será problematizada acerca do depoimento sem dano. Apesar de existir diversas formas de a violência ser manifestada o estudo recai sobre a violência sexual.

2. MÉTODO

Para a confecção deste artigo, o pesquisador executou uma vasta revisão bibliográfica e posteriormente filtrou e escolheu artigos, capítulos de livros e legislações, que iam de encontro ao objetivo do estudo. O recrutamento e seleção consistiu na leitura dos títulos e resumos. Outros artigos que tinham seus títulos e resumos esclarecedores houve necessidade de realizar leituras dinâmicas e ao final, àqueles que não versavam sobre o que estava sendo estudado foram eliminados. À vista disso, por oportuno, buscou-se artigos científicos mais relevantes por meio das plataformas científicas.

Consoante Gil (2002), a pesquisa bibliográfica é executada por meio de materiais já disponíveis, constituídos por livros e artigos científicos, porquanto quase todos estudos exigem algum tipo de trabalho desta natureza. Ademais, há pesquisa que foram executadas somente a partir de fontes bibliográficas (p. 45).

Para isso, foram considerados os descritores: violência sexual, leis, conduta e políticas públicas. Utilizou-se para a buscas as bases de dados Banco de Dados de Periódicos da CAPES,

3. REVISÃO DA LITERATURA

3.1 VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR

Apesar dos diferentes contextos em que ocorre, conforme já sinalizado a violência intrafamiliar se faz prevalente, geralmente praticada por pessoas que detêm vínculo afetivo e fortalecido com a vítima e/ou seus familiares (BRINO ET AL., 2011; UNICEF, 2017; OUVIDORIA NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, 2020). Insta salientar que, em relação à gênero, meninas estão mais vulneráveis à violência sexual, sendo que os perpetradores desta modalidade de violência são majoritariamente homens (*World Health Organization*, 2016, p. 12), os quais detêm alguns comportamentos e perfis peculiares.

Quanto aos perfis dos autores de violência sexual, grande parte destes são pessoas conhecidas e, além do mais, não apresentam condutas que as denunciem, pelo contrário, são pessoas confiáveis e que não parecem oferecer perigo. Com frequência o autor se esforça para ganhar a confiança dos pais a fim de ter acesso à criança com mais facilidade. Além disso, ele seleciona crianças que apresentam estar em vulnerabilidade e que, por vezes, não recebem a atenção que precisam. Neste ínterim, não raro, apresentam sinais disfuncionais como se fossem “predadores”, sinalizados pela forma com que se refere às crianças, fazendo menção das mesmas, como sendo “botões de rosa limpos, puros, inocentes” (SANDERSON, 2005).

A justificativa que leva o autor a cometer a violência sexual contra crianças ou adolescentes, está no fato de que esta população torna-se objeto de satisfação sexual, sendo que para a concretização do ato, utiliza-se de táticas como ameaças, coerção, suborno ou truques. Porquanto os autores desta modalidade de violência se sentem incapazes de construir relações sexuais com seus pares adultos e, diante do estresse que tal concepção pode causar, passam a olhar para crianças com outros vieses (KURNIAWAN, HIDAYATI, 2017).

Estudos realçam que a violência intrafamiliar ocorre mais frequentemente do que imaginamos. Desta forma, a violência sexual no núcleo familiar não acontece uma única vez o que leva ao agravamento da situação (ANDRADE et. al., 2008).

O pensamento de que pessoas confiáveis não violentam sexualmente crianças e adolescentes, contribuem para que estas, sejam cada vez mais vítimas deste crime. O relatório



do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF, 2014) revela que cerca de 120 milhões de meninas e 73 milhões de meninos foram vítimas desse tipo de violência (ANDRADE et al., 2018), ou seja, este problema precisa ser erradicado, embora existam inúmeros entraves para que isso ocorra de fato.

Segundo (WORD VISION, 2020, p. 2), todos os anos mais de um bilhão de crianças são vítimas das mais variadas manifestações da violência, tais violências são perpetradas em suas casas e não há um limite de idades, ou seja, qualquer faixa etária está sujeita a tais. A violência está intimamente ligada à raízes socioeconômicas, culturais e pessoais (WORD VISION, 2020).

3.2 VIOLÊNCIA SEXUAL EXTRAFAMILIAR

A violência sexual extrafamiliar é cometida por um indivíduo que não tem vínculo com a vítima, portanto, pode acontecer em locais privados ou públicos. No primeiro caso, a violência pode ocorrer na residência do autor ou de terceiros e/ou em veículos. Já o segundo pode ser colocado em prática em via pública, terreno baldio e locais de lazer. Na esfera das instituições, pode acontecer nas escolas, espaços de reuniões, dentre outros locais. (SANTOS e IPPOLITO, 2011).

Cabe ressaltar que, no contexto extrafamiliar, não é comum o vínculo do autor de violência sexual com a vítima, seus pais e/ou familiares. Desta forma, nenhum familiar, em especial a mãe, tem dependência afetiva ou financeira com o autor, tampouco histórico de ter sido vítima de algum tipo de violência por parte do mesmo, o que em tese, facilitaria a revelação e, conseqüentemente, a denúncia do crime. No que se refere à revelação, esta se torna mais fácil, para a criança ou adolescente, quando comparado com o contexto intrafamiliar, visto que as vítimas tendem a receber maior credibilidade e apoio materno. (BAÍIA, MAGALHÃES e VELOSO, 2014).

Como afirmam Costa, Rocha e Cavalcante (2018), no âmbito extrafamiliar os autores de violência sexual são jovens, solteiros e com preferência por adolescentes. Na região Amazônica, localizada ao norte do Brasil, é comum a relação de homens mais velhos com adolescentes, principalmente na zona rural, onde há mais pessoas desprovidas economicamente (TAYLOR, LAURO, SEGUNDO e GREENE, 2015), embora seja válido lembrar que se pode ter, como autor da violência, tanto pessoas pobres, quanto ricas.

Ainda no campo da violência sexual intrafamiliar e extrafamiliar, é preciso que crianças, adolescentes e familiares dialoguem sobre tais ocorrências. Partindo desse princípio, a



sexualidade e a violência sexual não só ficam restritas no núcleo familiar, pode e deve ser discutidas os meios que a sociedade se utiliza para combater este fenômeno. Logo, abordar tais assuntos com crianças e adolescentes compreende uma maneira de resolução dos conflitos na sociedade (LEAL, 2002). Afinal, grande parte das vítimas sofrem caladas por não terem a oportunidade de verbalizar as situações ocorridas, uma vez que socialmente, tais práticas não são inaceitáveis e podem gerar situações preconceituosas e de *bullying* às vítimas.

3.3 EXPLORAÇÃO SEXUAL

A exploração sexual consiste em alguém recrutar crianças ou adolescentes para praticar atos sexuais forçados em troca de ganho financeiro, ou seja, obter lucros ou vantagens econômicas. Nestes casos, há quatro formas de exploração: prostituição, pornografia, tráfico e turismo sexual. Por essa razão, tal fenômeno acontece em nível mundial e atinge mais crianças do sexo feminino, sendo menor a quantidade de ocorrências envolvendo crianças do sexo masculino. (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015).

Isto posto, a exploração sexual contra criança e adolescente, como já fora mencionado anteriormente, se revela como outra forma de violência sexual. O autor define a exploração sexual como sendo um

[...] tipo de transação comercial ou alguma troca e/ou benefício em dinheiro, ofertas ou bens por intermédio da exploração sexual de menores³ de 8 anos. Ocorre uma relação de mercantilização e abuso de poder do corpo de crianças e adolescentes por exploradores sexuais (mercadores) organizados em redes de comercialização local ou global (mercado) e por consumidores de serviços sexuais pagos (demandas) (TAQUETTE, p. 59, 2007).

A exploração sexual não é um fenômeno recente. Historicamente, desde a colonização e da escravidão o Brasil enfrenta esta situação, quando crianças e adolescentes eram explorados e culpados pelos estes atos. Foi a partir da década de 90, já no século XX, que autoridades, gestores e pesquisadores da área da infância e adolescência no Brasil, passaram a debater este fenômeno. (SERPA e FELIPE, 2019).

³ Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei 8.069/90, crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos, proteção integral e prioridade absoluta. Portanto, este estudo não se limitará na utilização do termo “menor”, uma vez que a referida lei orienta que indivíduos com menos de 18 anos são chamados de criança e adolescente. Assim, o termo “menor” só será mencionado quando se tratar de citações, respeitando-se a percepção dos respectivos autores.



Insta salientar que a exploração sexual tem sido definida como sendo umas das maiores violações de direitos, visto que é considerada uma forma moderna de escravidão (FALEIROS, 2004). Outro ponto importante é que o conceito de exploração sexual é um termo recente, o qual foi estabelecido no I Congresso Mundial de Estocolmo, ocorrido em 1996, ocasião em que houve substituição do termo “prostituição infantojuvenil” (SERPA & FELIPE, 2019). A terminologia “prostituição infantil” não é considerada adequada, pois crianças e adolescentes não se prostituem, mas sim são explorados sexual e comercialmente (ABRAPIA, 2003).

4. A ESCUTA ESPECIALIZADA

A Lei Federal nº 13.431, de 04 de abril de 2017, emergiu com o intento de definir parâmetros para a realização da escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, oferecendo diretrizes aos profissionais que compõem o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente (SGDCA), a fim de evitar a repetição desnecessária dos fatos vivenciados e, conseqüentemente, a revitimização (BRASIL, 2017).

A revitimização só é evitada quando o SGDCA implementa protocolos e fluxograma para atendimento desta criança e adolescente, vítima ou testemunha de violência. A escuta está dentro de uma gama extensa de direitos da criança e adolescente. A sua realização requer, além de profissionais devidamente capacitados e que passem por formação continuada, habilidades de realizar um atendimento protetivo, identificar sinais de violência, diálogo e acolhimento humanizado, postura de ouvinte atento, comprometido com o respeito e empatia (BRASIL, 2017).

A ambiência deve proporcionar acolhimento, no sentido de oferecer um espaço físico que promova segurança e respeite a privacidade da criança e do adolescente, bem como, sua participação ativa. A execução da escuta especializada não tem como objetivo a produção de provas (BRASIL, 2017), mas sim de garantir, zelar e restaurar o direito violado da criança e adolescente. Além disso, se a vítima optar pelo silêncio, este deve ser respeitado.

Deste modo, para não expor a vítima a repetidos relatos, a lei prevê o compartilhamento de informações, o uso de instrumentos e métodos, a fim de salvaguardar os direitos infantojuvenis (BRASIL, 2017). Para que o profissional atue em consonância com as evidências científicas, a lei ratifica que a formação não pode ser genérica, devendo os profissionais terem formação continuada e serem capacitados, para que possam ter condições de seguir e aplicar protocolos, fluxogramas, procedimentos e métodos, na escuta e nos encaminhamentos pertinentes.

Um dos métodos utilizados na escuta, é O Guia de Entrevista Infantil⁴ (Entrevista Investigativa), no original em inglês “*The Washington State Child Interview Guide*”, traduzido por Harborview Medical Center e WA State Criminal Justice Training Commission, traduzido e anotado pelo Dr. Murillo José Digiácomo em maio de 2014. Este documento está dividido pelas seguintes partes: 1- Introdução, traz informações gerais). 2- Definições, apresenta perguntas de livre explanação, incentivos e convites, perguntas focadas ou diretas, perguntas de escolha forçada ou fechada, perguntas sugestivas, perguntas ou técnicas coercitivas, perguntas segmentadas no tempo, perguntas focadas nos sentidos, perguntas substantivas-sendo todas partes com exemplos de como o profissional deve proceder. II- introdução. III – documentação/ registro. VI- regras básicas. V- construção do vínculo (*rappor*⁵) e prática narrativa. VI- Transição para temas substantivos (relacionados à violência/abuso propriamente ditos). VII- investigando os incidentes. VIII- uso de ferramentas de entrevista. IX- intervalo (opcional). X- obtendo informações adicionais ainda não mencionadas. XI- encerramento. Apêndice- figuras para testes sobre verdade/mentira para crianças com idade inferior a 7 anos de idade. Teste verdade X mentira-1. Teste verdade X mentira-2. Teste verdade X mentira-3. Teste verdade mentira-4. Teste de moralidade-1. Teste de moralidade-2. Teste de moralidade-3. Teste demoralidade-4.

Como verifica-se acima, a escuta especializada é muito complexa e abrange muito mais do que um simples relato de uma escuta espontânea, exigindo que o profissional não apenas escute, questione e registra no papel que realizou o procedimento de uma escuta especializada, porquanto este procedimento envolve a padronização, roteirização e sistematização do relato, conforme orientações da lei e/ou outros manuais.

Outra questão que merece destaque é o profissional não possuir formação de psicólogo, ou utilizar métodos, como o brincar, sem nenhum objetivo, sob a justificativa de criação de vínculo e/ou descobrir se é verdade ou não o que a criança tem a falar. Em primeiro lugar, a

4 Embora o texto original seja mais voltado a entrevistas para fins judiciais, as orientações contidas no documento são válidas para todas as abordagens e intervenções técnicas realizadas com crianças e adolescentes vítimas de violência

5 A expressão **rappor** **au** **savoir** foi mencionada por Jacques Lacan, Bourdieu e Passeron. A utilização dessa expressão se deu nos contextos da Psicanálise e Sociologia. O termo se refere ao estabelecimento de vínculo ou como dito popular “quebra-gelo”.



brincadeira/jogo quando executada por um profissional psicólogo/a tem um objetivo. Segundo, conforme já mencionado, a escuta especializada não tem a intenção de produzir provas.

Outra questão que merece destaque é o horário que a escuta especializada é realizada com a criança, por exemplo, agendar com a criança 8h30 da manhã sem que ela opine por este, já que neste horário a criança poderia estar dormindo ainda, deste modo o horário propício para o/a profissional estabelecer vínculo com a vítima deveria ser decidido com ela, não de forma unilateral, cabendo a vítima uma participação ativa no processo da escuta/vínculo e, não apenas cumprimento de protocolos impostos. Além disso, se a vítima quer ou não a presença de alguém, este deve ser respeitado e a ausência de alguém indicado por ela não é motivo de impedimento que a escuta seja feita. Não é aceito, em hipótese alguma que o/a profissional, caso a vítima expresse o desejo de não querer ficar na sala, faça um “acordo” para a mãe estar junto, sendo esta a única maneira para entrevista acontecer. Não é desnecessário lembrar que a criança ou adolescente tem o direito de permanecer em silêncio (art. 5º da Lei nº 13.431/2017).

Conforme já mencionado anteriormente, consoante a Lei Federal nº 13.431/2017, mais precisamente art 5º, inciso VI, a vítima deve ser ouvida em horário que lhe for mais adequado e conveniente. Respeitar esse inciso é respeitar o dia e o momento em que a criança se encontra. Não preparar a criança para a realização da escuta especializada gera medo, insegurança e constrangimento (ou seja, os ingredientes perfeitos para a “violência institucional” definida pelo 4º, inciso IV desta Lei (DIGIÁCOMO, DIGIÁCOMO, 2018). Agendar um dia e horário sem levar em consideração o melhor interesse e bem-estar da criança não é respeitá-la como sujeito. O horário também interfere no humor, visto que a vítima precisa, como no exemplo acima, acordar mais cedo pela sua genitora a fim de chegar no horário marcado, talvez não tome o café da manhã, não conheça o/a profissional, caso este não tenha preparado e, tampouco, estabelecido um contato prévio com a criança.

A conduta acima mencionada evidencia, talvez, a ausência de formação continuada do/a profissional para tal atendimento, o que fere o inciso XI da citada Lei, a qual assevera que a criança deve ser assistida por profissional capacitado, bem como, que esta conheça os profissionais que participam dos procedimentos de escuta especializada e depoimento sem danos⁶. Desta maneira, o momento da entrevista para realização da escuta especializada não é

⁶ A título de organização e centralização, neste artigo não será problematizada acerca do depoimento sem dano.



um momento de estabelecimento de vínculo e de confiança, pois este deve ocorrer em um momento anterior ao atendimento.

Ainda, em se falando da escuta especializada, outro aspecto que merece ser problematizado é acerca da vedação à leitura das denúncias ou outras peças processuais que tem como objetivo evitar que a vítima ou testemunha seja de qualquer modo influenciada e/ou “induzida” a uma determinada resposta, valendo lembrar que se procura privilegiar seu relato livre (vide inciso II da Lei Federal nº 13.431/2017) (DIGIÁCOMO, DIGIÁCOMO, 2018). Já na opinião de Vilela (2005), o profissional responsável pela escuta especializada deve conversar com a vítima para explicar o porquê ela será ouvida e nunca prometer segredo.

Os profissionais não podem servir como “repassadores” de perguntas para as vítimas ou testemunhas, pois se assim fosse, não haveria sentido possuírem uma habilitação específica para função. Essa habilitação, aliás, existe justamente para que os técnicos evitem interferências indevidas por qualquer dos órgãos/autoridades atuantes no processo, respeitando o contido no art. 5º, inciso VII desta Lei (DIGIÁCOMO, DIGIÁCOMO, 2018, p. 33). Portanto, há problemas na escuta especializada quando os métodos e procedimento são mal conduzidos e, conseqüentemente, alteram um relato (GUIMARÃES, SOMA, 2019, p. 57).

Não é desnecessário evidenciar que os profissionais que realizam a escuta precisam saber acerca do processo de desenvolvimento da vítima ou testemunha. Não se pode deixar de levar em consideração que a criança é um ser humano e, portanto, está em processo de desenvolvimento. Sigmund Freud, considerado pai da psicanálise, em sua teoria do Desenvolvimento Psicossocial assevera que em cada etapa do processo de desenvolvimento a criança enfrenta algumas características da sua sexualidade. Dessa forma, urge a necessidade de os profissionais serem capacitados de modo contínuo para que não caracterizem ou entendem que qualquer sinal que a criança, porventura, apresente, seja violência sexual.

Os achados das pesquisas revelam que as vítimas de violência sexual apresentam alguns comportamentos que sinalizam tal violação de direitos, a saber: isolamento social, evitam contatos com outras crianças, repetição de modelos agressivos, funcionamento intelectual reduzido, afetando a memória, a leitura e habilidades intelectuais em geral, ansiedade, depressão, comportamentos regressivos, distúrbios no sono/enurese noturna (fazer xixi na cama) e transtorno de Estresse Pós Traumáticos (BRINO et al., 2011, p. 16). Nesse sentido, é mister ter cautela quando se fala de características e sintomas para não subestimar que tudo é abuso sexual (GUIMARÃES, SOMA, 2019, p. 18). Assim, de forma inegável, é preciso que toda escuta seja devidamente registrada e que as medidas cabíveis sejam colocadas em prática,



sendo que para a efetivação de tais garantias, sejam necessárias a existência de políticas públicas acessíveis.

Dentre as políticas públicas existentes, está o “Serviço de Recebimento e Monitoramento de Denúncias”, que deveriam existir em todos os municípios para atender os casos de violências (DIGIÁCOMO, DIGIÁCOMO, 2018, p. 76). Serviço este, de suma importância e que não poderia faltar no organograma de um município e, além do mais, não há que se aceitar, em hipótese alguma, a justificativa de que o município não detém Políticas Públicas e/ou recurso para sua implementação, haja vista que os arts 86 e 87 da Lei Federal nº 8.069/1990, prevê a sua existência, cujo dispositivo está em vigor há 30 anos.

Outra política pública, cuja existência evita a revitimização da criança, a título de exemplo, é o Centro de Referência no Atendimento Infantojuvenil (CRAI), órgão que presta atendimento a crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência e é composto por uma equipe formada por assistentes sociais, profissionais da saúde, exemplo, psicólogos, psiquiatras, ginecologistas e profissionais da segurança pública, como peritos e policiais civis. Este segmento realiza a escuta especializada, registra a ocorrência, prepara as perícias médico-legais clínicas e psíquicas, faz a notificação ao Conselho Tutelar e ao Ministério Público e agiliza os atendimentos emergenciais e encaminhamento ao tratamento terapêutico a ser realizado pela rede pública de atendimento na cidade da vítima (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2019, p. 17).

Em municípios que não detêm o CRAI ou outro parecido, é indicado que se encarregue outros órgãos para prestarem os atendimentos equivalentes, inclusive aos sábados, domingos e feriados, ou seja, horário ininterrupto. Os profissionais não precisam estar no local, entretanto, caso sejam provocados em decorrência de violação de direitos, ou melhor, no caso de violência sexual, deverão se deslocar até o equipamento responsável, a fim de prestar atendimentos necessários, à vítima (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2019).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência sexual não é um fenômeno atual. Na mitologia grega a Medusa foi estuprada e responsabilizada pelo crime. Além disso, não há somente uma forma desse fenômeno ser perpetrado. Embora não há um único gênero a ser vítima da violência sexual as meninas é o alvo preferido, crime este ocasionado pelo sexo masculino, mais que não isenta o feminino de ser (co) autora.



Dentre os autores da violência sexual estão os que detêm vínculo afetivo com crianças e adolescentes, que utilizam de estratégias e táticas para colocar em prática tal crime, o qual pode ser com ou sem toque. Há outros autores de violência sexual que não desfrutam de laços afetivos com a vítima, mas que a falta de contato não dificulta que o crime seja praticado. Não é desnecessário trazer à tona que crianças e adolescentes são selecionados e recrutados para serem inseridos no mercado da exploração sexual, portanto há ainda vítimas dessa modalidade de violência.

Com o objetivo de garantir os direitos de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência entrou em vigor a Lei Federal nº 13.431/2017, a qual dispõe acerca de procedimentos, políticas públicas, profissionais capacitados para prestar atendimento humanizado de modo a ofertar escuta especializada humanizada respeitando a idade e o desenvolvimento cognitivo de crianças e adolescentes.

À vista disso, não basta o profissional apenas relatar que foi executada a escuta especializada, que foi respeitado o desejo da criança de falar, que houve acolhimento e que brincou com a criança de forma lúdica para criar *rapport*, pois este procedimento vai além das práticas empíricas.

A escuta especializada é realizada por profissional habilitado, especializado, que passa por formação continuada, supervisão, que se utiliza de instrumentos metodológicos pautados em evidências científicas como, por exemplo, entrevista semiestruturada, avaliação de estado mental da criança no momento da intervenção, técnica de observação, o Guia de Entrevista Infantil e dentre outros.

Isto posto, tais instrumentos e procedimentos ao serem colocados em práticas darão consistência e fidedignidade no relato da vítima ou testemunha, afastando toda e qualquer possibilidade da anulação ou retificação, se é que isso seja possível, dos dados colhidos.

Especial cautela deve ser tomada em relação ao relato da criança, pois muitas vezes o profissional nomeado utiliza o termo “escuta especializada”, quando na verdade pode ser apenas uma escuta espontânea e, isto pode abrir portas para que haja a revitimização da criança em ter que relatar várias vezes o ocorrido, uma vez que não fora feita, de fato, a escuta especializada e, além do mais, o relato não se torna “completo”.

Desta forma, é mister que todos municípios se organizem, a fim de implementar políticas públicas e/ou reorganizem, para dispensar atendimentos e salvaguardar direitos infantojuvenis. Para isso, é importante que os municípios disponibilizem órgãos, profissionais,

capacitação e formação continuada, não somente para os profissionais que realizarão a escuta especializada, mas sim para todos os profissionais àqueles compõem o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente.

REFERÊNCIAS

ABRAPIA - **Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência** - Relatório Cumulativo relativo ao período de 1997/2003).

ANDRADE, C.J. & FONSECA, R.M. **Considerações sobre violência doméstica, gênero e o trabalho das equipes de saúde da família**. Revista da Escola de Enfermagem da USP, 42(3), 591-595, 2008.

BAÍIA, P. A., MAGALHÃES, C. M. C., & Veloso, M. M. X. **Caracterização do suporte materno na descoberta e revelação do abuso sexual infantil**. Temas em Psicologia, 22(4), 691-700. doi:10.9788/TP2014.4-02, 2014.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.431/2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.431%2C%20DE%20ABRIL%20DE%202017.&text=Estabelece%20o%20sistema%20de%20garantia,da%20Crian%C3%A7a%20e%20do%20Adolescente.

BRINO, R. de F.; GIUSTO, R. de O.; BANNWART, T. H. **Combatendo e Prevenindo os abusos e/ou maus-tratos contra crianças e adolescentes: O papel da escola**. São Carlos: Pedro & João, 2011.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Guia Prático Implementação da Política de Atendimento de Crianças e Adolescentes Vítimas ou Testemunhas de Violência**, Brasília, 2019.

COSTA, L., P., ROCHA, C., Jo., B., e CAVALCANTE, L., L., C. **Características biopsicossociais entre acusados de agressão sexual contra criança e adolescentes em contextos intra e extrafamiliar**. Trends in Psychology/ Temas em Psicologia, vol. 26, nº 1, 283-295, março 2018.

DIGIÁCOMO, M. J.; DIGIÁCOMO, E. Ministério Público do Estado do Paraná. **Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente e da Educação. Comentários à Lei nº 13.431/2017**. Curitiba, 2018.

Faleiros, E. T. S. (2004). A Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes no mercado do sexo. In: R. M. C. Libório & S. M. G. Sousa (Orgs.). **A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais (pp. 73-98)**. São Paulo: Casa do Psicólogo; Goiânia: Universidade Católica de Goiás.

GIL, A.C. **Como elaborar Projeto de Pesquisa**. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2002.

GUIMARÃES, S.; SOMA, S. **Escuta Especializada**. Ed. n. 1. Ribeirão Preto – SP, 2019.

KONRAD, M. R. **Medusa e a questão de gênero ou a punição por ser mulher**. Educação, Gestão e Sociedade: revista da faculdade Eça de Queirós, Ano 7, número 25, fevereiro de 2017. ISSN 21799636.

KURNIAWAN, D., & HIDAYATI, F. *Penyalahgunaan Seksual dengan Korban Anak-Anak (Studi Kualitatif Fenomenologi Terhadap Pelaku Penyalahgunaan Seksual dengan Korban Anak-Anak)*. Jurnal Empati, 6(1), 2017. pp.120- 127.

LEAL, M. L. P. **O impacto das ONGs no enfrentamento da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes no Brasil**. In: Mallak. L. S. & Vasconcelos. M.G. O.M. Compreendendo a violência sexual em uma perspectiva multidisciplinar. (p. 17 -36). Fundação Orsa Criança e Vida - Carapicuíba (SP), 2002.

MINAYO, M. C. S. **Violência e Saúde**. Ed. FIOCRUZ, Rio de Janeiro, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS: **Violência Sexual contra Criança e Adolescente: identificação e enfrentamento**. pág. 8 e 9, 2015.

NIZ, X. Medusa. *Minnesota: Capstone press*, 2005.

SANDERSON, C. **Abuso sexual em crianças: fortalecendo pais e professores para proteger crianças contra abusos sexuais e pedofilia**. São Paulo: M. Books do Brasil, 2005.

SANTOS, B. R., & IPPOLITO, R. **Guia escolar: Identificação de sinais de abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes**. Soropédica, RJ: Editora da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. 2011. Disponível em: <http://portaldoprofessor.mec.gov.br/storage/materiais/0000016936.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2021.

SERPA, M, G. F. J. **O conceito de exploração sexual e seus tenslonamentos: para além da dicotomia vitimização-exploração**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, 27 (1): e 49509, 2019.

TAQUETTE, S. R. **Mulher Adolescente/Jovem em situação de Violência: propostas de intervenção para o setor saúde módulo de auto-aprendizagem**. Brasília. 2007.

TAYLOR, A. Y., LAURO, G., SEGUNDO, M., & GREENE, M. E. (2015). **Ela vai no meu barco. Casamento na infância e adolescência no Brasil. Resultados de pesquisa de método misto**. Livro Rio de Janeiro, RJ: Instituto Promundo & Promundo, 2015. Disponível em: https://promundoglobal.org/wpcontent/uploads/2015/07/SheGoesWithMeInMyBoat_ChildAdolescentMarriageBrazil_PT_web.pdf **ACESSO EM: 28 ABR 2020**.

UNITED NATIONS CHILDRENS'S FUND [UNICEF]. *A familiar face: Violence in the lives of children and adolescents*. UNICEF: New York, 2017. Disponível em: https://www.unicef.org/publications/files/Violence_in_the_lives_of_children_and_adolescent_s.pdf. Acesso em: 18 abril 2021.

VICENTE, A. R. **Violência sexual infantojuvenil em época da Covid-19: o silêncio camuflado**. Revista maxxí, ano VIII, Ed. 43, 2020.



WORD HEALTH ORGANIZATION (WHO). INSPIRE: Seven Strategies for Ending Violence Against Children. 2016.

WORLD VISION. It Takes a world to end violence against children. A PERFECT STORM: millions more children at risk of violence under lockdown and into the 'new normal'. p. 04-17. 2020.

WHO global consultation on violence and health, 1996 (4).

CAPÍTULO 6

O DIREITO AMBIENTAL ENTRE O CAMPO E AS PESSOAS: OS REFLEXOS DA PRODUÇÃO AGRÍCOLA CONTEMPORÂNEA DEPENDENTE DO USO DE AGROTÓXICOS

Anays Martins Finger, Mestranda em Direito, UFSM
Ana Cláudia Favarin Pinto, Mestranda em Direito, UFSM
Bruna Andrade Obaldia, Mestranda em Direito, UFSM

RESUMO

O presente trabalho busca investigar os reflexos experimentados pelo meio ambiente no que diz respeito ao uso de agrotóxicos em produções agrícolas, com enfoque na perspectiva ambientalista do direito. Com base nesse tema, o ensaio foi dividido em duas seções principais. Inicia-se pela compreensão da denominada Revolução Verde, focada em sua lógica economicista, e a relação que esta estabelece com a produção agrícola contemporânea. O segundo capítulo, por sua vez, gira em torno do estudo sobre os reflexos produzidos pelo uso de agrotóxicos em grande escala, em tempos atuais, sobretudo no que diz respeito à terra na qual os produtos são aplicados e à saúde dos trabalhadores que os manejam. Ante a isso, questiona-se: em que medida é possível estabelecer uma relação entre a utilização de agrotóxicos e problemas tanto nos solos aplicados, quanto na saúde dos trabalhadores que os manejam? Para solucionar a problemática levantada o estudo utiliza-se de uma abordagem fenomenológico-hermenêutica, enquanto negação do método como tradicionalmente concebido e espaço de acontecimento do ser. Ademais, é adotado o procedimento bibliográfico e a técnica de pesquisa de resumos e fichamentos do aporte bibliográfico trabalhado. Ao final do ensaio, é possível depreender que o amplo uso de produtos químicos no modelo agrário atual deságua em problemas na terra em que é utilizado, como acidificações e erosões decorrentes do grande impacto que proporcionam. Ademais, problemas também atingem os trabalhadores das atividades agrícolas que utilizam diretamente agrotóxicos nas suas produções, pelo alto nível de toxicidade a que são potencialmente expostos, o que denota a insuficiência da lei de agrotóxicos na tutela desse cenário; isso faz com que os agrotóxicos, além de problemáticos ao meio ambiente, sejam também um problema de saúde pública.

PALAVRAS-CHAVE: Agricultura. Agrotóxicos. Capitalismo. Meio Ambiente. Revolução Verde.

INTRODUÇÃO

Discutir sobre o meio ambiente, seus problemas, realidades e perspectivas é sempre relevante; todavia, em tempos atuais, a necessidade de abordagem dessas questões parece inflar ainda mais. Os crescentes dados de desmatamento, incêndios florestais, extinção de fauna e flora e indevido uso do meio ambiente aterrorizam e denunciam uma triste realidade: a rica diversidade natural do nosso país está em risco.



Dentro dessa ampla gama de problemas enfrentados atualmente pelo Brasil encontra-se o uso de produtos químicos – agrotóxicos – em escala estratosférica às produções agrícolas, que, por conterem altos teores de toxicidade, incidem tal característica diretamente tanto no solo onde são empregados quanto na saúde dos trabalhadores envolvidos nesse processo, ocasionando, ato contínuo, problemas à saúde pública e também à contaminação ambiental.

Nesse sentido, o presente trabalho busca investigar os reflexos experimentados pelo meio ambiente no que diz respeito ao uso de agrotóxicos em produções agrícolas, com enfoque na perspectiva ambientalista do direito. Para que isso seja possível, o estudo foi dividido em dois objetivos específicos, que, ato contínuo, tornaram-se os dois capítulos do artigo. Inicia-se pela compreensão da denominada Revolução Verde, focada em sua lógica economicista/capitalista, e a relação que esta estabelece com a produção agrícola contemporânea. O segundo capítulo, por sua vez, gira em torno do estudo sobre os reflexos produzidos pelo uso de agrotóxicos em grande escala, em tempos atuais, sobretudo no que diz respeito à terra na qual os produtos são aplicados e à saúde dos trabalhadores que os manejam.

Ante a isso, a pesquisa questiona em que medida é possível estabelecer uma relação entre a utilização de agrotóxicos e problemas tanto nos solos aplicados, quanto na saúde dos trabalhadores que os manejam. A fim de solucionar a problemática levantada o ensaio utiliza-se de uma abordagem fenomenológico-hermenêutica, enquanto negação do método como tradicionalmente concebido e pleno espaço de acontecimento do ser. Ademais, é adotado o procedimento bibliográfico e a técnica de pesquisa de resumos e fichamentos do aporte bibliográfico trabalhado.

A LÓGICA ECONOMICISTA DA REVOLUÇÃO VERDE E SUA RELAÇÃO COM A PRODUÇÃO AGRÍCOLA CONTEMPORÂNEA

A agricultura sempre foi, em termos mais abrangentes, decisiva para a história da humanidade. Responsável por, inclusive, caracterizar civilizações, as práticas agrícolas são, historicamente, um dos grandes mecanismos de desenvolvimento dos povos e, por isso, também da sociedade; isso porque, além de funcionarem propriamente como alimento às pessoas, os frutos da agricultura também eram importantes à economia na medida em que também eram considerados moedas de negociação. Ocorre que, conforme as mudanças experimentadas pela sociedade, pela economia e/ou pela política no decorrer do tempo, a agricultura precisou de (re)formulações.



Notadamente no que diz respeito à realidade travada a partir da Segunda Guerra Mundial, principalmente entre as décadas de quarenta e cinquenta, o fantasma da fome assombrava vários países ao redor do globo, sobretudo os menos desenvolvidos. Desse modo, a denominada Revolução Verde surge com o intuito de proporcionar uma resposta à realidade aterrorizante que estava mundialmente posta.

Emergiu a necessidade de potencializar os frutos da lavoura; produzir mais frutos na mesma porção de solo já utilizada parecia ser uma das grandes soluções em potencial aos problemas relacionados à produção de grãos. Assim passou-se a pensar o campo – na perspectiva da agricultura – como, de fato, uma fábrica de alimentos. Para isso, a modernização precisou chegar às lavouras: a alta mecanização dos processos agrícolas e soluções artificiais a déficits naturais que comprometiam a safra – como irrigação às faltas de chuva – são apenas algumas das características desse processo.

Ademais, é nesse cenário que se observa o desenvolvimento de um modelo agrícola “[...] baseado na obtenção de lucros e no atendimento das necessidades do mercado mundial – enquanto perspectiva inserta no mundo capitalista que emergia a partir da metade do século XX” (TYBUSCH; MARTINS, 2016, p. 266). A agricultura contemporânea, que valoriza uma produção absolutamente capitalista, em gaudiosa escala, faz com que a busca por agentes químicos capazes de garantir a melhor colheita possível de seu plantio seja desenfreada.

Às vistas lucrativas, importa que o elemento final – a safra – seja recorde em produtividade; para que isso seja possível, é necessário que haja o controle de todos os fatores que podem prejudicar o resultado final pretendido: fungos, lagartas que se alimentam das plantas, percevejos etc. Além disso, há a fertilização artificial da terra, por meio de adubos químicos.

Com isso, pode-se dizer que o capitalismo agrário, que é realidade no país e no mundo, detém um caráter perigoso à “relação ao modo de apropriação/exploração/expropriação da natureza e da força de trabalho” (CARNEIRO et al, 2012, p.17). Isso porque, nessa perspectiva produtiva, o lucro é posto em objetivo máximo e fulcral para que a agricultura se desenvolva. Assim questões ambientais de toda sorte ficam à mercê da lucratividade sem escrúpulos.

Investigar a lógica economicista da Revolução Verde e sua relação com a produção agrícola contemporânea é imprescindível se quisermos compreender o atual cenário do meio ambiente. A intersecção entre sistema de produtividade capitalista, biodiversidade e agricultura traz muitas consequências. É sob essa ótica que Tybusch e Martins (2016, p. 270) alertam:



A revolução verde consiste em fenômeno capaz de desestruturar o modelo de prática agrícola construído pelo homem durante milênios, de forma que o agroecossistema passou a ter interferências de grande monta e extremamente prejudiciais para a agrobiodiversidade, cujo retorno caracteriza-se pela insurgência de preocupações quanto a possibilidade de insegurança alimentar, a diminuição da diversidade agrícola e o uso de agroquímicos que interferem negativamente na saúde humana, a destruição do meio ambiente como um todo, assim como a extinção de diversas espécies de plantas em virtude do desaparecimento de sementes criolas e a dependência crescente do agricultor no que tange as sementes, insumos e agroquímicos provenientes de grandes corporações.

O problema do modelo agrário da atualidade, diante de todo o exposto, não é somente o fato de que facilita a tendência à concentração fundiária e de capital, mas também – e, talvez, principalmente – a “[...] exigência elevada de capital que coloca, impede a própria democratização do modelo, além de diminuir sensivelmente a mão-de-obra empregada, e, também, a participação do trabalho na distribuição de renda nesse complexo produtivo como um todo” (PORTO-GONÇALVES, 2012, p. 280). Em síntese, sob a ótica de Zamberlam e Fronchet (2001, p. 13), a revolução verde é, basicamente, “[...] um jeito capitalista de dominar a agricultura.”

Certo é que diante desse cenário, os diversos modos de interação homem-natureza sofreriam modificações inerentes aos aspectos técnicos de exploração e aproveitamento dos recursos naturais cuja sofisticação pressupõe a otimização, assim como ao tratamento envidado à biodiversidade como um todo: sob a ótica do homem todo e qualquer recurso natural passa a ser visto como meio ou fim destinado à obtenção de lucros, enquanto matérias a serem subsumidas pelo mercado mundial, de uma forma ou de outra (TYBUSCH; MARTINS, 2016, p. 268).

O MEIO AMBIENTE COMO REFÉM: OS REFLEXOS DO USO INDISCRIMINADO DE AGROTÓXICOS NA SAÚDE DOS TRABALHADORES E NA TERRA

Após abordar o fenômeno da Revolução Verde, enquanto desencadeador e fomentador do processo produtivo agrícola atual, e suas características aplicadas à agricultura, é necessário investigar como esse cenário se desenvolve em sede de meio ambiente, notadamente no que tange aos reflexos do uso indiscriminado de produtos químicos – os agrotóxicos – na saúde dos trabalhadores que têm contato com tais produtos e na própria terra que os recebe.

Ainda que muito se fale sobre o tema e, além disso, seja possível imaginar uma identificação básica do termo, convém conceituar adequadamente o que são os agrotóxicos. De acordo com o entendimento de Silva (2013, p. 224) é possível entender agrotóxicos como substâncias, isoladas ou em processo de miscigenação, destinadas a “prevenir a ação ou destruir direta ou indiretamente insetos, ácaros, fungos, bactérias, roedores, nematoides, ervas daninhas

e outras formas de vegetal ou animal prejudiciais à lavoura, à pecuária, seus produtos e outras matérias-primas alimentares.”

Sob o aspecto jurídico do debate, insta salientar a Lei nº 7.802/89, reconhecida como a Lei de Agrotóxicos, que trata da pesquisa, dos processos produtivos, da comercialização em geral, da propaganda, da importação e exportação, da inspeção e da fiscalização de agrotóxicos, dentre outras coisas (BRASIL, 1989). Nela, o art. 2º, no seu inciso I, trata da conceituação do tema. Assim está disposto:

I - agrotóxicos e afins:

- a) os produtos e os agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas e também de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos;
- b) substâncias e produtos, empregados como desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores de crescimento; (BRASIL, 1989).

De posse dessas conceituações – de modo mais amplo e também no setor jurídico, convém investigar a relação entre o amplo uso desses produtos e a Revolução Verde, que foi, por sua vez, abordada no primeiro capítulo desse trabalho.

Tal relação pode ser entendida, na medida em que o “ agrotóxico é uma expressão de seu [da Revolução Verde] potencial morbígeno e mortífero, que transforma os recursos públicos e os bens naturais em janelas de negócios.” (CARNEIRO et al, 2012, p.17). Obviamente, quando utilizados, os agrotóxicos contaminam toda a cadeia produtiva; do solo ao consumidor final. Todavia há que se ter em mente que, como toda substância tóxica, sua capacidade danosa é diretamente proporcional à quantidade de concentração do produto.

Destarte, pode-se dizer que, em níveis de toxicidade, os venenos agrícolas parecem estar mais concentrados no momento da sua aplicação às lavouras. Diante disso, os agentes mais expostos – e, ato contínuo, mais afetados – são o próprio solo em que o produto é aplicado e os trabalhadores rurais envolvidos nesse processo de aplicação.

Isso leva a entender que os agrotóxicos são altamente responsáveis por problemas experimentados pela terra – como acidificações e erosões – e pelo ser humano a eles exposto, com problemas de saúde desencadeados pelo alto nível de toxicidade a que são expostos.

Dentre os vários impactos dessa cadeia produtiva, os de maior relevância para a saúde e ambiente são as poluições e intoxicações agudas e crônicas relacionadas aos agrotóxicos. Neste processo agroquímico dependente, os fazendeiros contaminam de modo intencional a lavoura, o produto, o ambiente, os trabalhadores rurais e a população do entorno, com o objetivo de atingir o alvo, ou seja, as “pragas” da lavoura (inseto, fungo ou erva daninha). Trata-se de um processo crítico para a saúde-ambiente



e que pode ser definido como poluição intencional por agrotóxicos e não como acidente ou “deriva” que culpabiliza o clima ou o pulverizador. (PIGNATI et.al., 2011, p. 66)

Em posse das ideias de Agne Tybusch e Mambrin (2016, p. 07), há que “os agrotóxicos são considerados extremamente relevantes no modelo de desenvolvimento da agricultura no País.” Isso acontece de tal modo que, sem exitar, é possível afirmar que o pleno desenvolvimento da agricultura mundial, nos moldes em que se encontra e visando alcançar objetivos que traça, não é capaz de se concretizar sem a utilização de agrotóxicos.

Se essa é a realidade posta no mundo, convém assinalar que no âmbito agrário brasileiro não é diferente. Diante disso, Baptista e Mantelli (2018) colocam, de modo a corroborar com essa relação, que “o Brasil é o maior mercado consumidor de agrotóxicos do mundo, ultrapassando a marca de um milhão de toneladas por ano, o que equivale a um consumo médio de 5,2 kg de veneno agrícola por habitante”. Com isso, observa-se que a realidade da agricultura contemporânea é preocupante.

Ainda nessa perspectiva, imperioso salientar o problema sob a ótica dos recursos hídricos. De importância fundamental à agricultura, inegavelmente tornam-se outro ponto acometido por essa realidade. Andrades e Ganimi (2007 p. 51) referem que “o processo de infiltração das águas das chuvas carrega parte destes elementos tóxicos, outra parte vai ser despejada diretamente nos rios, de onde são retiradas as águas para consumo do rebanho, da família, da cidade etc.”.

O vínculo estabelecido entre o ser humano e a natureza no tocante à agricultura e seus desdobramentos, “[...] vem sofrendo grandes mutações extremamente negativas que desencadearão cedo ou tarde, prejuízos irrefutáveis e irreparáveis para a biodiversidade como um todo e por consequência, para a espécie humana” (TYBUSCH; MARTINS, 2016, p. 272).

A título exemplificativo, dentro dessa ampla gama de problemas enfrentados pelo meio ambiente no seu contexto mais geral quanto a maneira de se fazer agricultura na contemporaneidade, vale destacar a questão da segurança alimentar. “A produção de alimentos se coloca [...] como um risco num setor da atividade humana cujo objetivo era exatamente o da segurança alimentar” (PORTO-GONÇALVES, 2012, p. 280). A modernização da agricultura, que veio sob o argumento central de proporcionar às pessoas maior segurança no consumo de seus alimentos, vai de encontro aos seus ideais primários.

Os reflexos maléficos dessa realidade respingam no mais importante disso tudo: no meio ambiente, nas pessoas, na diversidade. Enquanto não for (re)pensado o modelo produtivo



agrícola atual, o mundo seguirá padecendo com esses problemas ambientais. Consoante às ideias de Vandana Shiva (2003, p. 91), “a diversidade não será preservada enquanto a lógica da produção não for transformada.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do estudo foi possível perceber que, ao longo da história, a maneira de se fazer agricultura foi objeto de inúmeras transformações. Conforme as necessidades produtivas de cada quadra histórica é que se modelava a produção agrária e seus desdobramentos.

Diante dessa realidade, o período temporal situado na Segunda Guerra Mundial foi responsável por inserir um novo cenário na agricultura. A denominada Revolução Verde trouxe consigo uma mudança de paradigma no que tange ao modo de se fazer agricultura em grande parte do mundo. A mecanização das técnicas agrícolas se expandiu, bem como a percepção capitalista dessa seara, o que acarretou o ponto característico mais relevante – e nocivo – dessa realidade: a utilização massiva de agrotóxicos.

A ampla gama de produtos químicos criados com a finalidade de conter toda e qualquer interação que pudesse se demonstrar danosa à colheita da prática agrária foi, em ato contínuo, usada em proporções gigantescas. Os agrotóxicos, como a própria nomenclatura sugere, concentram, em si, altos níveis de toxicidade de seus componentes, o que traz sérias preocupações no que tange à sua utilização.

Com base nessa realidade, a aplicação desses produtos em ampla escala na agricultura tem – graves – consequências. Desde o solo no qual o plantio é realizado e, por conseguinte, as aplicações de agrotóxicos são realizadas, passando por um problema de (in)segurança alimentar no que diz respeito ao produto final que chega às mesas dos consumidores, até os trabalhadores que manejam esses químicos, há afetação.

A essência dos agrotóxicos – e, pois, de toda a ideia capitalista que permeia as perspectivas da Revolução Verde –, então, está estreitamente interligada com diversos problemas que vêm sendo enfrentados pelo meio ambiente. Dos problemas da terra à saúde pública, o planeta sofre as consequências de uma produção que visa o lucro antes de tudo.

Nesse sentido, a fim de solucionar a problemática levantada no início da pesquisa, depreende-se que é possível estabelecer uma relação entre a utilização de agrotóxicos e problemas tanto nos solos aplicados, quanto na saúde dos trabalhadores que os manejam na

medida em que o amplo uso de produtos químicos no modelo agrário atual deságua em problemas na terra em que é utilizado, como acidificações e erosões decorrentes do grande impacto que proporcionam.

Ademais, problemas também atingem os trabalhadores das atividades agrícolas que utilizam diretamente agrotóxicos nas suas produções, pelo alto nível de toxicidade a que são potencialmente expostos; isso faz com que os agrotóxicos, além de problemáticos ao meio ambiente, são também um problema de saúde pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADES, Thiago Oliveira de; GANIMI, Rosângela Nasser. Revolução verde e a apropriação capitalista. CES Revista, v. 21, Juiz de Fora, 2007. Disponível em: HTTPS://WWW.CESJF.BR/REVISTAS/CESREVISTA/EDICOES/2007/REVOLUCAO_VERDE.PDF. Acesso em 24 out. 2020.

AGNE TYBUSCH, Francielle Benini; MAMBRIN, Renata Baptista. Os grãos da discórdia e o risco à mesa: Contextualização da temática do direito a segurança alimentar no Brasil. Derecho y Cambio Social, v. 45, 2016. Disponível em: HTTPS://WWW.DERECHOYCAMBIOSOCIAL.COM/REVISTA045/OS_GRAOS_DA_DISCORDIA.PDF. Acesso em: 26 out. 2020.

BAPTISTA, Camila Oliveira; MANTELLI, Jussara. A produção de alimentos de base agroecológica no município do Rio Grande – RS. Revista Eletrônica de Diálogo e Divulgação em Geografia. n. 8, vol. 1, 2018. Disponível em <HTTPS://WWW.GEOGRAFIA.BLOG.BR/GEODIALOGOS/>. Acesso em 26 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Disponível em: HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L7802.HTM. Acesso em: 10 nov. 2020.

CARNEIRO, Fernando. et al. Dossiê ABRASCO: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. ABRASCO: Rio de Janeiro, 2012.

PIGNATI, Wanderlei. et al. O agronegócio e os impactos dos agrotóxicos na saúde e ambiente: produtividade ou caso grave de saúde pública? In: Merlino, Tatiana; Mendonça, Maria Luisa. (Org.). Direitos Humanos no Brasil 2011: Relatório. São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2011.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. A globalização da natureza a e natureza da globalização. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.



SHIVA, Vandana. Monoculturas da mente: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia. São Paulo: Gaia, 2003.

SILVA, José Affonso da. Direito Ambiental Constitucional, 10.ed., atualizada, São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2013.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; MARTINS, Evilhane Jum. Revolução verde em ação versus revolução agroecológica em construção: os direitos da agrobiodiversidade e os caminhos para a sustentabilidade. Anais do XXV Encontro Nacional do CONPEDI: Direito e sustentabilidade II. Organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Cleide Calgaro, Elcio Nacur Rezende. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: [HTTP://CONPEDI.DANILOLR.INFO/PUBLICACOES/Y0II48H0/DZOQ9F77/UEGB6C0VWF48 DB9T.PDF](http://CONPEDI.DANILOLR.INFO/PUBLICACOES/Y0II48H0/DZOQ9F77/UEGB6C0VWF48DB9T.PDF). Acesso em: 29 out. 2020.

ZAMBERLAN, Jurandir; FRONCHETI, Alceu. Agricultura ecológica: preservação do pequeno agricultor e o meio ambiente. Petrópolis: Vozes, 2001.

CAPÍTULO 7

TEORIAS CRIMINOLÓGICAS NA CONSTRUÇÃO DO COMPORTAMENTO DESVIANTE: CONSIDERAÇÕES ACERCA DE UMA POSSÍVEL GEOGRAFIA DA VIOLÊNCIA

Isabôhr Mizza Veloso Dos Santos, Cientista social pela UMESP. Bacharelada em Direito pela UEMG. Doutoranda em Geografia pelo IG/UFU

RESUMO

O presente artigo analisa as teorias criminológicas clássicas para contribuir acerca da construção do comportamento humano desviante na organização e estrutura social, a partir da criminalidade e da violência urbana. Nos últimos anos, foi possível perceber que os órgãos de segurança pública e de defesa social, não vêm favorecendo a redução da violência. Nessa perspectiva, a análise da organização social do território muito contribui para a interpretação de possíveis fatores que influenciam as dinâmicas espaciais de crimes registrados nacionalmente e abordados neste artigo de forma mais genérica. A importância da geografia enquanto ciência na análise dá-se pelo acesso às informações censitárias do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) quando utilizadas, por meio do Sistema de Informações Geográficas (SIG), com o objetivo de evidenciar as eventuais correlações espaciais. Como resultado preliminar, destaca-se que existem reflexões importantes a partir da geografia da violência que demonstram altos índices de criminalidades, particularmente urbana, nos estados da região Sudeste do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Espaço urbano. Geografia. Teorias criminológicas. Violência

INTRODUÇÃO

As teorias criminológicas tendem a interpretar alguns dos aspectos a respeito do comportamento desviante. Destarte, isso se deu em função dos estudos e teorias da criminologia clássica e da sociologia criminal americana.

Foi a partir da escola positivista, que o crime era considerado um subproduto de patologia individual que necessitava ser combatido, em prol do bem das sociedades para contribuir para uma ideologia da defesa social como forma de política fundamental do sistema coercitivo.

Tais teorias criminológicas explicam as diferentes formas do comportamento humano desviante, dentre elas: a teoria da ecologia criminal, a teoria da associação diferencial, a teoria da anomia, a teoria das subculturas delinquentes, a teoria do *labelling approach* e a teoria crítica.



Pretendemos neste artigo, abordá-las de maneira breve para sustentar as nuances da construção do comportamento desviante em indivíduos criminosos. O método utilizado foi o da revisão bibliográfica aproximada sobre as temáticas, no alcance de retratar sobre a amplitude dos assuntos abordados.

O objetivo geral do artigo busca compreender acerca das teorias criminológicas a partir da construção do comportamento humano desviante analisado a partir da geografia ligada a violência no território dos estados da região sudeste.

Tem como objetivo específico evidenciar a importância da geografia enquanto campo de estudo para analisar tais fenômenos criminosos no espaço urbano. Torna-se necessário destacar que existe uma carência significativa de estudos que se proponham a reconstituir o processo de consolidação da geografia ligada a violência e ao crime, a partir de referenciais na criminologia ambiental e nas perspectivas sociológicas do crime que apostam no peso da dimensão espacial (principalmente da ecologia humana).

Este artigo, nesse aspecto, pretende traçar considerações teóricas acerca dessas teorias criminológicas em aproximação com uma possível geografia da violência, tendo em vista, a complexidade em entender e descrever os desdobramentos, desse mesmo processo no Brasil, o que torna a proposta inovadora, sobretudo, por estar ainda em curso na atualidade.

DISCUSSÃO:

TEORIAS CRIMINOLÓGICAS: UMA CONSTRUÇÃO DO COMPORTAMENTO DESVIANTE

Essa é a manifestação de um filho pródigo; rima em código, linguagem suburbana, viagem subumana, é lógico!

Não sou o próximo a jogar minha sorte para o destino. Isso é exatamente o que separa os homens dos meninos. (...), mas não me olha assim, cada qual tem o seu inferno astral que a si consome, sou só um garoto, Leone, as circunstâncias me fizeram homem.

SANT (O que separa os homens dos meninos, 2015).

O fragmento extraído da música do cantor de hip hop SANT (2015) nos aflora a compreender a respeito das vivências marginalizadas experimentadas por diferentes indivíduos em muitas cidades brasileiras.

Tais vivências nos remetem a compreender sobre as teorias criminológicas que sustentam o comportamento humano desviante e que representam as motivações pessoais ou coletivas a partir do cometimento de crimes e de ações ilegais no espaço urbano brasileiro.



Na seara do direito penal, por meio da conceituação analítica, entende-se por crime, uma ação e omissão humana, típica, antijurídica e culpável que remete ao modelo clássico de Gustav Radbruch⁷. Assim, se constitui crime uma conduta humana individualizada prevista pela legislação penal, de natureza antijurídica porque não possui uma causa de justificação, sendo imputável ao agente ou ao autor/a.

Desse modo, se o fato não é previsto em lei como crime, não há porque justificá-lo. O conceito de crime perpassa pela conduta (desde a ação, típica e antijurídica que formam o injusto penal) ao autor (a partir da culpabilidade no que se refere à reprovabilidade da conduta do agente). Portanto, sustenta a doutrina clássica que o:

Delito é uma conduta humana individualizada mediante dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável). (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p.340-341).

Essa conceituação clássica explica a definição dos fatos tipificados como crimes nas sociedades. Mas para compreender o comportamento desviante do ser humano a partir disto, torna-se necessário tratarmos da criminologia enquanto área de estudos e das teorias criminológicas que explicam alguns comportamentos desviantes e delituosos.

Segundo Nestor Penteado (2012) torna-se necessário conceituar sobre a criminologia, que vem do latim crimino (crime) e do grego logos (estudo, tratado), significando o “estudo do crime”. Todavia, a criminologia não estuda apenas o crime, e sim as circunstâncias sociais, a vítima, o criminoso, o prognóstico delitivo e as formas de comportamento desviante.

Na literatura acadêmica especializada na área de direito, da psicologia forense, de medicina legal, de criminalística e da sociologia criminal existem variadas teorias de diferentes autores, que abarcam as teorias criminológicas e o comportamento desviante. Torna-se impossível conseguir trazer todas à tona, por isso, nos detemos a compreender em especial, alguns modelos de teorias que tratam direta ou indiretamente o comportamento desviante do ser humano.

⁷ Teórico que integra a corrente de filósofos jusnaturalistas que compreendem que o direito deve estar fundamentado no justo e não somente numa mera adequação como sendo aquilo que a lei diz em determinado momento histórico. Radbruch sublinha a importância da segurança jurídica e preconiza bases para o populismo penal.



Conforme defende Nestor Penteado (2012) a partir dos estudos de personalidade correlacionados ao mundo do crime, as contribuições de Rousseau, sustentam que os seres humanos carregam um certo potencial, ligado ao aspecto da corrupção, que, agindo sobre outros indivíduos sujeitos à subordinação e corrupção, produzem um efeito em escalas corruptíveis. A constituição biotipológica, relativa às características da aparência física e de genética já foram defendidas por criminólogos clássicos como Cesare Lombroso, para explicar o comportamento criminoso e desviante. Tais teorias caem em desuso por falta de pesquisas científicas que comprovem tais hipóteses.

Segundo, Nestor Penteado (2012), a personalidade dos indivíduos tende a apresentar traços característicos, relativos a unidade e a identidade (sendo coeso e organizado); também da vitalidade (de um conjunto animado); da consciência (intra e da extrainformação do mundo) e das relações com o meio ambiente (dos limites do “eu” com o meio). Não existe uma personalidade normal, mas várias personalidades normais. Tais formas orientam a como devemos interpretar e perceber a amplitude dos variados tipos de personalidade e de comportamentos vivenciados em sociedade. Nesse sentido, torna-se bastante errôneo tratar em personalidades exclusivas entre desviantes e possíveis criminosos, Nestor Penteado acrescenta ainda que:

A criminalidade moderna, entretanto, levando em conta as execuções em escolas, a atuação de snipers, a ação de crianças-bombas, o tráfico de órgãos etc., exige o desenvolvimento de outros modelos criminais. Dessa forma, não estaríamos diante um conjunto de traços de personalidade determinantes de uma conduta criminosa, mas diante de uma ação delituosa resultante da interação entre determinados contextos e situações do meio, juntamente com um conjunto de processos cognitivos pessoais, afetivos e vivenciais, os quais acabariam por levar a pessoa a interpretar a situação de forma particular e a agir (criminosamente) de acordo com o sentido que lhe atribui. (...) advoga-se, sim, a existência de diferentes formas de organização e estruturação da personalidade, de diferentes maneiras de integrar os estímulos do meio e os processos psíquicos, e de diferentes maneiras de relação com o mundo exterior. Seguindo esse raciocínio, o criminoso, como qualquer pessoa, estabelece uma representação da realidade, desenvolve uma ordem de valores e significados, na qual a transgressão adquire determinado sentido e se torna, em dado momento de sua história de vida, uma modalidade de vida. (NESTOR PENTEADO, 2012, p. 207- 209).

Nesse sentido, alguns indivíduos têm traços de personalidade e características psicológicas muito específicas que contribuem diretamente para alcançar comportamentos desviantes num lapso temporal de impulso, que pode culminar em condutas delitivas e criminosas.

As teorias criminológicas tendem a interpretar alguns desses aspectos a respeito do comportamento desviante. Destarte, a partir dos estudos e teorias da criminologia clássica e da sociologia criminal americana e da escola positivista, que o crime era considerado um



subproduto de patologia individual que necessitava ser combatido em prol do bem das sociedades para contribuir para uma ideologia da defesa social como forma de política fundamental do sistema coercitivo. Dessa forma, essas teorias sociológicas da criminalidade percebem o modelo que se relaciona a alguns acontecimentos sociais a uma determinada teoria da sociedade para inserir as formas do agir do criminoso. (GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, 1999, p.645).

Algumas dessas teorias criminológicas explicam as diferentes formas do comportamento humano desviante, dentre elas: a teoria da ecologia criminal, a teoria da associação diferencial, a teoria da anomia, a teoria das subculturas delinquentes, a teoria do labelling approach e a teoria crítica. Pretendemos neste artigo, abordá-las de maneira breve para sustentar as nuances da construção do comportamento desviante em indivíduos criminosos.

A teoria da ecologia criminal conforme contribui Mannhein (1984) possui bases na Escola de Chicago e se especializou em compreender, conforme assevera Clifford Shaw (1942) sobre a delinquência como forma de desorganização social, considerada como uma patologia social. A teoria da ecologia (conceito oriundo da biologia) criminal identificava a diversidade sociocultural de áreas geográficas da cidade como sendo lócus de desorganização. Essa teoria defende que a mobilidade social existente nessas regiões, enfraquecia a relação do indivíduo com a sua família, através da socialização primária, diminuindo a coesão entre eles e consequentemente o controle social informal o que poderia desencadear numa conduta desviante.

De forma bastante sucinta, sobre a teoria da ecologia criminal, para Mannhein (1984) existia uma relação que se estabelecia entre as citadas áreas e a manifestação da criminalidade surgida a partir de estar perto do centro do círculo maiores os dos índices de crimes e atos ilícitos cometidos, conformando-se aí as áreas de criminalidade e de desorganização social. Na zona de desorganização social, eram mais perceptíveis a degradação da sua área física, de industrialização, do urbanismo, entre outros fatores, com taxas mais elevadas de ações criminais, do aumento do alcoolismo, dos problemas de prostituição e de áreas de drogadição, ou seja, da própria área relacionada com o crime e com a criminalidade e os comportamentos desviantes de seus frequentadores.

A teoria da ecologia criminal enfatiza acerca das condições de habitação e da superlotação, ligados aos fatores criminógenos no espaço urbano. Foi esta escola que compreendeu os fatores espaciais nas quais se inseriram novas políticas arquitetônicas e urbanísticas, como forma de combate aos atos criminosos enfatizados por Mannhein (1984).



Já a teoria da associação diferencial conforme Sutherland (1949) pressupõe que tal comportamento delituoso pode ser aprendido através dos mecanismos de interação e de comunicação nas relações sociais. A causa da criminalidade é a associação diferencial, mediante o contato excessivo com pessoas propensas para se cometer crimes. Esta teoria enfatiza o aprendizado criminal de forma pedagógica, tendo contato com outros indivíduos ou grupos.

No entanto, tal teoria para Sutherland (1949) não explicava a origem do crime e nem como um indivíduo que nunca teve contato com comportamentos desviantes pode optar por praticá-los. Essa teoria da associação diferencial falhou no aspecto de compreender o fenômeno criminal e suas noções de classe, bem como de compreender e analisar as formas de individualização das causas em se cometer um crime.

A teoria da anomia, por sua vez, foi desenvolvida por Émile Durkheim e posteriormente definida por Robert Merton, aplicando à realidade dos fatos da sociedade norte-americana. Para Durkheim, a lei serve para regulamentar as ações dos grupos que fazem parte das sociedades, é quando essa regulação se torna uma situação de anomia. Já para Merton, o indivíduo fica sem referência das regras a obedecer, constituindo-se uma situação de anomia. (FERRO, 2004, p. 99).

Em síntese, essa teoria compreende que o crime representa uma resposta aos diferentes graus de tensões e conflitos culturais e sociais. Possibilitando o surgimento da anomia e do comportamento desviante. Assim, como as outras teorias anteriores, não conseguiu abarcar todas as vicissitudes com relação ao fenômeno criminal, tendo lacunas a serem preenchidas sobre a interpretação da criminalidade a âmbito da sociologia (FERRO, 2004, p. 99-100).

Existe também a teoria das subculturas delinquentes, para Cohen (1958) perpassa pela noção sociológica a respeito da violência urbana perpetradas por jovens oriundos das áreas periféricas dos centros urbanos. Enfatiza, portanto, algumas explicações culturalistas dadas ao fenômeno da delinquência juvenil em sociedade. Assim, tal teoria tende a ver a prática subcultural dos jovens no espaço urbano, através da distribuição dos indivíduos em gangues subculturais, sendo constituídas por pessoas do sexo masculino, jovens, pertencentes às classes trabalhadoras.

Dessa forma, para Cohen (1958) a explicação para a prática criminal se relaciona com aquela parecida com a teoria da anomia mediante uma relação de compatibilidade. Nesse ponto, a teoria das subculturas delinquentes concluiu o ciclo de produção das teorias criminológicas



fundadas no modelo de consenso social, demonstrando-se não muito próximas das realidades contemporâneas das sociedades.

Outra teoria criminológica a ser mencionada, é a do *labelling approach* (teoria do etiquetamento) ligada à criminologia do conflito, que possui três níveis acerca do problema da definição da criminalidade, relativa a investigação do processo da conduta desviada, da atribuição do status de criminoso e do seu impacto na identidade do indivíduo desviante.

Nesse contexto, na evolução da criminologia, enquanto ciência, que antes se ocupava do crime e do delinquente, agora passou a ocupar, em seus objetos de estudo, do controle social.

Assim, a teoria do *labelling approach*, inicia seus estudos mediante as teorias da criminalização. Enfatiza que para se compreender o sentido social dos comportamentos, torna-se necessário entender as reações sociais que dele se originam. Para os teóricos que sustentam acerca do etiquetamento, é preciso analisar o processo por meio do qual se entende que o comportamento se torna desviante e como o criminoso reage porque:

A criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a ‘definição’ legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a ‘seleção’ que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tal conduta. (ANDRADE, 1986, p.280).

Em síntese, a teoria remete à concepção criminológica que faz crítica a realidade social, que é mediada pelo sistema penal (punitivo) e pela justiça criminal, tendo como foco, os processos de criminalização do delinquente/criminoso, resultando na sua vulnerabilidade para além da prisão, sendo capaz de (des) construir sua identidade, não respeitando assim os princípios basilares do direito penal. Essa teoria do *labelling approach* talvez seja a que mais compreende o comportamento humano desviante.

No contexto, a teoria crítica, na seara da criminologia, vem à tona trazer algumas contribuições. Para Juarez Santos (1981) ela faz uma análise materialista do crime e do seu sistema de controle social, sendo vinculada às estratégias da teoria científica e de prática política. (ARAÚJO, 2010, p. 80-84).

A teoria crítica entende que, o criminoso é um produto das relações sociais, sendo uma vítima do processo de rotulação que decorre do regime de poder instituído da época. Assim, as formas de ressocialização como função são atribuídas à pena. Bergalli (1997) nos aponta que a criminologia desta época, contribui para o alcance da atividade política, mediante a interpretação das condutas contrárias da ordem social, tendo como norte a denúncia das



instituições que não efetuam o controle democrático de suas ações da forma devida. (ARAÚJO, 2010, p.80-84).

As teorias criminológicas apresentadas ajudam a compreender sobre o comportamento humano desviante. Portanto, não representam nenhuma verdade absoluta sobre tais temáticas, mas contribuem de forma direta para começarmos a compreender a incidência de atos e ações delituosas manifestadas no espaço urbano das cidades.

O cometimento de ações tipificadas como crimes são manifestadas em diferentes áreas das cidades e podem ser analisadas mediante pesquisas que apontam os pontos quentes com relação aos índices de criminalidades. Nesse caso, de forma geográfica, é possível mapear tais áreas em cidades médias ou em grandes metrópoles.

As teorias criminológicas auxiliam para compreender como se dão as interpretações subjetivas acerca da construção do comportamento desviante de indivíduos criminosos.

Contudo, não mostram as motivações, os sentimentos, os problemas mais específicos com relação ao cometimento de atos ilícitos, mas provocam reflexões sobre tais cenários. Desse modo, torna-se bastante complexo mensurar o grau de periculosidade exato dos indivíduos envolvidos nas tramas dos crimes no espaço urbano.

DISCUSSÃO:

CONSIDERAÇÕES ACERCA DE UMA POSSÍVEL GEOGRAFIA DA VIOLÊNCIA

Os que ignoram as condições geográficas - montanhas e florestas - desfiladeiros perigosos, pântanos e lamaçais - não podem conduzir a marcha de um exército.
Sun Tzu (1983).

A ciência geográfica contemporânea é marcada pelos diferentes fenômenos sociais que atuam nas formas de metamorfose do espaço. Tal dimensão territorial das diferentes práticas humanas, bem como das organizações que compõem a sistemática do espaço geográfico, tornaram-se gradualmente incorporadas às inquietações epistemológicas da Geografia. Como bem presentes na passagem pensada por Sun Tzu (1983).

Cabe pontuar que o crime promove interferências na constituição do espaço, sofrendo por sua vez, influências deste. É inegável que seja um fenômeno de interesse geográfico, transformando paisagens e comportamentos, além de gerar vítimas diretas e indiretas, através dos sentimentos de medo e insegurança na sociedade. Dentre as várias modalidades criminosas, o tráfico de drogas é uma das mais influentes na modelagem do espaço. Porque territorializa os



grupos de indivíduos, estabelecendo uma sociabilidade extremamente violenta, uma vez que o mesmo se encontra, estando vinculado a outras formas de crime, sobretudo as de natureza violenta, como o roubo, o homicídio, e o latrocínio. (DINIZ, 2003; BATELLA, DINIZ, 2010).

A violência urbana² não é apenas um fenômeno isolado, visto que a urbanização desordenada, a privatização ou esvaziamento dos espaços públicos e a segregação socioespacial, por exemplo, nos ajudam a compreender melhor as atividades informais e ilegais, violentas ou não, que atuam na composição da percepção desta violência.

As transformações no mundo do trabalho decorrentes do processo de internacionalização da economia, promoveram também o desemprego acelerado. Sem mencionar o novo estilo de vida que nos foi imposto, transformando as sociedades, principalmente os ocidentais, numa sociedade de consumo. A informalização da urbanização é uma resposta direta das populações carentes à própria globalização e às políticas de segurança, também na medida tomada dos seus meios. (PEDRAZZINI, 2006).

Dessa forma, torna-se oportuno salientar que a criminalidade promove o aparecimento do capital que se acumula de forma bem célere. A incidência de atos criminosos possui uma escala global, sendo percebida desde o cultivo de drogas em países subdesenvolvidos, até o seu consumo, sobretudo, nos países ocidentais, nos quais o produto fim atinge um alto valor no mercado ilegal³ também em meios digitais.

Nesse sentido, torna-se valioso evidenciar que a criminalidade de forma geral, se camufla através das ilegalidades das drogas e isso acarreta muitas consequências sociais: o crime, a violência, a corrupção, a marginalidade, além de taxas maiores de intoxicação por produtos químicos adulterantes dos entorpecentes.

² É a expressão que adotamos para designar ataques relativamente sérios à lei e à ordem pública em cidades, mediante também os índices de estatísticas oficiais do poder público, sobre os crimes de homicídio, roubo, furto, contra patrimônios, tráfico de drogas, estupro, que são tipificados pelo código penal brasileiro de 1940 e que contribuem notadamente através das representações midiáticas. Assim como pelas empresas de segurança privada, que têm interesse em acentuar a percepção da violência, já que a segurança representa o seu mercado de atuação. Assim, cria-se esse imaginário de que somente as poucas pessoas que sofreram violência testemunham a insegurança.

³ Inclusive utilizadas por meio da *Deep web* e *surface web*, por conter páginas com conteúdo ilegal, as mesmas páginas podem conter vírus, prejudicando a segurança do computador do usuário. Por ser criptografada e anônima, é muito usada por criminosos para disseminar conteúdos ilegais relativos a pedofilia, ao tráfico e venda de drogas, imagens relativas a prostituição. Em função da dificuldade de rastreamento dos sites, os *spiders* (aranhas) começam com uma lista de páginas de internet conhecidas e posteriormente disseminam diferentes conteúdos privados e ilegais



As penas oriundas da repressão às drogas são mais danosas que os efeitos destas em si. Vários países possuem experiências bem-sucedidas no âmbito da descriminalização ou legalização de drogas leves. Cada vez mais países adotam posturas liberais para driblar os danos causados pela ilegalidade das drogas.

Nesse sentido, em termos geográficos, para Machado (2007) uma das principais razões do sucesso das redes ilegais frente ao aparato repressivo do estado, está vinculada principalmente pela integração horizontal dessas redes, devido ao enorme risco que esse comércio ilegal oferece aos atores envolvidos, necessita-se de pontos de conexão (cidades) que servirão de verdadeiros corredores para o escoamento dos produtos ilegais e ainda pondera que:

Ao contrário das organizações legítimas, o negócio ilegal exige integrar a visão desde baixo, pelo motivo óbvio de estar sujeito a uma maior exposição ao risco no terreno. A exploração, e eventual êxito, dos negócios ilegais são fortemente dependentes de conexões locais, tendo em vista que operam com complexas e instáveis redes de informação. (MACHADO, 2007, p.176).

Essas redes de informação estão atreladas ao território, que por sua vez, representa uma categoria de análise na geografia que abarca a noção de construção e de (des) construção em diferentes escalas, que perpassa desde uma rua até a formação de um bloco de países, desde a escala local até a internacional, de modo que existem territórios com temporalidades diferentes a partir de uma discussão mais dialética.

Para Souza (2012), o território caracteriza-se por um espaço definido e delimitado por relações de poder, sendo então essencialmente um instrumento qualificado do exercício do próprio poder, protagonizado por um indivíduo ou por um grupo de indivíduos de diferentes segmentos sociais. A noção de território aparece como um resultado das relações sociais que materializam o espaço concreto, ou seja, das formas espaciais, as quais possuem um tempo de vida meramente indeterminado.

Ainda de acordo com Souza (2012), o território caracteriza-se por ser cíclico ou móvel. Trata-se de um território cíclico, tendo como exemplo, aquele da prostituição, em função da alternância do meio habitual, de uso diurno ou noturno de determinados espaços. Já o território móvel, caracteriza-se, por ser uma área com limites instáveis, de influência deslizando sobre o material, com relativa identidade, sendo esta mais funcional.

Assim, Souza (2012) enfatiza que outras territorialidades são mais definidas e possuem menor mobilidade, como por exemplo, é o caso de camelôs que se apropriam de espaços públicos, de praças durante parte do dia, que podem se deslocar para outras áreas em função de



conflitos com comerciantes locais e da polícia, ou seja, um conflito entre o trabalho formal versus o informal.

Um outro exemplo de territorialidade definida, ocorre quando em dias de feira livre, quando os feirantes armam seus bancos nas ruas em dias especificados pelo poder público, no qual se organiza para posteriormente se cobrar tributos dos feirantes, por parte do poder público instituído. O território também não é percebido de forma isolada, o espaço também pode ser atrelado às multiplicidades de uso do território conforme nos elucida Raffestin (1993) quando afirma que o espaço não tem valor de troca para os marxistas, e sim de uso apenas. Já o território é uma produção a partir do espaço e que envolve o trabalho.

Nesse sentido, no que tange ao caráter político a partir de território, a imagem territorial que é projetada pelo ator social e não representa a equivalência do território real, pois são diferentes, são aqueles territórios em disputa por exemplo. Assim, são três elementos que formam o sistema territorial, qual seja: a tessitura (repartição), os nós e as redes.

Para Raffestin (1993) as imagens territoriais representam a estrutura, que pode ser manipulada por um sistema de objetivos intencionais, que pode perpassar pelo Estado, empresas, aos atores sociais, os produtores de territórios.

Raffestin (1993) argumenta que a tessitura seria a área de exercício dos poderes ou de suas capacidades de alcance, bem como os pontos de malhas entre os nós territoriais e as redes representam a hierarquias dos pontos. Tanto as redes, tessituras e nós realçam o sistema territorial como produto e meio de produção essencialmente. O entendimento de Raffestin (1993) retoma o de Ratzel, que abarcava a noção de território, a partir das condições de trabalho e de existência da sociedade. Nesse sentido, a perda de território representava a decadência social e o seu progresso representava o aumento territorial.

A partir das críticas traçadas a Raffestin (1993), para Souza (1995), a concepção do território representa o substrato das relações sociais como um campo que soma forças, teias, redes, de relações sociais que definem as delimitações do espaço, marcado principalmente pelas relações de poder, em associação direta com o Estado nacional, sendo importante e necessário, analisar o território por escalas e das multiplicidades de poder que atuam num único território. São as redes que operacionalizam a articulação de dois ou mais territórios conforme nos apontam Castells (1999) e Dias (2005).

No entanto, para Brandão (2007) as mudanças que estão se operando nas temporalidades e espacialidades capitalista e na dinâmica societária em escala mundial apresentam uma série de



desafios para a análise da expressão espacial das densas e rápidas alterações socioeconômicas e políticas em curso.

Impõem-se o tratamento analítico rigoroso das relações dialéticas entre as complexas relações entre a fluidez e a mobilidade do capital e sua crescente faculdade de captar e reagir às diferenciações territoriais atreladas pois o:

Território, escalas e desenvolvimento são construtos sociais conflituosos— são produções humanas coletivas, dinâmicas, multidimensionais, contando com variados agentes e trajetórias históricas em disputa, em movimento processual em aberto. Está-se diante de um campo complexo de determinações: paradoxos, tendências e contra-arresto de tendências, um jogo de negações e reafirmações que envolve a enorme contradição dialética entre fixidez- fluidez do movimento concreto do capital e o uso que este faz do território em suas múltiplas e variadas escalas espaciais. (BRANDÃO, 2007, p. 166- 167).

O autor destaca ainda que há um tensionamento de forças, lógicas, mecanismos entre a volatilidade, hipermobilidade e fluidez; entre a flexibilidade do desenvolvimento, dos territórios e escalas espaciais, movimentos do capital em dado sítio (apegando-se, conjunturalmente, a um ambiente previamente construído) entre os processos de mobilidades e de re-territorializações.

Tais relações de poder espacialmente delimitadas que se instalam sobre parte da materialidade, isto é, da territorialidade, faz de qualquer território, um território na essência. Desta forma, conforme Souza (2012), todo espaço definido e delimitado por relações de poder é um território, seja desde o quarteirão frequentado por uma gangue de jovens, até mesmo um bloco constituído pelos países membros da Organização do Atlântico Norte (OTAN) por exemplo.

A geografia ligada a violência está ancorada na ideia de se compreender o comportamento humano mediante atos de transgressão/ criminosos em áreas ou pontos específicos dos bairros de uma dada cidade, conforme nos aponta Lira (2014, p.2) que o:

Crime, delitos, infrações, desvios ou qualquer tipo de comportamento humano que possa ser caracterizado como transgressão são eventos que de alguma forma, com maior ou menor intensidade, violam normas sociais ou regras legais - instituídas por leis. Em suma, são eventos que além de motivar e demandar explicações sobre porque acontecem, requerem ou mesmo exigem intervenções coercitivas e punitivas por parte do Estado, mas também políticas públicas e ações da sociedade voltadas para a prevenção primária (avanços no campo da educação, saúde, assistência social, habitação e outras áreas), prevenção secundária (intervenções no desenho arquitetônico e urbanístico, ordenamento territorial, implantação de sistema de vídeo-monitoramento nas ruas e imóveis, policiamento ostensivo, entre outros) e prevenção terciária (programas de diminuição de reincidência criminal e ressocialização de internos do sistema prisional).

Esse fragmento de Lira (2014) reforça a importância da geografia para estudar estes fenômenos no espaço urbano das cidades, a partir dos três níveis de prevenção destacados. O componente atual geográfico abarca o rol desses objetos de estudos para se aprofundar em



pesquisas de cunho social e conhecer determinadas realidades e submundos criminais vivenciados por parte das populações locais.

METODOLOGIA E RESULTADOS

As geotecnologias ligadas ao sistema de informações geográficas (SIG) e aos variados sistemas de coordenadas geográficas, bem como das técnicas de geoprocessamento, nos mostra as manchas quentes nas diferentes formas de mapeamento de áreas com a incidência de crimes manifestados, propiciando uma análise espacial e criminal bastante integradas, bem como de pesquisas e relatórios do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Também dos estudos qualitativos voltados às relações de sociabilidade no que tange ao crime, a violência e a insegurança. A geografia enquanto ciência contribui diretamente para compreendermos a espacialidade dos variados tipos de modalidades criminais distribuídos, através das violências urbanas e também no espaço rural, através das violências no/do campo.

Por isso a importância de se conhecer as teorias criminológicas que abrangem parte das explicações acerca do comportamento humano desviante, necessitam ser interpretados mediante uma lógica para além das complexas relações deste em grupos sociais e em ambientes específicos. As causas sociais, econômicas e políticas estão imbricadas no aumento dos atos e ações violentos distribuídos no espaço urbano.

Portanto, no que tange, ao controle do comportamento desviante, deve combinar-se a um conjunto de ações preventivas e repressivas. Tendo em vista que o objetivo de qualquer sociedade civilizada é o de diminuir o número de crimes indesejáveis, a exemplo dos homicídios, roubos, furtos, redes de tráfico de drogas, estupros, os crimes mais violentos, que comprometem a segurança de cidadãos/as e da sociedade no geral, torna-se imprescindível promover, iniciativas nas áreas da proteção social, da segurança pública e relativo ao sistema de justiça criminal. (LIRA, 2014, p.2-3).

Nesse contexto, Veyret (2007) elucida com propriedade sobre as áreas dos principais riscos inerentes a ação do homem como agressor e vítima do meio ambiente existentes no espaço geográfico atual e retrata de forma contextualizada sobre o quanto os processos de globalização estão imbricados nessas relações atuais de danos ao meio ambiente por parte de toda humanidade.

Dessa maneira, a autora defende que a geografia atual em muito se preocupa com os riscos perceptíveis no espaço e no território, a partir de uma dimensão espacial, social e política. Veyret (2007) compreende que as políticas geram riscos socioeconômicos de toda ordem, desde



os riscos naturais e ambientais até mesmo os sociais relativos as migrações e às manifestações de violência e da insegurança. Veyret (2007) pontua sobre os riscos industriais e tecnológicos a partir de explosões, vazamentos. A grande contribuição, porém, é quando enfatiza acerca dos riscos econômicos, geopolíticos e sociais presentes na sociedade contemporânea. Explicita com ênfase sobre o sentimento de insegurança presentes em diferentes cidades, o medo do crime, da violência urbana, do uso de drogas, das migrações, a partir dos efeitos da globalização, e dos alcances de risco à saúde que nos permeiam com os riscos alimentares e dos problemas dos vícios e as valiosas contribuições por parte da geografia da saúde ao investigar estas problemáticas sociais e espaciais.

No Brasil, existem variados tipos de territórios em riscos, tanto ambientais quanto sociais. Nos deteremos, a trazer dados e informações da incidência da violência, numa escala a nível da região sudeste mediante análises do Atlas da Violência de (2020) acerca dos quatro estados. Desse modo, o conjunto de estados da região sudeste vivenciam muitos conflitos armados, através das operações policiais em confronto com traficantes e criminosos, sobretudo nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo.

Nesse contexto, a tabela 1 retrata sobre as taxas e números de homicídios na região Sudeste durante os anos de 2008-2018, em porcentagem de variação por unidade federativa. Segundo o Atlas da Violência (2020) apesar de, em 2018, ter tido melhora nos índices de mortalidade violenta juvenil, os últimos dez anos ainda representou um período de aumento na taxa de homicídios de jovens.

Entre os anos de 2008 a 2018, a taxa no país aumentou 13,3%, passando de 53,3 homicídios a cada 100 mil jovens para 60,4. Entre 2017 e 2018, contudo, apenas três estados tiveram acréscimo na taxa de homicídios de jovens, trazidos no relatório do Atlas da Violência, que foram Roraima (+119,8%), Amapá (+15,5%) e Rio de Janeiro (+4,2%). Isso retrata que a queda da taxa nacional é consistente, advinda de uma melhora na situação na maior parte dos estados do país. Os decréscimos mais expressivos ocorreram em Pernambuco (-28,3%), Espírito Santo (-27%) e Minas Gerais (-26,2%). (FBSP; IPEA, 2020, p.21).

No caso da tabela 1 adaptada, uma análise a ser percebida, é sobre as taxas e os números, que revelam decréscimos nos estados do Espírito Santo (-48,0%; -40,2%; - 44,5%), de Minas Gerais (-18,2%; -13,3%; -26,2 %) e de São Paulo (-47,0%; -41,1%; -

50,4%) das taxas e números violentos de criminalidade da região envolvendo homicídios. Somente o estado do Rio de Janeiro que sofreu acréscimo nos números violentos envolvendo o crime de homicídio (5,5%; 14,0; %, 20,4 %) conforme evidenciados na tabela 1:

Tabela 1- Taxas e números de homicídios na região Sudeste (2008-2018)

UF	Taxa de homicídios por 100 mil habitantes, por UF (2008-2018)	Número de homicídios, por UF (2008-2018) (%)	Número de homicídios na faixa etária de 15 a 29 anos de idade, por UF
	(%)		(2008-2018) (%)
Espírito Santo	-48,0	-40,2	-44,5
Minas Gerais	-18,2	-13,3	-26,2
São Paulo	-47,0	-41,1	-50,4
Rio de Janeiro	5,5	14,0	20,4

Fonte: Atlas da Violência (2020) e adaptado pela autora.

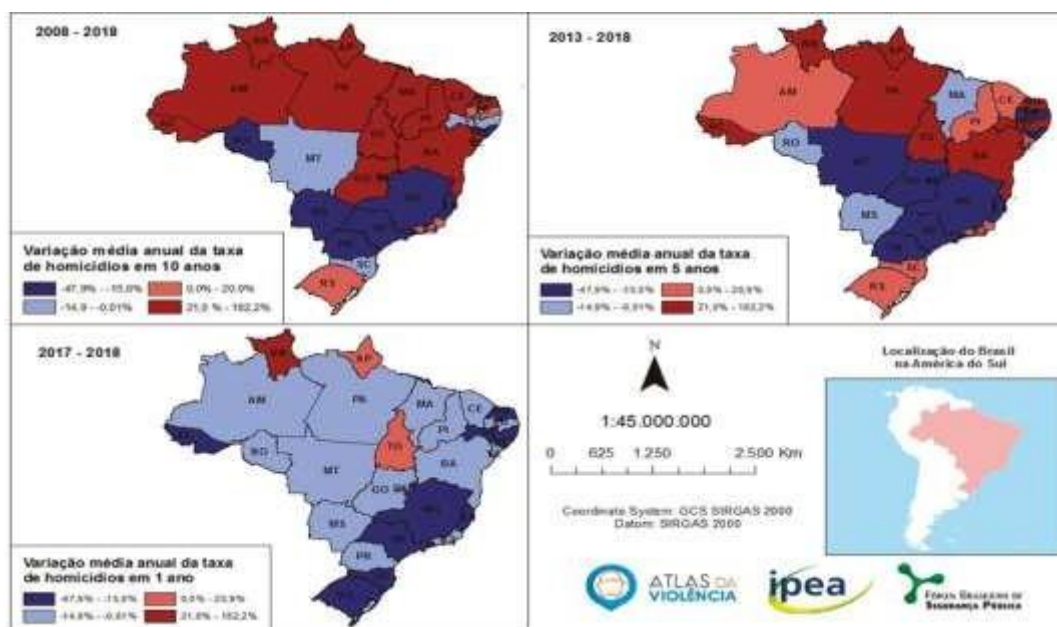
Essa análise da diferenciação de taxas, exposta na tabela 1, é percebida, no mapa nacional com a variação nas taxas de homicídios por unidade federativa, nos últimos dez anos, nos últimos cinco anos e um ano, demonstrando então, a visualização do componente geográfico para mapear tais informações em todas as regiões brasileiras e nos vinte e sete estados e apresenta esse movimento, destacando a variação média anual da taxa de homicídios em diferentes intervalos. (FBSP; IPEA, 2020, p. 21).

O mapa 1 retrata à variação das taxas entre 2017 e 2018, enquanto as 24 UFs apresentaram diminuição nesse indicador, dois estados sofreram aumento inferior a 10%, observando-se aumento substancial dos homicídios no estado de Roraima (bem acima de 51,0%). É preciso considerar também sobre a crise econômica e social vivenciada na Venezuela em 2018, quando a taxa de homicídios atingiu 81,0 por 100 mil habitantes, contribuindo para que as condições adversas na Venezuela pressionassem as condições sociais e a prevalência de crimes em Roraima em território brasileiro, não apenas pela intensa migração, mas também pelo tráfico entre as fronteiras relativizado num processo que já acontecia desde anos anteriores (FBSP; IPEA, 2020, p. 16-17).

Vale destacar que seis UFs apresentaram uma redução de mais de 20% em relação ao ano anterior, simultaneamente em que houve um decréscimo de 12,0% na taxa de homicídios agregados no país, entre 2017 e 2018, verificando-se a continuidade de um processo gradual de redução de homicídios em um grande conjunto de UFs, que já estava em curso em anos anteriores (FBSP; IPEA, 2020, p. 16).

O mapa 1 mostra o número de UFs que, em relação ao ano de 2018, obtiveram redução nas taxas de homicídio, num lapso temporal de dez anos (entre 2008 e 2018) a um ano (entre 2017 e 2018) verifica-se uma clara tendência crescente, a partir de 2011, em que mais unidades federativas assistem a uma redução nas suas taxas de homicídios. (FBSP; IPEA, 2020, p. 16):

Mapa 1: Brasil - variação nas taxas de homicídios por UF nos últimos dez anos, cinco anos e um ano



Fontes: Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica/IBGE e SIM/MS. Elaboração: Diest/Ipea e FBSP (2020)

Obs.: O número de homicídios na UF de residência foi obtido pela soma dos CIDs 10 X85-Y09 e Y35- Y36, ou seja: óbitos causados por agressão mais intervenção legal.

Dessa forma, o mapa 1 enfatiza que em 2018, entre as UFs com menores taxas de homicídio, tínhamos São Paulo, Santa Catarina e Minas Gerais. Já os indicadores de São Paulo precisam ser analisados com cautela, uma vez que, o número de óbitos violentos por causa indeterminada em São Paulo é superior ao número de homicídios registrados, fato incomum, que causa grande preocupação e análises contraditórias entre os pesquisadores. (FBSP; IPEA, 2020, p. 16). Na região sudeste do Brasil por exemplo, nos estados existe em torno de 1.018 comunidades periféricas. Nas quais geralmente a segurança está centrada na representatividade dos traficantes de drogas que dividem o controle dos bairros e a polícia só intervêm na entrada e na saída dessas comunidades ou em situações de riscos bastante específicas.

A tabela 2 retrata o panorama da região sudeste acerca dos números de vitimização e de letalidade policial entre os anos de 2019 e 2020, para compreendermos um aumento considerável, em relação aos números de policiais mortos e das pessoas mortas por policiais,

apesar dos dados das secretarias de segurança dos estados poderem apresentar subnotificações em função do complexo período vivenciado:

Tabela 2 - Panorama da região Sudeste de vitimização e letalidade policial (2019-2020)

UF	Número de policiais da ativa mortos no 1º semestre de 2019	Número de policiais da ativa mortos no 1º semestre de 2020	Número de pessoas mortas por policiais da ativa no 1º semestre de 2019	Número de pessoas mortas por policiais da ativa no 1º semestre de 2020
Espírito	0	0	22	23
Santo Minas	1	2	57	60
Gerais Rio de	19	24	885	775
Janeiro São Paulo	16	28	426	514

Fonte: Secretarias de Segurança Pública dos estados com base no monitor da violência e FBSP (2020) também adaptado pela autora.

Nesse sentido, o ano de 2020, em função da pandemia do Covid- 19, alguns estudos bastante recentes ligados ao monitor da violência, ao Núcleo de Violência da Universidade de São Paulo (USP) e ao Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) apontam que mesmo durante este período de quarentena nos estados brasileiros, houve um aumento do número de pessoas mortas pela polícia crescendo no país no primeiro semestre, bem como um aumento dos números de assassinatos de policiais civis e militares conforme a tabela 2 mostra.

Isso nos leva a crer que as intensificações de conflitos em nível nacional possuem fatores e causas mais profundas. Os confrontos entre as forças de segurança e as forças ilegais de facções criminosas operantes nos estados da região sudeste, evidenciam a geografia do crime que ocorrem nos espaços urbanos. A disputa de territórios por facções criminosas e forças ligadas às milícias⁴ existentes, diante das operações policiais legais instituídas, revelam que este é um fenômeno importante a ser compreendido mediante uma ótica antropológica, geográfica, sociológica e jurídica e que tentamos analisar neste artigo, conforme contribuições

⁴ Geralmente compostas por policiais, bombeiros, guardas municipais, vigilantes, agentes penitenciários e militares, fora de serviço ou na ativa. Alguns milicianos são moradores das comunidades e contam com respaldo de políticos e lideranças comunitárias locais. Com a rápida expansão destes grupos, muitos traficantes e pessoas comuns foram cooptadas pelas milícias. As milícias atuais são formadas tanto por agentes de segurança pública (polícia civil, militar e forças armadas) além de criminosos cooptados por tais grupos de segurança pública, como pastores, advogados, ex-carcerários, traficantes locais. Nesse sentido, a milícia mais famosa o “Escritório do Crime”, ficou conhecida porque atuava tendo como principal atividade o assassinato sob encomenda.



da geografia do crime e das teorias criminológicas para entender a construção do comportamento desviante criminoso nos indivíduos.

A violência urbana é um problema gravoso, tendo em vista que muitos moradores, jovens, pessoas de diferentes idades morrem todos os dias e são vítimas de erros administrativos ou de ações violentas cotidianas que ocorrem em ruas, avenidas e bairros de diferentes estados no Brasil.

Cabe ressaltar, mais uma vez, a evidente importância de se compreender acerca das teorias criminológicas no intuito de alcançar as causas do comportamento desviante, numa sociedade capitalista, como é a brasileira, marcada por desigualdades sociais, de renda, de consumo e pela extrema pobreza. Parece necessário salientar que as repressões policiais e judiciais pouco alteram tal cenário de incertezas e desigualdades no Brasil.

Torna-se um imperativo categórico combater tais ilegalidades atacando os componentes sociais, políticos e econômicos que abarcam a manifestação das criminalidades diversas nos territórios em risco que são multiplicados por todas as regiões brasileiras. Essas reflexões que compõem a geografia ligada a violência no território, necessitam de maior luz para serem esclarecidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo, centrou-se em contribuir para análise sobre as teorias criminológicas na construção do comportamento desviante, a partir, de algumas reflexões que compõe a geografia do crime, percebida nos estados da região sudeste evidenciadas.

Todavia, a violência urbana nos aponta um substancial aumento das tendências e articulações criminosas em potencial. Sobretudo durante o período de quarentena no primeiro semestre do ano de 2020, nos estados da região sudeste, quanto em outros de diferentes regiões brasileiras, conforme demonstram os estudos científicos do Fórum Brasileiro de Segurança Pública e do Núcleo de Violência da Usp (2020).

Neste ano, aumentou os números de mortes de jovens e também de o falecimento de policiais em combate ou quando se encontravam à paisana (em folga). Torna-se necessário considerar as relações entre a violência urbana de maneira mais aprofundada, sendo preciso buscar as origens e os conteúdos das significações e das estigmatizações que pautam a produção dos territórios inseguros e visionados pelos grupos que operacionalizam o tráfico de drogas, o narcotráfico e pelas milícias atuantes nos estados da região sudeste.

As geografias ligadas a violência dos territórios nos estados da região sudeste, contribuem para a articulação das redes criminosas e ilegais operantes no Brasil e nos países que compõem a América Latina, no que tange ao aumento de criminalidade e da distribuição de drogas lícitas e ilícitas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 276287, abr./jun. 1996.

ARAUJO, Fernanda Carolina de. **A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas.** Dissertação de Mestrado em Direito, USP, São Paulo, 2010, pg.251.

BATELLA, W. B.; DINIZ, A. M. A. **Análise espacial dos condicionantes da criminalidade violenta no estado de Minas Gerais.** Sociedade & Natureza (UFU. Impresso), v. 22, p. 151-163, 2010.

BERGALLI, Roberto. **Crítica a la Criminologia: hacia una teoría crítica del control social en América Latina.** Bogotá: Temis, 1982.

BRANDÃO, Carlos. **Território e desenvolvimento: as múltiplas escalas entre o local e o global.** Campinas: Editora da Unicamp, 2007.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura Vol. 1 - O Poder da Identidade.** São Paulo, Ed. Paz e Terra, 1999.

COHEN, Albet K. **Delinquent boys.** Londres: Routledge & Kegan Paul, 1958. DURKHEIM, Émile. **El suicidio.** Tradução de Mariano Ruiz-Funes. Madri: Editorial Reus, 1928.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal.** Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Robert Merton e o funcionalismo.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. (Coleção Ciências Criminais, 11).

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopia, mito y eufenismo.** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madri, v. 32, n. 2, p. 645-700, mai.lago. 1999.

HAESBAERT, Rogério. **A desterritorialização: Entre as redes e os aglomerados de exclusão.** In: CASTRO, I. E., et. al, Geografia: Conceitos e temas. 5ª. Ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p. 165-206.

IPEA. **Atlas da Violência,** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2020.

LIRA, Pablo. **Análise espacial dos crimes violentos e da tipologia socioespacial da Região Metropolitana da Grande Vitória – RMGV.** VII Congresso Brasileiro de Geógrafos, Espírito Santo, 2014.

MANNHEIM, Hermann. **Criminologia Comparada**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984. v. 2.

MISSE, Michel. **Sobre o “conceito” de conflito social**. In: ROSA, F. A. de Miranda (Org.). **Direito e Conflito social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. p. 17-46.

PEDRAZZINI, Yves. **A violência das Cidades**; Tradução de Giselle Unti. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia** / Nestor Sampaio Penteado Filho. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

RAFFESTIN, Claude. **Por uma Geografia do Poder**. Tradução de Maria Cecília França. São Paulo (SP): Ática, 1993.

SANTOS, Milton. **A Urbanização Brasileira**. São Paulo: Edusp. 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. SILVA, Luiz Antônio Machado da. **Vida sob Cerco: A violência e rotina nas favelas do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.

SOUZA, Marcelo Lopes. **O território: sobre espaço e poder, autonomia e desenvolvimento**. In: CASTRO, I. E. (Orgs.). **Geografia: conceitos e temas**. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

SHAW, Clifford R; MCKAY, Henry D. **Juvenile Delinquency and urban areas**.

Chicago: University of Chicago, 1942.

SUTHERLAND, Edwin H. **Princípios de Criminologia**. Tradução de Asdrúbal Mendes Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins, 1949.

VEYRET, Y. (Org.) **Os Riscos – o Homem como agressor e vítima do meio ambiente**.

São Paulo: Contexto, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007, p.340-341):

ZALUAR, Alba M. **Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 1. 440p. 2004.

CAPÍTULO 8

DIRETRIZES LEGISLATIVAS E ESTRATÉGICAS PARA A ALFABETIZAÇÃO ECOLÓGICA NO BRASIL: A LEI Nº 9.795/99 E O ODS 4 DA AGENDA 2030 DA ONU EM DEBATE

Luiz Guilherme Carvalho, Acadêmico de Direito, UFMT/CUA
Rosana Gomes da Rosa, Mestra em Direito e Justiça Social, FURG

RESUMO

Os mais recentes estudos que abordam o Direito em aproximação à compreensão ecológica da vida em sua epistemologia holística e sistêmica, propõe uma necessária revolução ecojurídica a começar pela educação. Trata-se de uma abordagem que envolve todos os níveis de escolaridade, desde os mais básicos até os estágios mais avançados (multinível), em qualquer que seja a área do conhecimento. Diante disso, o artigo objetiva refletir as diretrizes legislativas nacionais e estratégias capazes de viabilizar a difusão do ideário ambiental, ecológico e sustentável na educação brasileira, enquanto avanço necessário na pauta socioambiental. O assunto constitui uma das metas do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 4 (ODS 4) da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU) enquanto uma estratégia no plano global tendente a assegurar a educação equitativa, inclusiva e de qualidade, sem deixar de lado a promoção de oportunidades de aprendizagem ao longo de toda a vida das pessoas. Em âmbito nacional, a abordagem está presente na própria Constituição Federal de 1988 (CF/88) e na Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA), instituída pela Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999. Tratam-se de importantes instrumentos no processo de mudança de paradigma por uma racionalidade ecológica e que devem, de forma urgente, fomentar o debate acerca das nuances epistêmicas da educação ecológica, da vida em sua compreensão sistêmica e das bases diretas para sua efetivação. Neste sentido, do ponto de vista de sua metodologia, a pesquisa tem finalidade básica, abordagem dedutiva e procedimento histórico e comparativo. As principais técnicas utilizadas no presente estudo é a bibliográfica e a exploratória, vez que há importante abordagem de textos publicados em revistas e livros correlatos à temática principal, bem como contundente consulta na legislação brasileira para compreensão da educação ambiental no visionário normativo. Busca-se responder o seguinte questionamento: como promover a alfabetização ecológica estrategicamente em todos os níveis de ensino com base na Agenda 2030 e de seu ODS 4, aliada à diretriz normativa da PNEA e respaldada na epistemologia ecológica da vida? Da análise realizada é possível observar que existe uma importante confluência entre a PNEA e as metas do ODS 4 da Agenda 2030 da ONU para o desenvolvimento ecológico-sustentável, constatação que pode servir de base para a alfabetização ecológica, para o avanço do debate ambiental e para a consciência ecológico-constitucional do povo brasileiro. Porém, faz-se urgente que o Estado brasileiro faça jus às suas responsabilidades e inclua em seus planejamentos de governo, qualquer que seja o ente federativo (União, Estado ou Município), caminhos sustentáveis e que permitam estimular possibilidades ecologicamente racionalizadas na educação em todos os níveis de forma específica ou interdisciplinar.

PALAVRAS-CHAVE: Ecoalfabetização. Ensino-aprendizagem. Política Nacional de Educação Ambiental. Revolução ecojurídica. Sustentabilidade.

INTRODUÇÃO

A educação no Brasil é um tema amplamente debatido por vários setores da sociedade. Cientistas, pesquisadores, professores e críticos estão em constante busca por reinventar metodologias de ensino-aprendizagem, na tentativa de se aproximarem ainda mais das novas perspectivas e realidades tanto do contexto local quanto do contexto global. Logo, para que haja mudança de paradigma que almeje maior justiça social, emancipação humana, efetivo exercício da cidadania, compreensão dos direitos humanos, inclusão, paz no mundo e sustentabilidade, faz-se imprescindível a compreensão da vida em sua totalidade, na sua vertente holística. É a partir desse olhar que se defende a alfabetização ecológica e sustentável na educação brasileira, que deve ser pautada por diretrizes normativas e estratégias consistentes para sua efetivação.

É certo que o descaso para com as questões socioambientais e o desinteresse em manter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, pelo bem da vida e da saúde dos seres vivos, resulta no fato de que o Estado brasileiro tem sido alvo de duras críticas em âmbito nacional e internacional. Neste sentido, diante das premissas trazidas pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), acerca da educação e do meio ambiente, considerando a Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA), instituída pela Lei nº 9.795/99, e tendo em vista também a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), a presente pesquisa objetiva refletir sobre as diretrizes legislativas nacionais e estratégicas em função da necessária alfabetização ecológica e sustentável em qualquer que seja o nível de ensino. Trata-se de uma radical oportunidade de desenvolver a racionalidade ecológica que questione, inclusive, o modelo econômico vigente e que seja capaz de abordar a vida em sua totalidade sistêmica.

O estudo tem a sua finalidade básica, já que procura instigar o debate direcionado para uma compreensão holística da realidade, sem a aplicação imediata dos resultados. A natureza é qualitativa, porque busca explicar e compreender um tema amplo, sendo imprescindível investigar o atual estágio dos dados da Agenda 2030 da ONU, adequados à realidade brasileira pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no quesito educação sustentável. O método é essencialmente dedutivo, porém sem o condão de limitar a reflexão, mas sim fomentá-la e angariar novas perspectivas sobre o tema. Por fim, a técnica de pesquisa utilizada é bibliográfica e exploratória, considerando a abordagem de textos publicados em revistas e livros, bem como contundente consulta na legislação brasileira para compreensão da educação ambiental no plano normativo.



A urgente mudança de paradigma direcionado a uma nova razão ecológica constitui significativo avanço na pauta sustentável. Assim, em um primeiro momento, o estudo apresenta a necessidade e importância de se instituir diretrizes teóricas e funcionais por uma educação ecológica em todos os níveis e espaços de ensino-aprendizagem. Além de abordar conceitos, demonstra-se a perfeita sintonia existente entre a “ecoalfabetização”, a CF/88 e, por conseguinte, a PNEA, no plano diretivo da legislação brasileira. Neste mesmo sentido, em um segundo momento, é abordado a relação entre a epistemologia da educação ecológica, as normas voltadas para a educação ambiental no Brasil e o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 4 (ODS 4) da Agenda 2030 da ONU nesse processo de institucionalização de estratégias possíveis para a alfabetização ecológica multinível, já que uma de suas metas é justamente aliar a educação à promoção do desenvolvimento sustentável por uma nova racionalidade ecologicamente necessária em um cenário de crise.

ECOALFABETIZAÇÃO NO BRASIL ENQUANTO ALTERNATIVA PARA A CONSCIÊNCIA AMBIENTAL

O debate acerca das questões ambientais e do desenvolvimento sustentável no Brasil tem por fundamento a urgente mudança de paradigma social, econômico e da própria ação antrópica, devendo caminhar para a conscientização dos mais diversos protagonistas sociais, bem como uma efetiva mobilização cidadã e em função da proteção do meio ambiente em sua compreensão ecológica (LEFF, 2009). O povo brasileiro está inserido em uma dimensão geográfica de escala continental, que abriga entre 15% e 20% da diversidade biológica global, com mais de 120 mil espécies de invertebrados, cerca de 9 mil vertebrados e mais de 4 mil espécies de plantas (ONU, 2019).

No entanto, o atual cenário de crise ecológica do Brasil tem deixado a comunidade internacional em alerta e em constante preocupação, considerando o descaso e a falta de políticas públicas que objetivem proteger o meio ambiente. Dados do sistema PRODES de Monitoramento do Desmatamento da Floresta Amazônica Brasileira por Satélite, revelam aumento acentuado na taxa de desmatamento na região da Amazônia Legal, saltando de 7.2 mil km² em 2017 para 10.9 mil km² em 2019 (TERRA BRASILIS, 2020). Isso acarretou, inclusive, em uma inesperada mobilização de investidores estrangeiros materializada em uma carta enviada às embaixadas brasileiras nos países Estados Unidos, Japão, Noruega, Suécia, Dinamarca, Reino Unido, França e Holanda (G1, 2020), fato veiculado pela imprensa nacional e internacional.



Ademais, é necessário destacar que o Brasil ocupa a 4º colocação dentre os países que mais produzem plástico no mundo, cujo patamar de produção é de 11,3 milhões de toneladas, em que 91% desse total é coletado, mas apenas 1,28% reciclado de maneira efetiva (WWF, 2019). Essa realidade realça implicações socioambientais devastadoras do ponto de vista ecológico, já que “a poluição do plástico afeta a qualidade do ar, do solo e sistemas de fornecimento de água” (WWF, 2019). Logo, demonstrado está a importância de difundir a concepção ecológico-sistêmica em todos os níveis de ensino, já que a educação é o principal instrumento de formação e emancipação humana.

Importante para o debate que, a princípio, sobre o meio ambiente, a Constituição Federal de 1988 se preocupou em dispor no art. 225 que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de usos comum do povo e essencial à qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo” (BRASIL, 1988). Isso fez com que a matéria ambiental, na história das constituições brasileiras, saltasse “[...] do estágio da miserabilidade ecológico-constitucional, própria das Constituições liberais anteriores, para um outro que, de modo adequado, pode ser apelidado de opulência ecológico constitucional” (BENJAMIN, 2007, p. 86).

No que se refere à educação, a CF/88 atribui carga normativa de direito social (art. 6º), cujo dever prestacional recai sobre a família e ao Estado, devendo a sociedade colaborar nesse processo, já que é um direito de todos. A Emenda Constitucional (EC) nº 85/2015 altera a Constituição Federal, de modo a atribuir competência comum a todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação” (BRASIL, 1988).

É fato que a educação, em sua totalidade, precisa atuar de modo estratégico e “buscar formas e práticas pedagógicas que façam a ligação das questões sociais, que estas, estejam presentes nas disciplinas e em todos os níveis de ensino, podendo assim contribuir para promover a mudança de pensamento” (MARIN, 2011, p. 127). Essa concepção tem sido conduzida juntamente com o fator “consciência ecológica” em diversos países, como é o caso da Rússia, a qual considera o progresso social intimamente ligado às questões ecológicas. Em Moscou, por exemplo, há uma tendência positiva de prestação dessa vertente educacional, primeiramente, aos mais jovens.

Under conditions of growing dynamism of the public life, ecological education is called to help each person to obtain not only deep knowledge, but ease psychological flexibility, capability to accept and use new information. Without this, the person will

get out of the march of history, of the social progress inevitably⁸ (KHETAGUROVA, 2015, p. 80).

No caso da Rússia, vale destacar a atuação do Estado na tentativa de agregar as questões ecológicas no debate público. No Brasil, ao assegurar a efetividade plena do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Poder Público fica responsável, dentre outros, em “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e da conscientização pública para a preservação” desse macrobem (BRASIL, 1988). Considerando o caráter programático da CF/88, a Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999, enquanto uma norma infraconstitucional sancionada quase 11 anos após a promulgação da Constituição Cidadã, dispõe sobre a “educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências” (BRASIL, 1999).

Assim, a Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA) surge como um facilitador metodológico, uma ponte de diálogo entre as diretrizes constitucionais ambientais voltadas para a difusão da racionalidade ambiental nos espaços formais de ensino-aprendizagem. A lógica por trás da educação ambiental, portanto, está calcada na “consciência crítica nos atores sociais, alertando-os para a necessidade de preservar os recursos naturais, sem, contudo, estagnar os avanços econômicos, sociais, culturais, tecnológicos, entre outros tão presentes no mundo moderno” (MASSINE, 2014, p. 1965).

Nesse sentido, a educação ambiental é o “instrumento de promoção da criticidade, permite construir um aparato que providencie uma atitude crítica, uma compreensão complexa e a politização da problemática ambiental via participação plena dos sujeitos” (ALENCAR; BARBOSA, 2018, p. 234). Para tanto, é preciso mirar novos horizontes ao método cartesiano, que enxerga o “mundo como uma máquina” e, assim, “a máquina do mundo tornou-se a metáfora dominante da era moderna” (CAPRA, 2006, p. 34), irradiando seus efeitos em toda a estrutura do ensino e da aprendizagem, distante do ideal de sustentabilidade a ser alcançado. Essa visão, portanto, deve se direcionar à compreensão da vida “holística”, por uma ética de que “todos os seres vivos são membros de comunidades ecológicas ligadas umas às outras numa rede de interdependência” (CAPRA, 2006, p. 28).

A partir do momento que a própria PNEA estabelece como princípio o “enfoque humanista, holístico, democrático e participativo” (BRASIL, 1999), constitui-se uma chance

⁸ “Sob condições de crescente dinamismo da vida pública, a educação ecológica é chamada para ajudar cada pessoa a obter não apenas um conhecimento profundo, mas também a flexibilidade psicológica, a capacidade de aceitar e usar novas informações. Sem isso, inevitavelmente a pessoa sairá da marcha da história, do progresso social”. (Tradução livre dos autores).



para a alfabetização ecológica no Brasil em qualquer que seja o nível de ensino por direito e dever, sem perder de vista a latente ideia de que “a sobrevivência da humanidade dependerá de nossa alfabetização ecológica, da nossa capacidade para entender esses princípios da ecologia e viver em conformidade com eles” (CAPRA, 2006, p. 235).

Assim, a busca pela “ecoalfabetização” proposta por Capra (2006) precisa proceder em caráter contínuo, já que a sua necessária manifestação deve principiar toda a estrutura social, de modo a desconstruir a ideia do antropocentrismo rumo à perspectiva ecológica no âmbito da educação. Essa projeção é capaz de consolidar a ideia de um novo mundo racional e ecologicamente possível, a começar pelos estágios basilares da educação brasileira e transpassando pelos demais níveis escolares e acadêmicos, inclusive nos estudos das ciências sociais aplicadas, ao qual o Direito se inclui. Afinal, “nas próximas décadas, a sobrevivência da humanidade vai depender de nossa ecoalfabetização e nossa capacidade de viver segundo os ditames desta” (CAPRA; MATTEI, 2018, p. 249).

Outra nuance que atesta a inovação ecológica da PNEA está em um de seus objetivos: dirigir-se a uma “compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos” (BRASIL, 1999). Veja-se, destarte, que há profunda compatibilidade entre a PNEA e as diretrizes da alfabetização ecológica, cujas perspectivas estão articuladas na formação e desenvolvimento ecológico-cultural de cada indivíduo que integra a sociedade, de modo que a garantia de sobrevivência intergeracional depende de experiências espirituais do homem com a natureza.

Resta demonstrado que a teorização e necessária aplicação da alfabetização ecológica, está justificada pela concepção de educação e meio ambiente ecologicamente equilibrado de patamar constitucional, além da existência de consenso entre estes ditames constitucionais e a Lei 9.795/99, sendo esta a principal diretriz no plano legislativo e que precisa compor as estratégias de aplicação metodológica, juntamente a outras alternativas possíveis, para que a sua finalidade seja alcançada. A reunião desses instrumentos, ante a carga normativa e epistemológica de sustentação, constitui imprescindíveis para ações que visem mudanças radicais na sociedade em prol do desenvolvimento sustentável e reafirmação dos direitos humanos, sendo a educação um dos principais direcionamentos para uma percepção crítica sobre as práticas irracionais, do ponto de vista ambiental, que molda em plenitude a racionalidade econômica em curso (LEFF, 2009).



Considerando que a proposta da ecoalfabetização sugere a revitalização principiológica em prol da interdependência dos sistemas vivos, o debate não pode se furtar de raciocinar sobre o hiato existente entre a lógica capitalista financeira e a conservação do meio ambiente.

Um dos principais desacordos entre a economia e a ecologia deriva do fato de que a natureza é cíclica, enquanto que nossos sistemas industriais são lineares. Nossas atividades comerciais extraem recursos, transformam-nos em produtos e em resíduos, e vendem os produtos a consumidores, que descartam ainda mais resíduos depois de ter consumido os produtos (CAPRA, 2006, p. 232).

Trata-se de uma leitura crítica condizente à atual racionalidade mercadológica do capital, o qual encontra na natureza a principal fonte de riquezas, o que leva a entender que a dinâmica de acumulação capitalista é o principal elemento perturbador dos diversos ecossistemas naturais ainda existentes, podendo exercer influência negativa no processo de territorialização da necessária racionalidade ambiental (LEFF, 2009). Falar em educação ecológica é, portanto, difundir reflexões de que a crescente exploração irracional e desmedida da natureza, os recentes métodos tecnológicos que conduzem a modificação de matérias-primas na produção, bem como modos de consumo de produtos compõem a racionalidade capitalista e, ao mesmo tempo, corroboram o processo de desestabilização dos ecossistemas (LEFF, 2009).

Essa mercadologização faz parte do atual estágio da terrível e destrutiva liberalidade do capital essencialmente extrativista, ou seja, essencialmente centrado na captação de matéria-prima da natureza para sua transformação em bens de consumo. Nada mais é do que o “novo capitalismo global”, ao qual países industrializados e emergentes acabam se curvando porque é uma lógica que não enfrenta em nenhum ponto do globo terrestre uma outra alternativa mais organizada e concretamente eficaz (CAPRA; MATTEI, 2018, p. 169), do ponto de vista das corporações econômicas. Estas, em seu âmago, carregam consigo características de serem “igualmente insustentáveis e extrativistas, tanto em suas tomadas de decisões privadas, pelas empresas, quanto por suas tomadas de decisões públicas e de curto prazo, pelos governos” (CAPRA; MATTEI, 2018, p. 170).

A busca por uma melhor qualidade ambiental, em consonância aos preceitos constitucionais e, portanto, pautada na qualidade de vida dos seres vivos inseridos em um contexto de interdependência, tem a educação como um artifício de grande potencial diretivo e estratégico. Assim,

a centelha da Educação Ambiental instaura-se nesse contexto de embate hegemônico e é também – e lamentavelmente – assimilada como mais um mecanismo de manutenção da ordem vigente. À revelia, outro tipo de Educação Ambiental, contra-hegemônico, vê e luta por ela, pela possibilidade de transformação e instauração de um sistema veridicamente justo (RODRIGUES; GUIMARÃES, 2010 p. 21).



Nesse sentido, a idealização da ecoalfabetização no Brasil deve se valer de instrumentos nacionais e internacionais que, sob o crivo do discurso sustentável, deve centralizar a atenção à sociobiodiversidade do povo brasileiro que inclua o as diferentes realidades do espectro micro (local). Estratégias e diretrizes internacionais podem ajudar nesse processo, considerando que desde Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, ocorrido em 1972 na Suécia, a pauta ambiental tem se intensificado no debate público, passando pelo Relatório Brundtland em 1987, a Rio-92 que instituiu a Agenda 21, o Protocolo de Kyoto de 1997, a Rio+10 contemplada em Joanesburgo, a Rio+20 de 2012 no Brasil e o mais recente arcabouço de diretrizes estratégicas para o desenvolvimento sustentável: a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.

Portanto, a reunião de instrumentos definidos no cenário internacional e nacional constituem imprescindíveis para ações que visem mudanças radicais na sociedade em prol do desenvolvimento sustentável e reafirmação dos direitos humanos e da natureza, sendo a educação um dos principais direcionamentos para uma tomada de consciência por parte do povo, a respeito das irracionalidades da atual condução ambiental que gera a racionalidade econômica posta (LEFF, 2009) no atual estágio do mercado financeiro. A Agenda 2030 da ONU pode ser um importante instrumento na construção de uma sociedade ecologicamente consciente, além de figurar como a estratégia principal no plano global e que repercute no Estado brasileiro, para a efetivação do desenvolvimento sustentável, em paulatina aproximação às questões ecológicas e educacionais.

A AGENDA 2030 EM FUNÇÃO DA ALFABETIZAÇÃO ECOLÓGICA E SUSTENTÁEL

A Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), com a base continuada dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), propõe diretrizes aos seus Estados-Membros para efetivar o avanço na ordem sustentável, direitos humanos, na promoção da paz e da fraternidade entre os povos. Ao pontuar os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), a Agenda traz consigo medidas urgentes e inovadoras para construir garantias fundamentais à coletividade, definidas nas 169 metas distribuídas entre todos os ODS. Trata-se de um pacto global materializado na resolução A/RES/70/1 (UN, 2015) em Assembleia Geral no ano de 2015, o qual o Brasil faz parte e se comprometeu em pautar os ODSs no debate público.



O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 4 (ODS 4) da Agenda 2030 pretende “assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todas e todos” (ONU, 2015). É importante perceber que esse objetivo reúne metas próprias, cuja perspectiva de concretização está em perfeita sintonia com os primados basilares da educação no Brasil e, inclusive, à Lei nº 9.795/99, o que constitui importante estratégia com diretrizes definidas para avançar na questão educacional aliado ao campo ecológico-sustentável.

Importa destacar que a difusão da Agenda no Brasil depende da sistematização dos dados e adaptação à realidade de cada país, sendo o levantamento de dados uma importante forma de analisar o panorama brasileiro e, assim, buscar soluções para os problemas verificados (ROSA; CARVALHO, 2020). Nessa perspectiva, no ano de 2016 o Estado brasileiro demonstrou-se preocupado em organizar a difusão da Agenda global em território nacional, premissa que pode ser comprovada pelo Decreto 8.892, de 27 de outubro de 2016, o qual “cria a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável” (BRASIL, 2016).

Assim, visualiza-se que naquele momento o Brasil tentava acompanhar as novas discussões acerca do desenvolvimento sustentável, digno de positivo reconhecimento para essa implementação. No entanto, na contramão dessa esperança e tratamento responsável sobre a situação do Brasil em função do Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis, o Decreto 10.179/19, de 18 de dezembro de 2019, revogou a totalidade do decreto que instituiu a Comissão Nacional os ODS da Agenda 2030 da ONU (ROSA; CARVALHO, 2020). Há, portanto, uma negativa por parte do Estado em regularizar a situação e enfrentar com seriedade a pauta da educação ambiental, sustentabilidade, dos direitos humanos, inclusão e promoção da paz, podendo-se falar, inclusive, em imprudência ecológica (SACHS, 2004).

Destaca-se que “o cumprimento das metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são essenciais para o equilíbrio dos pilares econômicos, social e ambiental no Brasil” (ROSA; CARVALHO, 2020, p. 1784). Neste sentido,

Quando uma política de governo deixa de ver um acordo internacional como um benefício ao país e passa a se posicionar de forma contrária à sua execução, não é aos países membros da ONU que se está atacando. A afronta é ao povo brasileiro, é efetivamente uma posição contrária à continuidade do desenvolvimento sustentável do país (ROSA; CARVALHO, 2020, p. 1784).

Logo, é inevitável que exista uma repercussão negativa no planejamento educacional estratégico que poderia, com base na própria legislação que institui a Política Nacional de Educação Ambiental, definir diretrizes práticas para a difusão do conhecimento ecológico na

tentativa de alfabetizar o povo brasileiro sobre a compreensão holística e sistêmica da vida em todos os níveis de formação. Afinal, a pesquisa de Rosa e Carvalho (2020, p. 1784) demonstra que os dados da Agenda em âmbito nacional colhidos em três diferentes marcos temporais “são suficientes para demonstrar que o Brasil encontra dificuldade para cumprir diversos indicadores e suas metas, e que desacelerou a evolução para satisfazer a Agenda 2030”.

Mesmo diante desse cenário, atualmente a sistematização dos dados tem sido realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o qual define para cada meta/indicador de cada ODS, metodologias próprias de coleta e operacionalização das informações (ROSA; CARVALHO, 2020). Questiona-se, portanto, como promover a alfabetização ecológica em todos os níveis de ensino com base na Agenda e de seu ODS 4 de forma estratégica, aliada à diretriz normativa da PNEA e respaldada na epistemologia ecológica que compreende a vida em sua vertente holística e sistêmica? Para isso, faz-se necessário conhecer a meta 4.7 que integra o ODS 4, o qual tem como propósito principal:

4.7 Até 2030, garantir que todos os alunos adquiram conhecimentos e habilidades necessárias para promover o desenvolvimento sustentável, inclusive, entre outros, por meio da educação para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida sustentáveis, direitos humanos, igualdade de gênero, promoção de uma cultura de paz e não violência, cidadania global e valorização da diversidade cultural e da contribuição da cultura para o desenvolvimento sustentável (ONU, 2020).

É uma meta que sustenta a necessidade de alunos adquirirem conhecimento e habilidades de fundamental importância para o avanço do desenvolvimento sustentável, por meio da educação, e para o desenvolvimento de estilos de vidas sustentáveis, sem perder de vistas a promoção da cidadania, direitos humanos e valorização da diversidade cultural. Assim, verifica-se que a pauta ambiental, ecológica, sustentável e humana deve ser tratada com urgência em todos os níveis educacionais, seja em instituições públicas ou privadas, enquanto oportunidade tática ao avanço da alfabetização ecológica.

No ano de 2007 o Ministério da Educação divulgou dados do IDEA, coletados com o auxílio de 5 universidades federais – cada uma em uma determinada região do país: UFPA (região norte); UFRN (região nordeste); UFSM (região centro-oeste); UFRJ (região sudeste); e FURG (região sul), através do documento denominado “O que fazem as escolas que dizem que fazem educação ambiental”.

O IDEA – Índice de Desenvolvimento da Educação Ambiental, é tido como um indicador indireto, uma vez que “é preciso realizar inferências hipotéticas em relação aos indicadores que não estão diretamente abordando algum recorte da própria Educação Ambiental” (MEC, 2007). Isso ocorre devido à própria natureza interdisciplinar da educação

ambiental e da vedação para que a mesma seja realizada como uma disciplina específica do currículo de ensino, conforme disposto no Artigo 10, §1º da PNEA.

Para calcular o IDEA a metodologia utilizou análise em três dimensões: a realização propriamente dita da educação ambiental na escola, a infraestrutura disponível para subsidiar as atividades e a participação da comunidade. Embora o IDEA tenha sido um índice experimental e constatados pontos que pudessem levar à discrepâncias estatísticas, em escala de 0 a 1 – sendo 1 o maior índice de desenvolvimento de educação ambiental, as médias dos resultados obtidos pelas regiões brasileiras estão representados na Tabela 1 a seguir:

Tabela 1: Média do Índice de desenvolvimento da educação ambiental por região brasileira

NORDESTE	NORTE	CENTRO-OESTE	SUDESTE	SUL
0,349	0,351	0,396	0,405	0,429

Fonte: Elaborado pelos autores com dados do Ministério da Educação (MEC 2017).

Os índices indicam que o desenvolvimento da educação ambiental estavam muito aquém do esperado. A média nacional fica em 0,389, inferior a 40% do esperado – e necessário – desenvolvimento da educação ambiental no país. A falta de dados atuais impede que seja verificado a capacidade ou o potencial brasileiro para atingir a meta 4.7 prevista pela ODS 4 da Agenda 2030 da ONU, ou mesmo sobre tê-la como uma ferramenta perspicaz no trato ecológico na educação como um direito.

Chega-se, portanto, a um dos pontos nevrálgicos da presente pesquisa: a necessidade de estabelecer um elo de estrita ligação entre as diretrizes constitucionais sobre a educação e o meio ambiente, a Política Nacional de Educação Ambiental como guia de exequibilidade, além do Indicador 4.7 do ODS 4 da Agenda 2030, enquanto coadjuvante no processo de difusão da ecologia e sustentabilidade pela via educacional. Essa racionalidade precisa ser construída em prol da “ecoalfabetização”, o que “significa entender os princípios da organização das comunidades ecológicas (ecossistemas) e usar esses princípios para criar comunidades humanas sustentáveis” (CAPRA, 2006, p. 231).

Lançar mão desses instrumentos em todos os níveis de ensino-aprendizagem, propõe um estilo de vida sustentável que passa, primeiramente, pela consciência ecológica. Quando se fala em ecoalfabetização, é preciso lembrar que o grande limitador do desenvolvimento sustentável é o atual modo capitalista essencialmente extrativista, cujo processo de esgotamento dos recursos naturais em continuidade ao metabolismo industrial se apresenta como um dos responsáveis pela crise ambiental. Soma-se a isso o consumismo irracional e a negativa do estado em promover reformas setoriais para impedir o colapso ambiental em curso.



Thus, within the neoliberal context in which the market economy imposes its logic and values, in which the pattern of electronic goods consumption emerges as a well-being factor and a symbol of modernity, in which the environmental crisis exposes its decisive challenge through the threat of climate change, the intersection of these vectors appears to shape a specific context to the rise of pragmatic macro-trend, producing new and controversial senses of identity for Environmental Education and emerging as the political-pedagogical project frankly hegemonic nowadays⁹ (LAYRARGUES; LIMA, 2014, p. 31).

Mais do que buscar meios de concretizar a emergente educação ambientalmente ecológica e sustentável, ela precisa se consolidar como um projeto preeminente na educação brasileira. Nesta esteira, estima-se que uma educação transformadora, do ponto de vista ecológico, pretende disseminar as suas nuances críticas e epistemológicas, em consonância à meta 4.7 do ODS 4 da Agenda 2030 da ONU. Isso porque a educação tem a missão de ajudar a promover a justiça socioambiental no Estado brasileiro, de modo a servir, inclusive, como paradigma aos outros países, ante todos os ecossistemas existentes no território nacional, bem como a inter-relação sistêmica entre os seres vivos e seu meio.

Precisamos revitalizar nossas comunidades – inclusive nossas comunidades educativas, comerciais e políticas – de modo que os princípios da ecologia se manifestem nelas como princípios de educação, de administração e de política (CAPRA, 2006, p. 231).

O “confortável” *status quo* do atual modelo de desenvolvimento em consonância ao mercado financeiro, pautado na lógica da exclusão e destruição descontrolada do meio ambiente, há que ser questionado pelos espaços escolares e de formação e, inclusive, suas bases instituidores que geralmente nascem no âmbito legislativo e em espaços de tomada de decisão. O visionário ideal da Agenda 2030 da ONU já vem sendo discutido em várias instituições democráticas, como é o caso do Conselho Nacional de Justiça (Resolução Nº 296, de 19 de setembro de 2019), além de instituições de pesquisas, como é o caso do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Sendo assim, por que não nas escolas, universidades e centros de ensino técnico com foco na questão ecológica, agregando toda a sua força diretiva e estratégica aliada à legislação pátria?

Afinal de contas, é preciso recordar que a Agenda propõe a integração dos setores público e privado, bem como as instituições democráticas, seus órgãos e a totalidade da sociedade civil e suas organizações. Mais do que isso, até mesmo a Política Nacional de

⁹ “Assim, no contexto neoliberal, em que a economia de mercado impõe sua lógica e valores, em que o padrão de consumo de bens eletrônicos emerge como fator de bem-estar e símbolo da modernidade, em que a crise ambiental expõe seu desafio decisivo pela ameaça das mudanças climáticas, a interseção desses vetores parece moldar um contexto específico para a ascensão da macrotendência pragmática, produzindo novos e controversos sentidos de identidade para a Educação Ambiental e emergindo como o projeto político-pedagógico francamente hegemônico nos dias de hoje”. (Tradução livre dos autores).



Educação Ambiental dispõe sobre a possibilidade do ensino ecológico na sua concepção holística, inclusive, devendo ser desenvolvida “como uma prática educativa integrada, contínua e permanente em todos os níveis e modalidades do ensino formal” (BRASIL, 1999).

Essa reflexão é significativa no contexto brasileiro, porque pretende fundamentar que a alfabetização ecológica é uma alternativa factível em um cenário de diversos desastres ambientais de reflexos intergeracionais. O que se verifica é que desenvolver uma forma de pensar sistêmica implica “uma mudança da ciência objetiva para a ciência ‘epistêmica’, para um arcabouço no qual a epistemologia - ‘o método de questionamento’ - torna-se parte integral das teorias científicas” (CAPRA, 2006, p. 49).

Rompimento de barragens de rejeitos minerais, desmatamento ilegal da Floresta Amazônica, uso desenfreado de agrotóxicos, esgotamento sanitário ineficiente e o descarte criminoso de resíduos sólidos, reforçam a ideia de que existe uma sujeição coletiva e igualitária a efeitos fatais de um colapso ambiental (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009). Neste sentido, é possível afirmar que a sociedade como um todo é uma vítima em potencial, considerando a continuidade da vida em um mesmo ecossistema compartilhado na compreensão macro e global chamado de planeta Terra (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009).

É certo que a “conjuntura de hegemonia da perspectiva do Estado subserviente ao Capital, as políticas educativas se enquadram na mencionada lógica de mercado” (RODRIGUES; GUIMARÃES, 2010, p. 18) essencialmente mecanicista e condescendente aos preceitos extrativistas. É compreensível que alguns pesquisadores e cientistas sociais questionem a atuação da Organização das Nações Unidas e do Banco Mundial, por atuarem na defesa e garantia da lógica econômica vigente, sob o crivo neoliberal, até porque a segunda, é uma instituição financeira que “acumula capital por meio da especulação financeira e ganha com os empréstimos” (RODRIGUES; GUIMARÃES, 2010, p. 18). No entanto, essa realidade tem-se demonstrado apta à racionalização do mercado, haja vista as diretrizes globais delineadas na Agenda 2030 da ONU.

Assim, a busca por mecanismos que contribuam para uma sociedade ecológico-sustentável é condizente com diversos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda, em especial a meta 4.7 do ODS 4, a qual propõe uma mudança de paradigma em prol da sustentabilidade na educação. A soma dessa meta global, junto à Constituição Federal de 1988, a Política Nacional de Educação Ambiental e os fundamentos epistêmicos que embasam a



alfabetização ecológica em todos os níveis de ensino, tem-se um respaldo que pode ser capaz de difundir a consciência ecológica nas escolas, universidades e centros de ensino de modo geral. Isso sem perder de vista a necessária incorporação das circunstâncias de sustentabilidade ecológica aos métodos produtivos, de forma a integrar a perspectiva essencialmente econômica em uma racionalidade ecológica, deixando sempre muito claro e definido os limites e possibilidades em potencial (LEFF, 2009).

A atuação legislativa em função de delinear diretrizes pode ser uma importante ferramenta de se alcançar esse ideal de ecologização da educação ou alfabetização ecológica, qualquer que seja o nível ou área, conforme já definido na PNEA. Trata-se de um dos pontos da necessária “revolução ecojurídica”, onde se defende que “o ensino da ecoalfabetização nas escolas atuais significa que nas faculdades de direito de amanhã haverá alunos ecoalfabetizados, até chegarmos a ter profissionais de direito ecoalfabetizados” que, inevitavelmente, “ocuparão posições de grande influência em toda a sociedade” (CAPRA; MATTEI, 2018, p. 251). Basta, portanto, ampliar a perspectiva de visão trazida por Capra e Mattei (2018) a todas as áreas do conhecimento, para que se possa almejar e perseverar numa estratégia de mudança radical e estrutural no senso de justiça socioambiental e ecológica multinível.

Curioso notar, entretanto, que a base de dados dos ODS da Agenda 2030 da ONU no Brasil, dentre outros indicadores correspondentes ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 4, justamente a meta 4.7 encontra-se com status “sem dados”. Isso significa que uma das constatações da presente pesquisa é que o IBGE ainda não reuniu e sistematizou elementos quantitativos sobre a educação pela cidadania global, nem mesmo sobre a composição das políticas nacionais de educação para o desenvolvimento sustentável de forma integrada nos currículos escolares, formação de professores e na avaliação dos estudantes (IBGE, 2021), com fins à equidade e oportunidade de aprendizagem o qual a ecoalfabetização se insere, conforme se verifica:

Fundamental, nesse sentido, que o Direito desenvolva uma “pedagogia da alfabetização ecológica”, com o intuito de firmar a relevância do caráter intergeracional do meio ambiente. A construção de uma cultura constitucional que contribua para uma sociedade ciente de seus direitos civis, sociais e, especialmente, do dever de proteção do ambiente como legado às futuras gerações constitui um caminho muito mais sólido do que a coerção, que gera efeitos pontuais e descontextualizados (MARIN, 2011, p. 120).

O debate em prol da consciência ecológica através da ecoalfabetização sob o crivo da PNEA, pode restar congestionado, já que essas informações poderiam ajudar na definição de objetivos e procedimentos metodológicos para, por exemplo, possíveis políticas públicas



voltadas para a alfabetização ecológica multinível enquanto “ação sistemática do Estado sobre a sociedade” (RODRIGUES; GUIMARÃES, 2010, p. 15). Isso deve ser visto com muita preocupação, considerando que a inexistência dos dados tem o condão de viciar a leitura panorâmica sobre a situação do Brasil em promover uma educação inclusiva e de qualidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da discussão apresentada na presente pesquisa, as variáveis que integram o campo da ecoalfabetização, a qual idealiza uma compreensão ecológica como alternativa real às mazelas socioambientais, deve se pautar na compreensão sistêmica da extensa comunidade que abrange diversos organismos, todos em uma relação de interdependência.

A percepção da vida em sociedade e a relação integrada de todos os organismos em um mesmo ecossistema, precisa voltar-se a um comportamento crítico dos envolvidos nesse processo, de modo a questionar o atual estigma mercadológico e extrativista que, como discutido no texto, se apresenta como o grande responsável pela destruição ambiental. Isso constitui o cerne da alfabetização ecológica que, por si só, é capaz de catalisar uma mudança de paradigma que visualize no horizonte uma maior consciência ecológica da vida, tendente a pensar formas sustentáveis de produção enquanto alternativa ao mecanicismo ainda prevalente.

Isso pode ser executado através de políticas pública que sejam pensadas e respaldadas em normas já existentes, como é o caso da Constituição Federal de 1988 e da Política Nacional de Educação Ambiental. Mais do que isso, trata-se de um projeto de educação emergente e necessário, porque paira no seio social um modelo de desenvolvimento ambientalmente perverso que se mantém enquanto padrão sociopolítico e de malefícios à saúde e bem-estar da coletividade, mais especificamente aos destituídos de recursos financeiros.

O grande problema atual tanto para que se atinja a meta 4.7 da ODS 4 da Agenda 2030 da ONU, como para que seja efetiva a alfabetização ecológica – seja através da educação ambiental tal como prevista na PNEA, ou em outras modalidades que podem (ou devem) ser desenvolvidas – é a inexistência de dados acerca do que se faz para concretizar a Educação Ambiental. Há que se repensar o processo educacional ambiental brasileiro, de modo projetar diretrizes estratégicas rumo a uma mudança do paradigma situacional atual em prol da ecoalfabetização, sem deixar de lado o respaldo normativo-constitucional acerca da abordagem, já que ele existe e precisa ser considerado como um ponto de partida para a difusão da epistemologia conceitual que compreende a vida em seu sentido holístico e sistêmico.

É necessário entanto que sejam levantados dados efetivos sobre como se dá o processo de educação ambiental em todos os níveis educacionais, para a partir deles propor mudanças e políticas necessárias a expansão da consciência e da alfabetização ecológica. Se de forma interdisciplinar a educação ambiental não está sendo efetiva, que se revogue então o §1º do Artigo 10 da PNEA e que haja um movimento no Congresso Nacional em prol de sua reformulação para que, de fato, a educação ecológico-sustentável funcione em todos os níveis de ensino, de forma específica ou interdisciplinar. Mas é urgente a necessidade de uma educação ambiental efetiva, imbuída de diretrizes e métodos, multinível e, sobretudo, ecorevolucionária.

Importante lembrar que o Poder Público deve ser o pioneiro nesse esteio, por se tratar de uma atuação estratégica que, inclusive, reflete sutilmente os anseios da Agenda 2030 que o Brasil é signatário. O Estado deve fazer jus às suas responsabilidades e incluir em seus planejamentos de governo, qualquer que seja o ente federativo (União, Estado ou Município), caminhos sustentáveis e estimular possibilidades ecologicamente racionalizadas.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALENCAR, Layana Dantas de; BARBOSA, Maria de Fátima Nóbrega. Educação Ambiental no Ensino Superior: ditames da Política Nacional de Educação Ambiental. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 8, n. 2, p. 229-256, 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubéns Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em 30 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 8.892, de 27 de outubro de 2016**. Cria a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8892.htm. Acesso em 06 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999**. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19795.htm. Acesso em 30 jul. 2020.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 2006.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica**: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.

G1. **Investidores internacionais manifestam a embaixadas do Brasil preocupação com desmatamento**. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/06/23/investidores-internacionais-manifestam-a-embaixadas-do-brasil-preocupacao-com-desmatamento.ghtml>. Acesso em 30 jul. 2020.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**: Indicadores. Brasília: IBGE, [2021]. Disponível em: <https://ods.ibge.gov.br/>. Acesso em: 21 de abr. de 2021.

KHETAGUROVA, Valeriya Shotaevna et al. Ecological education as a basis for an ecological culture of the Russian society. **Journal of Environmental Management and Tourism**, v. 6, n. 1, p. 79, 2015.

LAYRARGUES, Philippe Pomier; LIMA, Gustavo Ferreira da Costa. The Brazilian environmental education macro-political-pedagogical trends. **Ambiente & Sociedade**, v. 17, n. 1, p. 23-40, 2014.

LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura**: a territorialização da racionalidade ambiental. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

MARIN, Jeferson Dytz. Alfabetização ecológica e cultura constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 39, 2011.

MASSINE, Maiara Cristina Lima. Sustentabilidade e Educação Ambiental—Considerações acerca da política nacional de educação ambiental—A Conscientização ecológica em foco. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 3, nº. 3, p. 1961-1992, 2014.

MEC. Ministério da Educação. **O que fazem as escolas que dizem que fazem educação ambiental?** v. 2. Brasília: MEC, 2007

ONU. Organização das Nações Unidas. **Sistema online impulsiona gestão de dados sobre biodiversidade no Brasil**. 2019. Disponível em <https://nacoesunidas.org/sistema-online-impulsiona-gestao-de-dados-sobre-biodiversidade-no-brasil/>. Acesso em 30 jul.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Transformando nosso mundo**: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 1 de jul. de 2020.

RODRIGUES, Jéssica Nascimento; GUIMARÃES, Mauro. Políticas Públicas e Educação Ambiental na contemporaneidade: uma análise crítica sobre a Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA). **Ambiente & Educação**, v. 15, n. 2, p. 13-30, 2010.

ROSA, Rosana Gomes da. CARVALHO, Luiz Guilherme. A agenda 2030 da ONU e a revogação do Decreto nº 8.892/2016: o (des) compromisso do Estado brasileiro com os objetivos de desenvolvimento sustentável. In: LÓPEZ, Laura Cecília; DOWBOR, Monika Weronika; RUSCHEINSKY, Aloísio (Orgs.). **Anais do VII Simpósio Internacional Desigualdades, Direitos e Políticas Públicas**: saúde, corpos e poder na América Latina. São Leopoldo: Casa Leiria, 2020. *E-book*. Disponível em:



<http://www.guaritadigital.com.br/casaleiria/acervo/cienciassociais/viisiddpp/index.html>.
Acesso em: 21 de abr. de 2021.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento sustentável: desafio do século XXI. **Ambiente & sociedade**, v. 7, n. 2, p. 214-216, 2004.

TERRA BRASILIS. **PRODES Desmatamento**. 2020. Disponível em:
http://terrabrasilis.dpi.inpe.br/app/dashboard/deforestation/biomes/legal_amazon/increments.
Acesso em 30 jul. 2020.

WWF. World Wide Fund for Nature. **Brasil é o 4º país do mundo que mais gera lixo plástico**. 2019. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/?70222/Brasil-e-o-4-pais-do-mundo-que-mais-gera-lixo-plastico>. Acesso em 30 jul. 2020.

CAPÍTULO 9

INFLUÊNCIA DA ÉTICA ARISTOTÉLICA SOBRE A ÉTICA ADVOCATÍCIA

Gabriel Trentini Pagnussat, Acadêmico dos Cursos de Direito e Filosofia, UNIPAR, participante Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica, PIBIC/CNPq
Luiz Roberto Prandi, Doutor em Ciências da Educação, UFPE, Professor Titular e Pesquisador da Universidade Paranaense, UNIPAR

RESUMO

O advogado brasileiro tem sua conduta direcionada por uma deontologia, ou seja, um conjunto de princípios e regras de conduta profissional. O Código de Ética e Disciplina da Advocacia e da OAB (CED) exibe um conjunto de deveres éticos e, juntamente com o Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/94), são responsáveis pelo norteamto e vinculação da conduta desse profissional. Acontece que, a construção desse Código se deu sobre os fundamentos éticos aristotélicos. Diante disso, por meio de uma revisão bibliográfica/documental, este estudo analisou o pensamento ético aristotélico, a ética advocatícia, a ligação do advogado com a imagem da justiça, demonstrando, por fim, sua intrínseca ligação e influência na construção dos fundamentos deontológicos e normativos do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

PALAVRAS-CHAVE: Ética. Código de Ética e Disciplina da OAB. Estatuto da OAB. Deontologia Jurídica. Aristoteles.

INTRODUÇÃO

No transcurso do tempo, na Filosofia apresentaram-se diversos pensadores, os quais foram em busca dos fundamentos para uma variedade de questões e problemas que constrangiam o ser e a sociedade. Nesse interim, surge a Filosofia ética, que se preocupa em estudar e sistematizar o bem comportar-se do Homem, seu modo de agir, por meio de padrões mais “elevados”.

Nessa busca, Aristóteles escreve *Ética a Nicômaco*, em que se encontram todas as diretrizes ético/comportamentais desse pensador. Destaca-se que essa obra gera influência na construção sociocultural dos conceitos de bem e mal, bom e ruim, certo ou errado.

Essa influência estende-se de modo amplo, afetando os postulados éticos da advocacia, pois, é na escola de pensamento ético aristotélico que a construção do novo Código de Ética e Disciplina da Advocacia e da OAB se arvora e, por conseguinte, vinculando e dirigindo o comportamento do Advogado de modo indireto.



Portanto, neste estudo, no primeiro momento descrever-se-á o que é a ética em Aristóteles, em seguida demonstrar-se-ão os postulados éticos da advocacia, tratando também da ligação do advogado à imagem da justiça, para por fim, caracterizar a ligação da ética aristotélica com a ética da advocacia.

Para a realização dos propósitos, deste estudo, escolheu-se a metodologia de pesquisa cuja natureza encontra respaldo em métodos apropriados para o tema de ordem social, dentre os quais, se revela a pesquisa bibliográfica e documental.

Evidenciou-se, por fim, a intrínseca ligação da ética aristotélica e sua influência na construção dos fundamentos deontológicos e normativos do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

ÉTICA ARISTOTÉLICA

Aristóteles entende a alma humana como dividida em partes: a racional e a não racional. A racional é a que torna a espécie humana exclusivamente humana, pois características como desejos, impulsos e sentimentos são compartilhados com as demais espécies, enquanto a racionalidade constituiria a essência do que é ser homem (BELTRAMI, 2011).

Sua ética é de cariz finalista, vez que para Aristóteles a existência goza de finalidade (felicidade). Coelho (2017, p. 8) na introdução à edição brasileira de *Ética a Nicômaco* conclui que:

[...] o específico do humano é a vida própria do ente que tem razão. A realização do humano será o progredir na sua melhor possibilidade, na realização em si de sua melhor parte, sua alma divina. É caminhar na direção da divindade; nesse caminhar consiste a felicidade. A ética tem por objetivo exatamente a realização da excelência como cumprimento do fim do homem, que é a afirmação do que há de divino nele.

Ademais, na dinâmica do aprimoramento, é necessário que se tenha a parte inferior da alma (não racional) submetida à parte superior da alma (razão), pois, como afirmado, assim estará se aprimorando o que significa ser humano.

No que concernem os desejos, todos almejam por objetivos, honras, riqueza, fama *etc.*, acontece que o desejo último e mais digno de ser perseguido é a felicidade, nesse sentido, argumenta Aristóteles (2017, p. 25):

Na verdade, simplesmente completo é aquele fim que é sempre escolhido segundo si próprio e nunca como meio em vista de qualquer outro. Um fim deste gênero parece ser, em absoluto, a felicidade. De fato, nós escolhemos sempre a felicidade por causa dela mesma, e nunca em vista de outra coisa para além dela.

A validade de tal argumento reside no fato de que o único desejo absoluto na espécie humana é o desejo pela felicidade; exe.: deseja-se a riqueza não como um bem em si, mas como



meio para outras coisas, tais como: propriedades, veículo, conforto, viagens, felicidade *etc.*; já a felicidade não é almejada com fins diversos, mas como um fim em si mesmo, pois ninguém deseja ser feliz para alguma coisa.

Assim, para a realização do ser humano é necessária a felicidade, sendo o exercício das virtudes o meio para alcançá-la. As virtudes dividem-se em duas categorias, as intelectuais e as morais. As intelectuais residem nas características da parte racional da alma, que estão ligadas a um processo de aprendizagem; nelas enquadram-se a arte, ciência, sabedoria, sapiência e o intelecto (ROCHA, 2009).

Já as virtudes morais estão ligadas a parte não racional da alma, abarcando os comportamentos formados pelo hábito e pelo costume. Assim, são necessárias a combinação do desejo e do intelecto sobre a prática e a vontade, para que o intelecto subjugu a vontade e, assim pratiquem-se atos virtuosos.

É importante destacar que a virtude não é nem natural, nem inatural ao homem, visto que este a adquire pela ação, tornando-se, por exemplo: justo ou moderado conforme o exercício para obtenção de tais hábitos (ROCHA, 2009).

Por fim, toda virtude é caracterizada pelo meio termo (moderação), nas palavras de Rocha (2009, p. 27):

O exercício da virtude diz respeito aos meios, logo, a virtude está no poder de escolha da pessoa. Em outras palavras, é possível escolher entre a virtude e o vício, porque se depende do indivíduo o agir, também depende dele o não agir. Depende, certamente, da consciência do homem praticar atos nobres ou vis, ou então, depende deste ser virtuoso ou vicioso.

Nas ações é necessária a moderação entre o vício e a ausência, o meio termo aristotélico, para que assim, atinja-se o bem agir e, por conseguinte, a felicidade e a concretização do que significa ser humano.

De toda as virtudes elencadas por Aristóteles em *Ética a Nicômaco*, a justiça é tratada como a maior, vez que pode ser exercida sobre si e sobre o próximo, assim perseguindo o aprimoramento do indivíduo e da coletividade enquanto animais sociais.

Ela é entendida como a virtude ética que resume todas as outras virtudes, sendo a mais elevada e perfeita virtude ética, como observa Aristóteles: “[a] justiça concentra em si toda a excelência [...]. É, completa, porque quem a possuir tem o poder de a usar não apenas só para si, mas também com outrem” (ARISTÓTELES, 2017, p. 97).

Por fim, aos propósitos do trabalho é necessário destacar que em *Ética a Nicômaco* o



pensador elenca uma série de comportamentos comuns à espécie humana. Cada indivíduo é caracterizado por um estilo de ser e precisa exercitar as atividades que o personifique de acordo com os princípios que fundamentam o conceito ou estilo no qual se propõe a ser identificado (ROCHA, 2009). Por conseguinte, nessa senda se integra a ligação do advogado com a justiça.

ÉTICA DO ADVOGADO

O advogado tem sua conduta direcionada pelos princípios deontológicos dispostos no preâmbulo do Código de Ética e Disciplina da Advocacia e da OAB (CED), que se vinculam às disposições normativas do Código.

O artigo 1º do Código de Ética e Disciplina da OAB outorga o seguinte: “O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional. ” (OAB, 2015, [10] p.).

Ou seja, é dentro do escopo do Código de Ética e Disciplina e do Estatuto da Advocacia e da OAB que o advogado brasileiro se encontra permitido a agir. Destaca-se que são os princípios deontológicos que orientam esse profissional no exercício de sua conduta, fornecendo-lhe fundamentos ético/comportamentais, ou seja, determinando o que é o ético nesta seara.

Afirma Marcelino (2002, [3] p.), que o “profissional do direito deve encontrar na Ética as lições necessárias para exercer com independência a mais bela das profissões, que permite ao advogado defender seu semelhante e contribuir para o aprimoramento da nação e das instituições”.

Postulado esse que reflete com maestria o ético para a classe, pois conforme dispõe o preâmbulo do CED, são imperativos de conduta do advogado: lutar sem receio pelo primado da justiça; pugnar pelo cumprimento da constituição e pelo respeito à lei; observar os fins sociais e visar ao bem comum ao interpretar as leis e a constituição e; defender com o mesmo denodo os humildes e poderosos.

Somam-se a esses também: ter lealdade e boa-fé; jamais deixar que o anseio de ganho sobreleve a finalidade social do trabalho, aprimoramento no culto dos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica e; contribuir para o aprimoramento da nação e das instituições.



No Código de Ética encontra-se também regulamentado o comportamento do advogado em questões tais como: as relações com os clientes, sigilo profissional, publicidade, honorários e o dever de urbanidade.

A LIGAÇÃO DO ADVOGADO A IMAGEM DA JUSTIÇA

A imagem do advogado é constantemente ligada ao valor da justiça, como se infere logo no preâmbulo do Código de Ética, e em suas demais disposições normativas. Nesse sentido, já afirmava Alysso Mascaro (2013, p. 191) que: “A referência à justiça é a mais recorrente legitimação ideológica da atividade jurídica prática e de sua teoria. Do mesmo modo que um religioso lastreia seus mandamentos na moral, o jurista se reporta à justiça de seus atos e suas normas.”

Até mesmo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 133, dispõe que: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, 1998, [125] p.).

Denota-se assim, que essa classe profissional tem grande valor em um estado democrático de direito. Sobre isso destaca Sollberg, em seu artigo “O Advogado e a busca pela Justiça”:

[...] sem a intervenção do advogado não há justiça; portanto, sua atuação é condição imprescindível para o funcionamento da sociedade, por isso exposto, afirmamos que ele é o Guardião do Estado de Direito, sem ele não há justiça, nem liberdade. [...] o advogado é o “Guerreiro da Justiça”, pois combate as iniquidades e as desigualdades de toda maneira, é incansável na procura do meio-termo da “balança”, protetores daquilo que é justo, “instrumento da verdade” no exercício da função social, atendendo às exigências e os anseios da sociedade (SOLLBERG, 2009, [3] p.).

Nesse sentido, o Código de Ética e Disciplina também reafirma tal posição, em seu em seu artigo 2º e alíneas e artigo 3º:

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. São deveres do advogado: [...]

IX - pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos direitos individuais, coletivos e difusos; [...]

X - adotar conduta consentânea com o seu papel de elemento indispensável à administração da justiça;

Art. 3º O advogado deve ter consciência de que o Direito é um meio de mitigar todas as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é um instrumento para garantir igualdade a todos. (OAB, 2015, [10] p.).

Também se insere aqui, a figura do advogado, na qualidade de defensor técnico. Nessa perspectiva, promotor da justiça, que além promover a defesa de mérito de seu cliente, zelará



pelo cumprimento do devido processo legal e, conseqüentemente, dos princípios democráticos e da dignidade humana (KHALIL, 2014).

Ademais, é por meio desse profissional, que se tem o acesso às formas institucionalizadas para solução da uma lide, ou seja, que se tem acesso ao judiciário. Outrossim, garante o devido processo legal, assegurando também uma pena adequada ao disposto em lei, bem como certifica que os interesses do cliente tenham a solução estatal/legal. Ou seja, é nítida a necessidade desse profissional para que a população tenha amparo do direito e tenha sua justiça em sentido amplo e estrito garantida.

Portanto, parece claro que o fim último da atividade advocatícia é a consecução da justiça.

LIGAÇÃO DA ÉTICA ARISTOTÉLICA COM A ÉTICA DA ADVOCACIA

A ética do advogado está constantemente entrelaçada com a ética aristotélica. Tal fato está plasmado nas constantes ligações do advogado com a imagem da justiça - nos moldes aristotélicos - bem como nas exigências feitas ao advogado no que diz respeito às virtudes intelectuais, morais e na moderação.

A ligação do advogado com a justiça pode ser constatada de diversas formas, como por exemplo, pelo artigo 133 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio do artigo 2º do Código de Ética e Disciplina, e também por meio do preâmbulo desse, uma vez que se afirma que o advogado deve “Lutar sem receio pelo primado da justiça” (OAB, 2015, [10] p.).

Sendo assim, a justiça, nos moldes Aristotélicos, é caracterizada como uma das maiores virtudes, já que pode ser exercida sobre si e sobre o próximo, ou seja, quem é justo, projeta-se mais para os outros que para si, cumprindo, assim, com as leis e seu papel de cidadão e realizando atitudes benéficas para todo o corpo social.

Tal conceito de justiça encaixa-se com a justiça prescrita para as ações do advogado, já que conforme disposto no preâmbulo do Código de Ética e Disciplina, o advogado deve “pugnar pelo cumprimento da Constituição e pelo respeito à Lei, fazendo com que esta seja interpretada com retidão, em perfeita sintonia com os fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum” (OAB, 2015, [10] p.).

Exige-se, portanto, que esse profissional embote sua busca incessante por lucros pessoais e coloque a finalidade social em frente a tal desejo “[...] jamais permitindo que o anseio



de ganho material sobreleve à finalidade social do seu trabalho” (OAB, 2015, [10] p.). Soma-se a isso, no artigo 2º do CED em suas alíneas IX e X, lê-se: “[...] São deveres do advogado: [...] pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos direitos individuais, coletivos e difusos [...] adotar conduta consentânea com o seu papel de elemento indispensável à administração da justiça.” (OAB, 2015, [10] p.).

E, precipuamente, no discurso da classe, nota-se que a imagem do advogado é ligada ao valor da justiça, como inferem em Mascaro (2002), Sollberg (2009) e Marcelino (2018). Destaca-se também que o fator da construção do Código de Ética e Disciplina e seu Estatuto, visto que a Ordem dos Advogados do Brasil goza de autorregulação, portanto, cria seu próprio Código de ética que reflete o consenso da classe dos advogados e seus dirigentes sobre seus valores e deveres.

Já no que concerne o ponto das virtudes intelectuais e morais, nota-se que a classe é constantemente cobrada por meio de seu Código e Estatuto em relação a elas. Como se infere logo no preâmbulo do Código de Ética e Disciplina, afirma-se que é imperativo de conduta do Advogado: “[...] aprimorar-se no culto dos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica, de modo a tornar-se merecedor da confiança do cliente e da sociedade como um todo, pelos atributos intelectuais e pela probidade pessoal.” (OAB, 2015, [10] p.).

No artigo 2º § único, inc. IV do mesmo Código afiança-se que: “São deveres do Advogado: [...] Empenhar-se permanentemente em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional” (OAB, 2015, [10] p.).

Assim, é clara a exigência feita ao Advogado em relação ao seu aprimoramento e empenho, no que concerne sua moral e seus atributos intelectuais. Ademais, na seara moral, já fora longamente discorrido sobre a ligação do advogado com a justiça e, por consequências suas altas exigências morais, visto que lhe cabe promover o bem comum e não apenas seus interesses.

No sentido intelectual, esse é o meio pelo qual o advogado atua, e para isso, na práxis jurídica é constante a necessidade do aprimoramento intelectual, conforme prevê o preâmbulo do Código de Ética que destaca o “aprimorar-se [...] no domínio da ciência jurídica” (OAB, 2015, [10] p.) como imperativo de conduta.

No que diz respeito à moderação (meio-termo), essa é outro importante traço exigido ao advogado. No artigo 2º, § único, inc. VIII, alínea f, do Código de Ética afirma-se que: “São

deveres do Advogado: [...] abster-se de: [...] contratar honorários advocatícios em valores aviltantes” (OAB, 2015, [10] p.).

Ainda nesse diapasão, o art. 48 § 6º do Código, prevê que: “Deverá o advogado observar o valor mínimo da Tabela de Honorários instituída pelo respectivo Conselho Seccional onde for realizado o serviço, inclusive aquele referente às diligências, sob pena de caracterizar-se aviltamento de honorários.” (OAB, 2015, [10] p.).

Ou seja, como o próprio artigo 49 afirma: “Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação [...]” (OAB, 2015, [10] p.), logo, é vedada a cobrança em valores exorbitantes. Todavia, há a tabela de honorários, na qual se estabelecem os valores mínimos, ou seja, um meio termo entre o excesso e a ausência, resultando no meio-termo das virtudes aristotélicas.

A exigência por moderação também é vista em relação à publicidade. O artigo 39 do CED da OAB confere que: “A publicidade profissional do advogado tem caráter meramente informativo e deve primar pela discrição e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão” (OAB, 2015, [10] p.).

Ademais, no trato social também se deve prezar pela moderação, polidez, o que se infere pelo artigo 27 e 28 do Código de Ética:

Art. 27. O advogado observará, nas suas relações com os colegas de profissão, agentes políticos, autoridades, servidores públicos e terceiros em geral, o dever de urbanidade, tratando a todos com respeito e consideração, ao mesmo tempo em que preservará seus direitos e prerrogativas, devendo exigir igual tratamento de todos com quem se relacione.

Art. 28. Consideram-se imperativos de uma correta atuação profissional o emprego de linguagem escorreita e polida, bem como a observância da boa técnica jurídica. (OAB, 2015, [10] p.).

Fica ratificado, portanto, que a advocacia é uma profissão que preza pela moderação nas cobranças, na publicidade e também no trato social, uma vez que o CED da OAB dispõe tal padrão de comportamento como imperativo de conduta do advogado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível por meio desse estudo analisar a ética aristotélica enquanto ligada à advocacia. Esse pensador concebe que os fins a que as coisas tendem apresentam diferenças, pois alguns são atividades, enquanto outros são produtos distintos destas. Ressalta ainda que, como são muitas as ações, artes e ciências, muitos são também os seus fins: o fim da arte médica é a saúde, o da construção naval é um navio, o da estratégia é a vitória e o da economia é a riqueza.

Nesse sentido, pode-se considerar o fim último da advocacia, a promoção da Justiça, dadas as constantes exigências legais e disciplinares voltadas para esse sentido. Por conseguinte, sendo essa a maior de todas as virtudes e imperativo de conduta do profissional dessa classe, o que se encaixa com perfeição na visão aristotélica sobre as virtudes.

Outrossim, uma vez que o advogado tem sua imagem e função essencialmente ligada à justiça e à exigência sobre o aprimoramento de suas virtudes morais e intelectuais. Soma-se a isso, também deve agir com moderação em todas as searas de seu agir, ou seja, uma série de deveres profissionais que o impelem a agir conforme o ético prescrito em Aristóteles, ficando clara a influência de tal ética sobre o comportamento advocatício.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Antônio de Castro Caeiro. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017.

BELTRAMI, Fábio. Aristóteles e as ramificações da alma. *In: Anais do II congresso internacional de filosofia moral e política*. Pelotas: UFPel, 2011. Disponível em: <http://cifmp.ufpel.edu.br/anais/2/cdrom/mesas/mesa1/01.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 02 jul. 2019.

COELHO. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. Introdução à edição brasileira. *In: ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco*. Tradução de Antônio de Castro Caeiro. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017.

DINUCCI. Aldo. A relação entre virtude e felicidade em Sócrates. *Filosofia Unisinos*, São Leopoldo, RS. v.10, n. 13, p. 254-264, 2009.

MARCELINO. Felipe. **Ética na Advocacia**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/949/Etica-na-Advocacia>. Acesso em: 4 jul. 2019.

MASCARO. Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2013

OAB. **Resolução n. 02/2015**. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2020.

PRECHT. Richard David. **Amor: um sentimento desordenado**. Tradução. Claudia Abeling. Rio de Janeiro: Casa Da Palavra, 2012.

ROCHA. Narcisa Ferreira Lima. **O Agir Ético Segundo Aristóteles**. Dissertação (Mestrado Acadêmico Em Filosofia). Universidade Estadual Do Ceará, Fortaleza 2009.



SOLLBERG. Rafael Gondim D'Halvor. O Advogado e a busca pela Justiça. *Portal Jurídico Investidura*, Florianópolis, SC, 28 nov. 2009. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/filosofia-do-direito/124074-o-advogado-e-a-busca-pela-justica. Acesso em: 4 jul. 2020.

KHALIL. Antoin Abou. **A questão ética na advocacia**: uma abordagem crítica. Tese de doutorado (Filosofia e Teoria Geral do Direito). USP. São Paulo, 2014.

CAPÍTULO 10

REMANESCENTES DE QUILOMBO NO CEARÁ: PROCESSO DE RECONHECIMENTO NO INCRA¹⁰

Maria Elanny Damasceno Silva, Mestra em Sociobiodiversidade e Tecnologias Sustentáveis, UNILAB

Olienaide Ribeiro de Oliveira Pinto, Coorientadora, Bolsista de Pós-Doutorado PNPd, MASTS/UNILAB

Juan Carlos Alvarado Alcócer, Orientador, Professor e Coordenador, MASTS/UNILAB

RESUMO

O termo Quilombo é de origem africana, possui como significados: associação guerreira, povoações de escravos fugidos, entre outros. Os dados históricos referentes aos remanescentes de quilombos do Estado do Ceará são escassos e, portanto, reconhecer as identidades herdadas de ancestrais africanos são cruciais para perpetuar o legado afro em comunidades habitadas. O objetivo deste texto é descrever o número de famílias de comunidades remanescentes de Quilombo no Ceará, e que a partir disso possuem o direito de reconhecimento junto aos órgãos políticos reguladores, estando com processos em andamento no INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária atualizados em 2019. A pesquisa é classificada como teórica e descritiva/explicativa. O INCRA contabilizou treze municípios cearenses com processos de titulação de terras na Coordenação Geral de Regularização de Territórios Quilombolas – DFQ, totalizando 1.323 famílias incluídas no grupo social quilombola. O trabalho realizado pelos órgãos reguladores territoriais de comunidades remanescentes de Quilombos é uma das maneiras de oficializar às diversas famílias o direito à condecoração pelo espaço, e consequentemente, maior visibilidade no reconhecimento de seus direitos ao acesso à terra dentre outros benefícios, como descendentes de africanos.

PALAVRAS-CHAVE: Território quilombola; Direito à terra; Grupo social; Titulação de Terras.

INTRODUÇÃO

Fonelles (2008, p. 6), explica que “os dados históricos referentes aos remanescentes de quilombos do Estado do Ceará são escassos”, o que dificulta pesquisas em áreas antropológicas, históricas e sociais de modo geral voltadas para origens e costumes africanos no estado. A pesquisa de Caminha (2011), enfatiza que existe referência de negros no Ceará por volta de 1600 em ambientes quilombolas, sendo esse fato que comprova a existência de negros na

¹⁰ Este texto é uma atualização do trabalho apresentado em 2017 no XI Seminário De Mobilidade Humana, III Seminário Internacional de Migrações, Diásporas Africanas e Cooperação Sul-Sul e I Seminário Internacional de Novos Estudos Africanos da Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira - UNILAB.



sociedade cearense. De fato, ainda existe controvérsias a respeito das origens e atividades realizadas por negros escravizados no Ceará, entretanto há literaturas científicas que esclarecem que o estado possuiu populações de escravizados que trabalhavam em serviços domésticos como também em engenhos de cana de açúcar.

De acordo com Dantas (2009), após fugirem, os escravizados viviam em comunidades alternativas que cresceram resistindo com força, qualidade, número e organização, se intensificando e tornando-se referência de quebras de amarras sociais, o que passou a ser um problema sócio político no Brasil. O que não deveria ser um problema, pois o mínimo que as vítimas da escravidão poderiam ter é o direito a reconstruir suas vidas dignamente e em paz em um ambiente favorável, pois muitos não podiam voltar para o continente africano, aceitando pertencer a um local estrangeiro, porém seguro após as fugas. Nesses locais eram criados pequenos abrigos, casas e vilas, conhecidos como quilombos.

A palavra Quilombo é de origem africana, os significados atribuídos são: associação guerreira, povoações de negros escravizados fugidos, entre outros. A formação das identidades coletivas é variada e não deixam de existir com o tempo. Reconhecer essas identidades herdadas de africanos nos séculos passados são cruciais para perpetuar esse legado em comunidades do presente (DANTAS, 2009). O quilombo é um cenário rico de costumes, histórias e crenças que devem ser respeitadas e legitimadas devidamente por sua relevância sociocultural e resistência diante das subjugações impostas em uma época escravocrata.

Sabe-se que a escravização de seres humanos é desumano e considerado crime contra a humanidade, logo, este artigo não se atém às questões históricas e/ou jurídicas da trajetória de escravização de africanos, mas trata brevemente do direito à terra às famílias remanescentes de quilombo no Ceará, como uma forma de valorização dos costumes e também por proporcionar a Titulação do espaço para que possam viver em família e produzir alimentos em um local assegurado por órgãos responsáveis. Importante deixar claro que essas ações não reparam os danos irreversíveis envolvendo seus antepassados, porém propicia autonomia de território, fortalecendo e qualificando suas origens de lutas, cultura e resistências.

Na condição de quilombolas eles recriaram, conforme as condições do ambiente, novos jeitos de viver, agora como afro-brasileiros. Isto não se concretizava em um lugar isolado, (apenas no famoso ‘Palmares’); mas espalhadas pelo Brasil estamos procurando nos deter no Ceará, não temos grandes registros ou estudos mais aprofundados, preocupados em compreender negritudes (DANTAS, 2009, p. 64).

Diante dessas explicações, este texto busca contribuir no enriquecimento das pesquisas da área ao conhecer e destacar o passo a passo dos processos de Titulação de Territórios



quilombolas cearenses reconhecidos e registrados em órgãos competentes. O objetivo deste texto é descrever o número de famílias de comunidades remanescentes de Quilombo no Ceará, e que a partir disso, possuem o direito à terra junto aos órgãos políticos reguladores, estando com processos em andamento no INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária atualizados em 2019.

METODOLOGIA

O processo metodológico utilizado é classificado em pesquisa teórica, descritiva/explicativa com levantamento de dados bibliográficos, tendo enfoque no contexto que remete à criação de comunidades quilombolas no Ceará e os atuais processos de Titulação de Terras quilombolas junto aos órgãos competentes.

Possui abordagem mista, qualitativa e quantitativa, com coleta de dados no site do INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Para Goldenberg (2004), a pesquisa qualitativa não tem como principal função a representação numérica, mas o aprofundamento da compreensão de um grupo social dentre outras denominações sociais.

A quantificação dos dados apresentados auxilia na organização dos números de famílias e seus respectivos processos e etapas de Titulação de Terras no INCRA. Em consonância com Fonseca (2002), o levantamento bibliográfico é realizado por referências teóricas já estudadas e publicadas por meios digitais e impressos como livros, artigos e sites.

PROCESSO DE TITULAÇÃO DE TERRAS QUILOMBOLAS

O reconhecimento de espaços quilombolas é excelente para a compreensão e a afirmação de seu território, e assim respeitar devidamente o quilombo e sua importância cultural e social, “eles querem suas terras, mas não querem com isto carregarem heranças marginalizadas do escravismo...” (DANTAS, 2009, p. 91). A legalização de terras confere posse legitimada das famílias integrantes do grupo quilombola evitando que haja quaisquer expulsão e obtenção de terras por parte de donatários particulares ou públicos, mas para isso é necessário passar por processos, comumente burocráticos, para finalmente receber o direito à terra.

Até 2003, o órgão competente para titulação territorial (identificação e delimitação dos territórios), a nível federal era a Fundação Cultural Palmares. Com o Decreto 4.887/2003 essa autonomia foi transferida para outros órgãos como o INCRA (FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES, 2017). A Secretaria de Patrimônio da União – SPU, também emite títulos ou

Contrato de Concessão de Direito Real de Uso aos quilombolas situados em suas proximidades. O INCRA titula áreas que estão em territórios públicos federais ou em zonas particulares. Os municípios e Estados possuem obrigação de expedir os títulos as suas comunidades quilombolas (INCRA, 2017). A escolha do uso de dados do INCRA deve-se à facilidade de acesso à obtenção desses números. Reforçar-se que estas apurações não compreendem a totalidade de famílias quilombolas no Estado do Ceará, apenas daquelas que fazem parte de localizações públicas federais ou privadas.

Inicialmente, para abertura do processo de titulação é imprescindível que seja feito o reconhecimento das famílias como pertencentes a um grupo social quilombola, por meio da realização de estudos antropológicos que atestam a veracidade da origem. Em seguida, após efetivação do reconhecimento parte-se para o pedido do processo de titulação de território.

A Certidão não garante direito ao território, ela apenas cumpre a função de reconhecer o grupo social como quilombola. É somente após obter a Certidão que as comunidades podem solicitar junto ao INCRA a titulação de suas terras (COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO, 2009 apud ANQ, 2016, p. 6).

De acordo com a Articulação Nacional de Quilombos – ANQ foi gerado o Relatório da Situação Quilombola no Brasil em que reforça que “O título de propriedade coletiva é o documento que garante o direito efetivo sobre o território por meio de sua delimitação” (ANQ, 2016, p. 6). Esta delimitação é realizada com base em estudos e informações georreferenciados que demarcam o terreno reconhecido para a comunidade assentada, gerando o título de propriedade coletiva.

Segundo o INCRA foram contabilizados treze municípios no Ceará com processos de titulação de terras em andamento na Coordenação Geral de Regularização de Territórios Quilombolas – DFQ, totalizando 1.323 famílias incluídas no grupo social quilombola, conforme o Quadro 1.

Quadro 1 - Relação de Municípios, comunidades e quantidade de famílias em andamento de Processos de Titulação de Terras no INCRA - 2019

Município	Comunidades	Nº de famílias	Etapa
Aquiraz	Lagoa do Ramo e Goiabeira	137	Portaria no DOU
Aracati	Córrego de Ubaranas	61	RTID
Araripe e Salitre	Sítio Arruda	34	CDRU
Caucaia	Boqueirão da Arara	89	RTID
Crateús	Queimadas	96	RTID
Croatá e Ipueiras	Três Irmãos	15	Decreto no DOU

Horizonte e Pacajús	Alto Alegre, Adjacências e Base	375	Decreto no DOU
Moraújo e Coreaú	Timbaúba	142	RTID
Novo Oriente	Minador	56	RTID
Quixadá	Sítio Veiga	39	RTID
Salitre	Serra dos Chagas	32	Portaria no DOU
Tamboril	Lagoa das Pedras e Encantados do Bom Jardim	67	CDRU
Tamboril	Brutos	76	Decreto no DOU
Tururu	Água Preta	104	RTID
Total		1.323	

Fonte: Adaptado de INCRA-DFQ, 2016, 2019.

Vale ressaltar que estes dados não são definitivos. Esta quantidade é referente aos dados do INCRA de 2016, pois não ocorreu alterações no quantitativo na última atualização de 2019. De acordo com as atualizações anuais poderá haver novos processos de titulação de territórios quilombolas. Percebe-se que a quantidade de famílias com processos de titulação de terras no INCRA é baixo, embora não seja a totalidade de integrantes quilombolas residentes no Ceará, este quantitativo evidencia a primordialidade de assegurar as bases africanas existentes nesses municípios por meio do direito à terra.

A seguir, estão descritas as etapas e seus respectivos significados. No que diz respeito às etapas dos processos, o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID) é o passo inicial, que consiste na delimitação de áreas quilombolas, realizada por técnicos do INCRA às comunidades ocupantes (INCRA, 2017). A Concessão do Direito Real do Uso (CDRU)¹¹ concede em escritura pública e gratuita, definitivamente, o direito do uso de terras às famílias.

O site do INCRA (2020) disponibiliza o passo a passo para o processo de regularização de terras quilombolas, confira:

Primeira etapa: autodefinição quilombola – Com a auto definição de grupo quilombola é necessário entregar ao INCRA a Certidão emitida pela Fundação Cultural Palmares;

Segunda etapa: Formulação do RTID – elaboração do relatório técnico que delimita informações cartográficas, agronômicas, fundiárias, ecológicas, geográficas, históricas, socioeconômicas e antropológicas desenvolvido por órgãos públicos e privados;

¹¹ Para maiores informações acesse: [HTTPS://URL.GRATIS/PRIR8](https://url.gratis/prir8). Acesso em: 11 jun. 2020.

Terceira etapa: publicação do RTID - após publicação do RTID os interessados têm até 90 dias para contestação do relatório junto à Superintendência Regional do INCRA;

Quarta etapa: Portaria de reconhecimento – a identificação das terras termina com a publicação de Portaria do INCRA no Diário Oficial da União e Estados;

Quinta etapa: Desapropriação – Se houver imóveis privados (título ou posse) ocupando o território é necessário Decreto de Desapropriação por Interesse Social pelo Presidente da República. Ocorrerá o pagamento dos imóveis desapropriados e terra nua, de acordo com os valores de mercado;

Sexta etapa: Titulação – O Presidente do INCRA, mediante a outorga de título coletivo, realizará a titulação do território, sendo proibida a venda e penhora.

Como visto, os procedimentos técnicos que envolvem a Titulação de Terras Quilombolas pelo INCRA são metódicos, mas essenciais para que as famílias sejam asseguradas com o direito ao espaço conquistado. Com os direitos à terra garantidos os grupos quilombolas podem ter acesso a outros direitos, como por exemplo, políticas públicas rurais, culturais e educacionais, que auxiliam no conforto e qualidade de vida das famílias, bem como no fortalecimento e preservação do legado afro-brasileiro às próximas gerações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos ao acesso à terra por parte de famílias quilombolas é resguardado por meio de Instituições e Agências responsáveis, e que após o reconhecimento da origem ancestral africana comprovada por profissionais e técnicos é possível iniciar o processo de Titulação de Terras, podendo ser a nível municipal, estadual ou federal. Para famílias com territórios localizados em área federal ou privada é necessário que dirijam-se ao INCRA.

O Ceará possui o total de 1.323 famílias em treze municípios com processos em andamento no INCRA, segundo dados do Relatório da Coordenação Geral de Regularização de Territórios Quilombolas.

O trabalho realizado pelos órgãos reguladores territoriais de comunidades remanescentes de quilombos é uma das maneiras de oficializar, as diversas famílias do país e do Ceará, o direito de condecoração pelo espaço e, conseqüentemente, promover maior fortalecimento da importância das origens africanas, oportunizando direitos aos descendentes e perpetuando a sua história na construção da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ANQ. **Remanescentes de Quilombo**: do reconhecimento de direitos às disputas territoriais - Panorama do Brasil. Articulação Nacional de Quilombos. Maranhão, 9 f. 2016.

CAMINHA, R. A Cultura Negra e o Ceará: Uma Relação a ser Descoberta. In: CEARÁ, Governo do Estado do Ceará. **Africania e Cearensidade**: Catálogo do Museu Histórico e Memorial da Liberdade. Fortaleza: Instituto Olhar Aprendiz, 2011. p. 62.

DANTAS, S. M. S. **Memórias e Histórias de Quilombo no Ceará**. Repositório Institucional UFC, (Tese) Doutorado em Educação - UFC, Fortaleza, 2009. 269 f. Disponível em: [HTTP://WWW.REPOSITORIO.UFC.BR/HANDLE/RIUFC/5947](http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/5947). Acesso em: 15 out. 2017.

FONSECA, J. J. S. D. **Metodologia da pesquisa científica**, Fortaleza, 2002. Disponível em: [HTTPS://URL.GRATIS/MJTUO](https://url.gratis/mjtu0). Acesso em: 15 out. 2017.

FONTELES, L. V. **A Identidade do Negro Sertanejo e a "Invenção" dos Remanescentes de Quilombos**. In: IV ENECULT - Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura, Salvador, IV, 28 a 30 Maio 2008. 11. Disponível em: [HTTP://WWW.CULT.UFBA.BR/ENECULT2008/14406.PDF](http://www.cult.ufba.br/ENECULT2008/14406.PDF). Acesso em: 29 set. 2017.

FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES. **Comunidades Remanescentes de Quilombos**, 2017. Disponível em: [HTTP://WWW.PALMARES.GOV.BR/COMUNIDADES-REMANESCENTES-DE-QUILOMBOS-CRQS](http://www.palmares.gov.br/comunidades-remanescentes-de-quilombos-crqs). Acesso em: 15 out. 2017.

GOLDENBERG, M. **A Arte de pesquisar**: como fazer pesquisa qualitativa em Ciências Sociais. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. Disponível em: [HTTP://WWW.UFJF.BR/LABESC/FILES/2012/03/A-ARTE-DE-PESQUISAR-MIRIAN-GOLDENBERG.PDF](http://www.ufjf.br/labesc/files/2012/03/A-ARTE-DE-PESQUISAR-MIRIAN-GOLDENBERG.PDF). Acesso em: 15 out. 2017.

INCRA. **Quilombolas**. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, 2016. Disponível em: [HTTP://WWW.INCRA.GOV.BR/SITES/DEFAULT/FILES/INCRA-ANDAMENTOPROCESSOS-QUILOMBOLAS_QUADROGERAL.PDF](http://www.incra.gov.br/sites/default/files/incra-andamentoprocessos-quilombolas_quadrogeral.pdf). Acesso em: 11 jun. 2020.

_____. **Regularização de território quilombola**: Perguntas & Respostas. Diretoria de Ordenamento da Estrutura Fundiária. Coordenação Geral de Regularização de Territórios Quilombolas – DFQ. 17 p. 2017. Disponível em: [HTTP://WWW.INCRA.GOV.BR/SITES/DEFAULT/FILES/INCRA-PERGUNTASRESPOSTAS-A4.PDF](http://www.incra.gov.br/sites/default/files/incra-perguntasrespostas-a4.pdf). Acesso em: 11 jun. 2020.

_____. **Passo a passo Quilombolas**. 2020. Disponível em: [HTTP://WWW.INCRA.GOV.BR/PT/PASSO_A_PASSO_QUILOMBOLAS](http://www.incra.gov.br/pt/passo_a_passo_quilombolas). Acesso em: 11 jun. 2020.

CAPÍTULO 11

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO BRASILEIRO POR EVENTOS ADVERSOS DECORRENTES DA VACINAÇÃO CONTRA O CORONAVÍRUS

Otávio Martins Finger, Advogado, pós-graduando em Direito Administrativo pela UniAmérica

RESUMO

A presente pesquisa tem por escopo averiguar como se dá a responsabilidade civil do Estado por eventuais efeitos colaterais resultantes da vacinação contra o Coronavírus, sobretudo após a edição da Lei nº 14.125/2021. Referida legislação autorizou os entes federativos, quando da aquisição de imunizantes contra o novo vírus, a assumirem os riscos atinentes à responsabilidade civil, em caso de ocorrência de eventos adversos imprevistos, causados pela vacinação. Com esse objetivo, o estudo aborda as nuances que permeiam o tema da responsabilidade civil do Estado, analisando a regra prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, bem como a possibilidade de ampliação dessa responsabilidade por meio de lei. Ademais, investiga-se como pode ocorrer a assunção de responsabilidade civil pelo ente estatal, assim como a finalidade dessa assunção. Por fim, examina-se, com base em entendimentos doutrinários e precedentes judiciais, a constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 14.125/2021. A abordagem utilizada é a dedutiva, pois parte de conceitos desenvolvidos pela doutrina jurídica e pela jurisprudência para concluir, ao final, o que a legislação acima mencionada traz de inovação em termos jurídicos e como pode auxiliar na obtenção de indenizações por eventuais vítimas de efeitos colaterais decorrentes da vacinação contra o Coronavírus.

PALAVRAS-CHAVES: Responsabilidade civil do Estado. Coronavírus. Vacinação.

INTRODUÇÃO

A pandemia de Coronavírus refletiu sobremaneira em todas as áreas da ciência jurídica no Brasil. Na tentativa de adaptar-se à nova realidade, bem como objetivando evitar a disseminação do novo vírus e amenizar os efeitos econômicos nefastos decorrentes das restrições impostas às atividades comerciais, tanto o direito público quanto o privado sofreram alterações.

Uma das searas em que mais se levantou questões que envolvem o vírus Covid-19 foi a da responsabilidade civil estatal. Precisamente após o desenvolvimento dos mais diversos imunizantes contra o vírus, questionou-se qual seria a postura do Estado para a vacinação em massa da população, bem como o que aconteceria se, em algum caso, houvesse danos colaterais imprevistos na introdução das substâncias nos seres humanos.



Algumas das empresas produtoras de vacinas, antevendo a possibilidade de ocorrência de eventos adversos, exigiram dos governos, nas contratações para a compra de vacinas, que o Estado contratante assumisse os riscos decorrentes da vacinação da população. Mesmo sem lei prevendo essa situação, o Estado brasileiro firmou os aludidos contratos, ciente da assunção de responsabilidade.

Com vistas a dar maior segurança jurídica à questão, foi sancionada a Lei nº 14.125/2021, prevendo a possibilidade do ente federativo assumir os riscos atinentes à responsabilidade civil, em relação a eventos adversos pós-vacinação, sob a condição de haver o prévio registro e autorização da vacina pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Nesse sentido, a presente pesquisa se faz pertinente, com o escopo de analisar as discussões, sobretudo doutrinárias, que permeiam a assunção de responsabilidade civil pelo Estado em situações excepcionais. Ademais, averiguar a natureza da assunção de responsabilidade pelo Estado, especificamente no que concerne à referida legislação, e notadamente durante a atual calamidade pública, mostra-se questão de especial relevância e necessidade no momento em que se vive no país.

Considerando o objetivo do trabalho, utilizar-se-á do método dedutivo de abordagem, partindo-se de conceitos criados e discutidos pela doutrina jurídica com o objetivo de averiguar como ocorre - e poderá ocorrer - a responsabilidade civil do Estado por efeitos colaterais pós-vacinação. Outrossim, o método de pesquisa bibliográfico será empregado, uma vez que, para atingir a meta principal do estudo, serão utilizados livros e textos próprios da ciência jurídica, bem como legislação e jurisprudência.

Destarte, tendo em vista a atualidade da temática, bem como as discussões jurídicas que a envolvem, o presente estudo, que tem por finalidade analisar a responsabilidade civil do Estado especificamente quanto a eventos adversos resultantes da vacinação contra o Coronavírus, manifesta-se essencial tanto para a sociedade quanto para a doutrina especializada.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO BRASILEIRO

Como se sabe, a responsabilidade civil do Estado passou por diversas fases no decorrer da História. Partindo da tese da irresponsabilidade estatal, baseada no postulado “*the king can do no wrong*”, passando pela responsabilidade civil subjetiva, condicionada à demonstração da



culpa do agente, bem pela Teoria da Falta do Serviço, condicionada à aferição de irregularidade no serviço público, chegou-se, finalmente, na teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado.

Segundo esta última tese, acolhida pela atual Constituição Federal (1988) no art. 37, §6º, o Estado e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público são obrigados a reparar os danos que seus agentes causarem a terceiros, independentemente da análise de culpa, ou seja, pouco importando se o referido agente agiu com negligência, imprudência, imperícia ou dolo. A culpa é anônima, de modo que não é o agente público que responde pelo dano, e sim o ente federativo que integra.

Na linha do que assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 841), a responsabilidade civil do Estado “corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos e omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

O conceito trazido pela renomada autora administrativista é amplo, uma vez que não abrange somente os atos do Poder Executivo na sua atividade típica (administrar), mas também os atos do Poder Legislativo e Judiciário. Não haveria como cogitar, assim, que a responsabilidade civil prevista na Constituição estaria restrita à Administração Pública propriamente dita, pois a responsabilidade civil é do *Estado*, por expressa disposição constitucional.

A responsabilidade civil estatal brasileira tem por fundamento a Teoria do Risco Administrativo. Como dito, para a referida tese, o Estado é obrigado a reparar os danos que seus agentes causarem a cidadãos, sendo irrelevante a discussão quanto à culpa, exceto em posterior ação de regresso do Estado contra o agente causador do dano.

A teoria citada baseia-se, notadamente, no princípio da solidariedade social, também subsumido na Carta Maior, no seu art. 3º. Explicando este peculiar fundamento da responsabilidade objetiva estatal, Hely Lopes Meirelles (2015, p. 764) assim refere:

Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no *risco* que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF/46.



Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2018, p. 811) salienta que a responsabilidade civil objetiva apoia-se na ideia de repartição dos encargos sociais. Segundo o que sustenta o autor, justamente porque a atividade administrativa tem como objetivo primário beneficiar a coletividade, os eventuais danos causados a certos indivíduos da sociedade devem ser ressarcidos também por essa coletividade, representada pelo Estado.

Dessa forma, tem-se que o Estado é responsável, independentemente da existência de culpa do agente, pelos danos causados a terceiros. A Teoria do Risco Administrativo foi a adotada pelo Brasil, no seu ordenamento, para sustentar a responsabilidade objetiva estatal, servindo de alicerce, igualmente, os princípios da solidariedade social e da repartição dos encargos sociais.

Ainda, é de se ressaltar que a responsabilidade civil estatal a que alude a Carta Magna abrange qualquer ato antijurídico. A antijuridicidade refere-se a atos contrários à lei e *ao Direito*, de modo que contempla tanto os atos ilícitos causados a terceiros, como os atos lícitos que resultam em danos anormais e específicos a um determinado indivíduo da sociedade.

A ideia de juridicidade está ligada à obediência do administrador também à ordem constitucional, e não apenas à lei ordinária. Nessa linha leciona Luís Roberto Barroso (2018, p. 420):

Supera-se, assim, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.

No que concerne à temática da responsabilidade civil, assim, deve-se ter em mente que não somente atos ilícitos - leia-se, contrários à lei - são suscetíveis de reparação. Os atos aparentemente lícitos, mas que sejam atentatórios ao Direito e à Constituição (princípio da juridicidade), da mesma forma podem acarretar na obrigação de reparar o dano por parte do Estado.

Apesar de não haver discussão acerca da culpa no agir do agente público para fins de responsabilização do Estado, a Teoria do Risco Administrativo ainda admite a exclusão total ou parcial da responsabilidade. Sobre as excludentes da responsabilidade estatal, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1049) refere que o Estado só se eximirá de responder se faltar o nexo de causalidade entre o seu comportamento comissivo e o dano provocado.



Odete Medauar (2018, p. 363) elenca como excludentes de responsabilidade as hipóteses de caso fortuito, força maior, a conduta exclusiva ou concorrente da vítima e a conduta culposa de terceiro. A autora assevera que não há consenso doutrinário quanto às duas primeiras hipóteses, sendo para alguns doutrinadores a força maior o que para outros se classificaria como caso fortuito. A conduta da vítima também é determinante, uma vez que pode elidir a responsabilidade do Estado, total ou parcialmente, na medida em que contribuir para a ocorrência do evento danoso. A conduta culposa de terceiro - que não o agente público - também pode excluir a responsabilidade do Estado.

Assim, nos casos de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, culpa exclusiva de terceiro, caso fortuito ou força maior, em regra a responsabilidade civil do Estado é afastada - ou atenuada -. Dessa forma, entende-se que mesmo estando dispensada a demonstração da culpa do agente causador do dano, pela Teoria do Risco Administrativo ainda consegue-se excluir a responsabilidade, se ocorrer alguma das hipóteses acima mencionadas.

Cumprir tecer alguns comentários sobre o que parte da doutrina administrativista brasileira passou a chamar de Teoria do Risco Integral. Não obstante o ordenamento jurídico pátrio fazer expressa menção à Teoria do Risco Administrativo, que, como dito, aceita a incidência de excludentes de responsabilidades, alguns autores passaram a sustentar a existência de hipóteses de responsabilidade em que seriam incabíveis as excludentes.

No entendimento de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 258), a Teoria do Risco Integral “é modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior”. Denota-se que as duas teorias citadas - Risco Administrativo e Risco Integral -, embora fundadas no caráter objetivo, não se confundem, uma vez que o risco integral compreende a responsabilidade do Estado em reparar até mesmo danos não imputáveis a comportamento - comissivo ou omissivo - seu.

Os adeptos da existência da Teoria do Risco Integral exemplificam a aplicabilidade da tese com alguns casos previstos na legislação brasileira. Di Pietro (2020, p. 846) cita os danos causados por acidentes nucleares, com base no art. 21, XXIII, *a*, da Constituição Federal e na Lei nº 6.453/1977, bem como a hipótese de danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, com fundamento nas Leis nº 10.309/2001 e 10.744/2003. A autora ainda salienta que, nas hipóteses mencionadas, a responsabilidade do Estado “incide independentemente da ocorrência de circunstâncias que



normalmente seriam consideradas excludentes de responsabilidade".

Não obstante a aceitação de alguns poucos doutrinadores, o risco integral, especificamente no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado, é bastante criticado por certos juristas. Hely Lopes Meirelles (2015, p. 765) assevera, muito propriamente, que a referida teoria conduz “ao abuso e à iniquidade social”, uma vez que obriga a Administração “a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima”.

No atual contexto de pandemia de coronavírus, é de se cogitar que a responsabilidade civil de que trata a Lei nº 14.125/2021, que autoriza o Estado a assumir os riscos atinentes a responsabilidade civil, quanto aos efeitos colaterais pós-vacinação, esteja enquadrada na Teoria do Risco Integral.

Para a resolução dessa questão, que será tratada no capítulo seguinte, é preciso compreender como se dá a responsabilidade civil do Estado, em regra. Como visto, a Constituição adota expressamente a teoria objetiva de responsabilidade, na vertente do risco administrativo, admitindo ao Estado alegar excludentes. Contudo, foi construído pela doutrina o chamado risco integral, que não aceita qualquer hipótese de exclusão da responsabilidade, estando o ente estatal obrigado, nestes casos, a reparar até mesmo danos a que não deu causa.

2 A ASSUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ESTADO POR EVENTOS ADVERSOS PÓS-VACINAÇÃO CONTRA O CORONAVÍRUS - O ART. 1º DA NOVA LEI Nº 14.125/2021

Conforme o que foi exposto acima, a responsabilidade do Estado brasileiro prevista no art. 37, §6º da Constituição Federal se dá, como regra, pela Teoria do Risco Administrativo, a qual dispensa a demonstração de culpa do agente causador do dano, todavia admite que o Estado sustente alguma das excludentes de responsabilidade.

Ademais, em alguns casos excepcionais, a lei impõe a responsabilidade estatal pelo risco integral, que não pode ser afastada pelas circunstâncias que são denominadas de excludentes de responsabilidade. Assim, nas hipóteses de danos nucleares e danos causados por atentados terroristas a aeronaves brasileiras, por exemplo, o direito positivo exigiu que a responsabilidade estatal fosse alargada.

Pode-se afirmar que a responsabilidade civil estatal neste último caso - lastreada na Teoria do Risco Integral -, seria semelhante, ou até mesmo confundível, com certas hipóteses

em que o Estado assume, por lei, a responsabilidade civil em razão da conduta de terceiros. Assim como no caso do risco integral, na assunção legal de responsabilidade o Estado fica obrigado a reparar danos que não decorreram de atos comissivos ou omissivos seus.

Alguns autores até mesmo citam alguns casos abarcados pelo risco integral como sendo, precisamente, de assunção de responsabilidade civil pelo Estado. Nesse sentido,

A lei pode autorizar o Estado a responder por ato de outrem - desde que existam razões consistentes, à luz da Constituição, para essa assunção de responsabilidade. Uma das razões possíveis, e louváveis é não deixar as vítimas sem indenização. Um exemplo são as Leis nº 10.309/2001 e 10.744/2003, que cuidam da responsabilidade civil da União perante terceiros no caso de atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras. [...]

Observe-se que não há nexo causal entre a ação ou omissão da União e o dano. Apenas se autoriza que ela arque com as respectivas indenizações. Exige-se que os atentados se façam através de aviões, embora as vítimas não precisem ser passageiros, possam estar no solo (Lei nº 10.744/2003). (FARIAS, BRAGA NETTO & ROSENVALD, 2017, p. 634)

Como se vê, a lei pode autorizar, em momentos incomuns e para atender ao interesse público, que o Estado arque com as indenizações que, *a priori*, seriam imputáveis a terceiros. São casos excepcionais em que o objetivo primordial é tornar mais célere a reparação das vítimas, independentemente de haver nexo de causalidade entre uma conduta estatal e o dano causado.

A Lei nº 14.125, sancionada no dia 10 de março de 2021, descreveu no art. 1º mais um caso de assunção de responsabilidade civil pelo Estado. A lei facilita a busca por indenizações pelas vítimas, no caso de ocorrência de eventos adversos resultantes da vacinação contra o Coronavírus, cuja pandemia afeta o planeta causando grave crise sanitária e econômica.

O referido artigo possui a seguinte redação:

Art. 1º Enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), declarada em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), ficam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios autorizados a adquirir vacinas e a assumir os riscos referentes à responsabilidade civil, nos termos do instrumento de aquisição ou fornecimento de vacinas celebrado, em relação a eventos adversos pós-vacinação, desde que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) tenha concedido o respectivo registro ou autorização temporária de uso emergencial (BRASIL, 2021)

O dispositivo teve como finalidade, também, sanar algumas controvérsias, uma vez que certas empresas produtoras das vacinas, como *Pfizer* e *AstraZeneca*, solicitaram ao Estado e às entidades públicas contratantes que assumissem a responsabilidade civil por eventuais efeitos colaterais imprevistos após a vacinação da população. Havia, anteriormente à lei, discussão se a assunção de responsabilidade poderia dar-se por simples contrato de aquisição de imunizantes, firmado entre o ente estatal e a respectiva empresa (G1, 2021).

Não é a primeira vez que a legislação prevê essa tomada de responsabilidade por parte do Estado. Quando do compromisso firmado com a FIFA para a realização da Copa das Confederações e da Copa do Mundo, nos anos de 2013 e 2014, respectivamente, a União também assumiu riscos atinentes à responsabilidade civil, por meio da Lei nº 12.663/2012.

O art. 23 da aludida legislação possui redação bastante similar à disposta no art. 1º da Lei nº 14.125/2021, conforme se vê abaixo:

Art. 23. A União assumirá os efeitos da responsabilidade civil perante a FIFA, seus representantes legais, empregados ou consultores por todo e qualquer dano resultante ou que tenha surgido em função de qualquer incidente ou acidente de segurança relacionado aos Eventos, exceto se e na medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano. (BRASIL, 2012)

Denota-se evidente semelhança entre ambos os dispositivos legais, o que demonstra que, a depender das circunstâncias especialíssimas, pode o Estado assumir a responsabilidade civil, por oportunidade, como ocorreu no caso dos eventos futebolísticos, ou por necessidade, como acontece na vigência da pandemia de COVID-19. Como visto, essa postura legislativa pretende sobretudo facilitar eventuais indenizações.

É de se mencionar, contudo, que nesse último dispositivo mencionado (art. 23 da Lei nº 12.663/2012), a lei faz expressa alusão a pelo menos duas hipóteses de excludente de responsabilidade. Na parte final do artigo, vê-se que a responsabilidade do Estado pode ser mitigada “na medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano”, o que distingue esse caso da já explicada Teoria do Risco Integral.

Resta saber se a legislação mais recente, referente aos eventuais danos decorrentes da vacinação contra o Coronavírus, aceita a incidência de excludentes de responsabilidade. Da leitura do texto do art. 1º, ao menos, infere-se que não há qualquer menção nesse sentido, o que pode levar à conclusão de que é incabível a alegação de ocorrência de alguma excludente.

Quanto à constitucionalidade da Lei nº 14.125/2021, neste ponto em específico, não há controvérsia. É possível, como já mencionado, que o Estado assuma a responsabilidade civil por atos de terceiros em certas circunstâncias, ampliando assim a responsabilidade estatal objetiva prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal já inclusive referendou, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4976, a constitucionalidade do art. 23 da Lei nº 12.663/2012, dispositivo que, como visto, possui certa equivalência com o art. 1º da Lei nº 14.125/2021. Abaixo trecho da ementa da citada ADI:

[...] A disposição contida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal não esgota a matéria relacionada à responsabilidade civil imputável à Administração, pois, em situações especiais de grave risco para a população ou de relevante interesse público, pode o Estado ampliar a respectiva responsabilidade, por danos decorrentes de sua ação ou omissão, para além das balizas do supramencionado dispositivo constitucional, inclusive por lei ordinária, dividindo os ônus decorrentes dessa extensão com toda a sociedade. (BRASIL, 2014)

Assim, entende-se que a assunção de responsabilidade civil pelo Estado, por meio de lei, é constitucional, não configurando violação à regra prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal, mas sim ampliação da responsabilidade estatal, notadamente para atender o interesse público. É de se inferir, sob esse fundamento, bem como com base no precedente citado, que o art. 1º da Lei nº 14.125/2021 não padece de vício de inconstitucionalidade.

É de ressaltar que alguns autores sequer consideram a assunção de riscos de responsabilidade pelo Estado como sendo responsabilidade civil propriamente dita. Marçal Justen Filho (2013, p. 1327), por exemplo, assevera tratar-se, na verdade, de uma forma de outorga de benefício a terceiros lesados, e não de responsabilidade civil extracontratual. O renomado publicista ainda refere que, caso fossem, de fato, hipóteses de responsabilidade extracontratual, não haveria necessidade de edição de leis nesse sentido.

Alexandre Santos de Aragão (2012, p. 561), por sua vez, quando comenta a Teoria do Risco Integral e as implicações das Leis nº 6.453/77 e nº 10.744/03 - as quais tratam da responsabilidade do Estado por danos nucleares e danos decorrentes de atos terroristas, respectivamente - alude que as indenizações constituem uma “espécie de obrigação pecuniária do Estado, mais de seguridade social que de responsabilidade civil propriamente”.

Independentemente da configuração jurídica conferida à hipótese, no caso da Lei nº 14.125/2021 o texto legal fez menção expressa à responsabilidade civil. O art. 1º, consoante demonstrado acima, transfere ao Estado a responsabilidade por arcar com eventuais danos resultantes da vacinação, que inicialmente seriam imputáveis às pessoas jurídicas de direito privado que desenvolveram os imunizantes.

Procura-se com a legislação, evidentemente, dar maior segurança jurídica tanto para a Administração Pública no trato com as empresas produtoras, quanto para os administrados, que com a referida lei terão a certeza de reparação civil em caso de danos ocorridos após a vacinação e em decorrência do imunizante.

Ademais, a referida lei autoriza o que já era solicitado por diversas empresas quando da contratação para a compra das vacinas. A transferência da responsabilidade para o Estado, quanto a eventos adversos pós-vacinação, sem lei que a autorizasse, se mostrava um obstáculo



para a aquisição dos medicamentos, o que ao cabo acabou tornando ainda mais morosa a compra e consequente imunização em massa da população. Com a segurança conferida pelo direito positivo, que autorizou a assunção de responsabilidade civil pelos entes políticos estatais, a questão restou sanada.

CONCLUSÃO

A pandemia de Coronavírus, como se sabe, causou crise sanitária e econômica sem precedentes, de extensão global. Durante o ano de 2020, governos de todo o mundo, bem como empresas farmacêuticas, dedicaram-se a encontrar, por meio de pesquisas científicas, o imunizante para o novo vírus. Ao final do referido ano, diversas entidades já contavam com algum tipo de medicamento, cabendo principalmente aos Estados a busca pela sua aquisição.

Com a invenção dos imunizantes, empresas transnacionais como *Pfizer* e *AstraZeneca* impuseram nos contratos cláusulas de assunção de responsabilidade civil pelos Estado adquirentes, notadamente quanto aos riscos relacionados a eventos adversos que decorreriam da vacinação. Pairou, com essa situação, a controvérsia sobre a possibilidade de assunção de responsabilidade civil estatal, por intermédio dos contratos firmados.

Diante disso, o presente estudo pretendeu averiguar a natureza dessa assunção de responsabilidade civil pelo Estado, sobretudo após a edição da Lei nº 14.125/2021. A legislação autorizou aos entes federativos que adquirirem as vacinas a tomada de responsabilidade quanto a eventuais efeitos colaterais imprevistos causados pelo imunizante, sob a condição de que o medicamento tenha prévio registro e autorização concedidos pela Agência de Vigilância Sanitária - Anvisa.

Nessa linha, a primeira parte deste estudo restringiu-se a discorrer sobre como ocorre, usualmente, a responsabilidade civil do Estado brasileiro. Viu-se que, conforme o art. 37, §6º da Constituição, o Brasil adotou a regra da teoria objetiva, na modalidade risco administrativo, segundo a qual o Estado é obrigado a reparar os danos causados por seus agentes, independentemente da demonstração de culpa. Por essa teoria, o ente estatal ainda poderia sustentar, no caso concreto, a ocorrência de excludentes de responsabilidade.

Delineou-se, também, acerca dos elementos da Teoria do Risco Integral, modalidade extrema de responsabilidade objetiva, a qual foi desenvolvida pela doutrina jurídica. Como visto, o direito positivo brasileiro adotou esse alargamento da responsabilidade civil estatal em alguns casos excepcionais, como nas hipóteses de danos nucleares ou danos causados por atentados terroristas a aeronaves brasileiras. Nessas situações, que independem de nexos de

causalidade, não pode o Estado alegar qualquer excludente de responsabilidade.

Na segunda parte do trabalho, procurou-se analisar em que circunstâncias pode ocorrer a assunção de responsabilidade civil pelo Estado, a qual possui algumas semelhanças com a responsabilidade pelo risco integral, sendo inclusive confundidas por alguns autores. Denotou-se que essa assunção de responsabilidade civil pode ocorrer em momentos excepcionais, por conveniência ou necessidade do Estado, bem como para atender ao interesse público. Busca-se, também, tornar mais célere a reparação das vítimas.

Viu-se que a Lei nº 14.125/2021, que autorizou no art. 1º os entes estatais a assumirem a responsabilidade civil quanto a eventos adversos pós-vacinação contra o Coronavírus, não foi a primeira legislação a tratar da assunção de responsabilidade pelo Estado. Na Lei nº 12.663/2012 houve dispositivo análogo, especificamente quanto à responsabilidade civil da União na Copa das Confederações FIFA de 2013 e na Copa do Mundo FIFA de 2014.

A legislação atinente aos jogos esportivos teve sua constitucionalidade referendada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4976, na qual decidiu-se pela possibilidade de ampliação da responsabilidade civil estatal prevista no art. 37, §6º da Constituição, por meio de lei. Com este precedente do tribunal, concluiu-se pela constitucionalidade, também, do art. 1º da Lei nº 14.125/2021, que contempla eventuais danos decorrentes da vacinação contra o Coronavírus.

Por fim, além de analisar a questão da constitucionalidade do dispositivo, o estudo também procurou averiguar as vantagens auferidas com a edição da legislação, no atual momento de pandemia. Concluiu-se que a lei buscou tornar certa a reparação civil das vítimas, que agora terão a segurança de poder acionar o Estado em caso de ocorrência de danos pós-vacinação.

Assim, com a Lei nº 14.125/2021, tornou-se mais concreta a questão da assunção de responsabilidade civil pelo Estado, bem como a indenização de eventuais vítimas. A legislação também satisfaz o pedido das empresas desenvolvedoras de vacinas, referente à inclusão de cláusula de assunção de responsabilidade civil nos contratos para a aquisição de imunizantes contra a Covid-19.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso A. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAOCOMPILADO.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAOCOMPILADO.HTM)> Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.125, de 10 de março de 2021**. Dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19 e sobre a aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14125.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.663, de 5 de junho de 2012**. Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis nºs 6.815, de 19 de agosto de 1980, e 10.671, de 15 de maio de 2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12663.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito Administrativo**. 33.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

G1. Cláusula de responsabilidade por eventuais efeitos colaterais da vacina é obstáculo para acordo entre governo federal e Pfizer. **Globo**. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/02/24/clausula-de-responsabilidade-por-eventuais-efeitos-colaterais-da-vacina-e-obstaculo-para-acordo-entre-governo-federal-e-pfizer.ghtml>>. Acesso em: 08 abr. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41.ed. atualizado por Délcio Balestero Aleixo; José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6.ed. São Paulo: Método, 2018.

CAPÍTULO 12

A AMPLIAÇÃO DE LEGITIMADOS: NOTAS TEÓRICAS SOBRE AS AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Rodrigo Cristiano Diehl, Doutorado em Direito com bolsa Capes, UNISC, assessor jurídico

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo discutir a possibilidade de ampliação do rol dos legitimados para a propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade como mecanismo de promoção e efetivação do acesso à justiça constitucional. Desse modo, questiona-se: quais os desafios e as perspectivas de ampliação do rol dos legitimados previsto no artigo 103 da Constituição Federal na propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil pode-se enquadrar como mecanismo de promoção e de efetivação do acesso à justiça constitucional? Em sua construção, o artigo foi dividido em dois momentos, onde cada um corresponde respectivamente ao seu objetivo específico, sendo assim, o primeiro subcapítulo preocupou-se em compreender a evolução histórica do controle de constitucionalidade concentrado e, o segundo, em verificar a possibilidade de ampliação do rol dos legitimados na propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade como promoção e concretização do acesso à justiça constitucional, realizando uma análise dos direitos fundamentais no Brasil, da evolução do controle de constitucionalidade e da ideia de supremacia constitucional para, ao final, responder ao problema inicialmente proposto. Em sua construção e na condição de aspectos metodológicos, utilizou-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo, como métodos de procedimento o histórico e o monográfico, tendo como técnicas de pesquisa a bibliográfica e a documental.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça constitucional. Ampliação dos legitimados. Cidadão. Controle concentrado de constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

Com o aperfeiçoamento das sociedades, a participação social no processo de consolidação das democracias na América Latina mostra-se imprescindível, diante do atual cenário mundial globalizado e com consequências sociais, políticas e econômicas, buscar meios que viabilizem a integração e que possibilite o favorecimento da corresponsabilidade e da participação dos cidadãos em suas comunidades, com a principal finalidade de instigar e construir uma cultura de participação ativa na tomada de decisões e nos rumos da sociedade.

Desse modo, a presente pesquisa tem por objetivo central discutir a possibilidade de ampliação dos legitimados na propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade enquanto instrumento de promoção e efetivação do acesso à justiça



constitucional ao possibilitar que o cidadão ingresse diretamente no Poder Judiciário suscitando a inconstitucionalidade de determinada norma do ordenamento jurídico que esteja afrontando a Constituição da República.

Diante de tal contexto, questiona-se: quais os desafios e as perspectivas de ampliação do rol dos legitimados previsto no artigo 103 da CRFB/88 na propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil pode-se enquadrar como mecanismo de promoção e de efetivação do acesso à justiça constitucional? Para responder a tal problemática, a presente pesquisa foi estruturada em dois momentos, onde cada um deles corresponde respectivamente a um objetivo específico traçado.

O primeiro tópico tem por foco dissertar, em notas teóricas, sobre a problemática da ampliação e, por consequência, da inclusão do cidadão no rol dos legitimados na propositura das ações do controle de constitucionalidade concentrado enquanto promotor e concretizador do acesso à justiça constitucional. Inicia-se avaliando as principais perspectivas da questão dos direitos fundamentais no Brasil e a necessidade de proteção por parte do Judiciário, especialmente quanto a normas inconstitucionais, isto é, legislações contrárias a toda uma ordem constitucional previamente instituída.

Parte-se, na sequência, para o estudo da evolução do controle de constitucionalidade, tanto do modelo difuso de origem norte-americano quanto do modelo concentrado idealizado por Hans Kelsen e Georg Jellinek e implementado no ordenamento jurídico austríaco. Na sequência, faz-se um aporte geral sobre o controle de constitucionalidade no Brasil a partir da sua previsão legal ao longo de sua história constitucional, tendo como marco temporal inicial a Constituição Imperial de 1824.

No segundo tópico, analisa-se a possibilidade de ampliação do rol dos legitimados do artigo 103 da CRFB/88 para incluir o cidadão brasileiro como legitimado para propor as ações do controle concentrado de constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade (incluindo a omissão), Ação Declaratória de Constitucionalidade e, por decorrência do artigo 2º, I da Lei nº. 9.882/1999, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como instrumentos de promoção e de efetivação do acesso à justiça constitucional.

A ampliação do rol dos legitimados para a propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade com a inclusão do cidadão (legitimidade ativa) tem como principal objetivo não somente possibilitar que aqueles mais afetados por leis ou atos



normativos contrários à ordem constitucional instituída façam-se ouvir, mas também, como reconhecimento e aperfeiçoamento da democracia na contemporaneidade.

A metodologia apresenta-se como o caminho a ser traçado para alcançar determinada finalidade, dessa forma, como requisito à correta construção da presente pesquisa, utilizar-se-á, enquanto método de abordagem, o hipotético-dedutivo o qual partindo de um problema e de hipóteses buscará vislumbrar possibilidades de solução através de um vasto referencial bibliográfico interdisciplinar. Portanto, a busca da solução para o problema perpassa pela atividade crítica, com vista a refutar possíveis erros e identificar alternativas à sua solução.

No que se refere ao método de procedimento, enquanto etapas mais sólidas da investigação e que possuem uma objetivação restrita em termos de explicação geral dos fenômenos, usar-se-á o histórico e o monográfico, sendo o primeiro pela necessidade de compreender o processo de construção e reconstrução tanto do acesso à justiça quanto do controle de constitucionalidade e, o segundo, na compreensão de todas as perspectivas e possibilidades dos aspectos que cerceiam a inclusão do cidadão no rol dos legitimados para a propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil.

Ao passo que, empregar-se-á a pesquisa bibliográfica e documental como técnicas de pesquisa com a finalidade de sistematizar o referencial teórico e encontrar possíveis respostas ao problema proposto, por meio dos objetivos geral e específicos, tendo por base a identificação e a consulta da produção bibliográfica relevante acerca do tema, incluindo publicações avulsas, jornais, periódicos, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico, entre outros.

A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO: NOTAS TEÓRICAS

Para que em qualquer ordenamento jurídico contemporâneo e democrático possa se falar em controle de constitucionalidade, deve-se primeiro ter como pré-requisito a supremacia da Constituição em sua dimensão tanto material quanto formal. Desse modo, essa supremacia pode ser compreendida de um lado, em sua concepção formal, como o escalonamento normativo dos atos jurídicos, sendo classificada como o parâmetro de fiscalização. E, por outro lado, em sua concepção material, que a ordem constitucional prevaleça mesmo onde haja a força dos costumes e a praxe geral como condição à estabilidade sociológica das constituições.

Esse último pré-requisito do controle de constitucionalidade, a concepção material, ocorre a exemplo em ordenamentos jurídicos como o da Inglaterra, no qual, de acordo com Bulos (2012), a Constituição inglesa, de maneira formal, não possui controle de



constitucionalidade, uma vez que inexistem hierarquia entre leis constitucionais e infraconstitucionais. Entretanto, o que existe é um sistema informal, o qual não se encontra escrito em nenhum documento, mas está axiologicamente ligado ao povo inglês, “[...] numa plêiade de costumes, praxes e documentos jurídicos, os quais são preservados pela inexcedível força do Parlamento” (BULOS, 2012, p. 187).

Sendo assim, as Constituições não podem ser classificadas unicamente como as norteadoras do futuro das sociedades, mas elas detêm também, a função de proteger os direitos fundamentais. Com o desenvolvimento e o aperfeiçoamento do constitucionalismo contemporâneo ocidental, que tem por base a organização do poder político e a observância e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, torna-se necessária a criação de instrumentos capazes de resguardar a Constituição, com fundamento na ideia de justiça constitucional e de salvaguarda dos direitos e das garantias constitucionalmente previstas.

Portanto, o controle de constitucionalidade deve ser concebido como a possibilidade de averiguação da compatibilidade entre uma determinada legislação e as normas constitucionais. De acordo com Barroso (2012, p. 01), configurado o contraste, “[...] o sistema provê um conjunto de medidas que visam a superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia”.

Constitucionalidade e inconstitucionalidade, segundo Miranda (2013), designam uma mesma relação jurídica, na qual de um lado tem-se a norma constitucional e, de outro, um comportamento (em regra, uma legislação infraconstitucional) que estão em confronto seja em sua dimensão formal ou material.

A intensidade da força normativa da constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de constituição. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de que se conforme a constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é em tempos tranquilos e felizes que a constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhece tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura pronto essencial para a caracterização da força normativa da constituição. Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstancia fáticas (HESSE, 1991, p. 24, grifo nosso).



Com o objetivo de manter a supremacia das normas previstas nas constituições e a sua força normativa, criou-se instrumentos de proteção e a necessidade de teorizar o controle de constitucionalidade dos demais atos do ordenamento jurídico, “[...] haja vista que os atos normativos oriundos dos poderes constituídos podem desrespeitar a constituição e causar danos a ela, devendo, portanto, existir um órgão capaz de exercer a competência de ser o guardião da constituição” (SEIXAS; SOUZA, 2014, p. 03). Assim, foram estruturados dois mecanismos de proteção dominantes: o controle difuso (concreto ou incidental) de constitucionalidade e o controle concentrado (abstrato ou principal) de constitucionalidade, sendo importante realizar uma pequena discussão acerca desses modelos.

A primeira forma de controle de constitucionalidade, o difuso, tem origem no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América e surgiu com a interpretação realizada pelo magistrado Marshall no caso *Marbury x Madison*, onde a Suprema Corte americana, em 1803, consolidou o entendimento de que nenhuma legislação infraconstitucional poderia agredir, no sentido de ofender formal ou materialmente, a Constituição, uma vez que ela se encontra no topo do ordenamento.

Essa decisão, de acordo com Barroso (2012), inaugurou um novo momento no constitucionalismo moderno, assentando o princípio da supremacia e da subordinação de todas as legislações e órgãos estatais à Constituição e a possibilidade do magistrado, em grau inicial de ação jurisdicional, afastar a aplicação de determinada norma por estar contrária ao ordenamento. Sendo essa decisão considerada e “[...] celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas” (BARROSO, 2012, p. 08).

Esse primeiro modelo de controle de constitucionalidade tem como legitimado à propositura atualmente qualquer cidadão, grupo ou entidade uma vez que a inconstitucionalidade deve ser suscitada dentro de uma ação judicial que tem como pedido principal fato diverso da inconstitucionalidade, exemplo: ingressa-se no Judiciário requerendo a concessão de um determinado medicamento não previsto nas normas do Sistema Único de Saúde, como pedido secundário requer a inconstitucionalidade do dispositivo que proíbe a concessão de medicamento não previsto em lista, assim, o pedido principal é a concessão do medicamento e o pedido secundário (incidental) o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma.



O segundo modelo de controle de constitucionalidade, e objeto de estudo desse trabalho, é classificado como concentrado/abstrato/abstrato que legitima um único órgão competente para julgar as inconstitucionalidades, normalmente denominado de Corte Constitucional (no caso brasileiro é o Supremo Tribunal Federal), onde inicialmente tem como legitimados para a propositura um rol taxativo e seus efeitos são erga omnes, isto é, aplicado a todos, mesmo aqueles casos não judicializados.

Esse mecanismo de proteção da Constituição teve origem no direito austríaco e foi desenvolvido inicialmente por Georg Jellinek e Hans Kelsen, esse último, ao estruturar o ordenamento jurídico na forma de uma pirâmide no qual a Constituição estaria no topo e a sua decisão abrangeria todos os cidadãos. Uma das principais características desse método, de acordo com Seixas e Souza (2014), é o benefício da segurança jurídica, haja visto que com apenas uma decisão desse órgão a controvérsia estaria pacificada, porém, ao mesmo tempo, por adotar a legitimidade restrita, o acesso dos cidadãos à justiça constitucional torna-se dificultoso.

A contribuição desses dois autores ao controle de constitucionalidade foi extrema, a saber: Jellinek publicou em 1885 um livro afirmando que a principal ideia era a criação de um Tribunal Constitucional, uma vez que haveria a possibilidade de o próprio Parlamento violar a Constituição. Desse modo, “[...] a tarefa de guarda da Constituição não pode ser confiada ao próprio Parlamento, pois nesse caso teríamos uma limitação de cunho moral (dever de respeitar a Constituição), e não uma garantia jurídica prevendo sanções em caso de violação da Constituição” (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 46).

A afirmação da nulidade da lei inconstitucional só pode ser efetiva se houver um mecanismo externo para constatar a inconstitucionalidade e afastar a lei que apresenta esse vício. Até aqui Jellinek concorda plenamente com o raciocínio de Marshall na decisão *Marbury vs. Madison*. Mas se diferencia quando afirma que se o Judiciário realizar tal controle, surge o risco da insegurança em razão das discrepâncias de decisões entre julgadores. Em razão disso, a melhor solução, para Jellinek, consiste na criação de um Tribunal específico que concentre a competência para fiscalizar as leis (Corte de Justiça Constitucional – *Verfassungsgerichtshof*) (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 47).

No que se refere a Kelsen, esse por sua vez justificou a criação de um único órgão de preservação da Constituição diante da impossibilidade de transferir a qualquer pessoa (controle difuso) a possibilidade de decidir sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de determinada norma, impossibilitando a vinculação dos súditos do direito e dos órgãos jurídicos. Assim, segundo Kelsen (1985, p. 288), se o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos “[...] é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a



validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira”.

Esse modelo de controle de constitucionalidade, pensado por Kelsen e Jellinek foi inicialmente implantado no Tribunal Constitucional austríaco e, posteriormente, no Tribunal Constitucional alemão, espanhol, italiano e português (MORAES, 2014). No caso brasileiro, como visto, atualmente compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Por intermédio dessa modalidade, busca-se a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não estando vinculado a nenhum caso concreto, a fim de garantir a segurança das relações sociais e jurídicas e não devem ser pautadas por normas visivelmente contrárias ao ordenamento jurídico posto. Logo, a declaração da inconstitucionalidade consequentemente “[...] é o objeto principal da ação, da mesma forma que ocorre nas Cortes Constitucionais europeias, diferentemente do ocorrido no controle difuso, característica básica do judicial review do sistema norte-americano” (MORAES, 2014, p. 760).

Entretanto, uma das principais críticas ao sistema austríaco de controle de constitucionalidade era o restrito rol de legitimados que poderiam suscitar o controle, parte desse rol foi ampliado em 1975 com a reforma constitucional na qual, de acordo com Dimoulis e Lunardi (2013), mais três hipóteses foram acrescentadas de legitimação ativa. A primeira foi a possibilidade dos tribunais de segunda instância (as Cortes superiores já eram legitimadas) requerem a realização de controle de determinada norma.

A segunda alteração ocorreu com a inclusão da Câmara dos Deputados no rol dos legitimados, onde a partir do requerimento de um terço de seus membros o caso seria levado a Corte Constitucional, permitindo o questionamento da constitucionalidade de leis pela oposição. A terceira, e mais importante diante de sua aproximação com o objeto desse estudo, a possibilidade de qualquer cidadão interessado poderia pedir o controle de constitucionalidade caso uma determinada lei do ordenamento violasse os seus direitos fundamentais (DIMOULIS; LUNARDI, 2013).

Desse modo, partes de ambos os modelos de controle de constitucionalidade foram importados ao Brasil, onde o poder constituinte originário da Constituição adotou um modelo misto/híbrido/composto de justiça constitucional. A tendência mundial atual é a opção por modelos mistos ou compostos de controle, podendo “[...] consistir tão simplesmente na



consagração em simultâneo, e portanto, na coexistência, dos modelos concentrado e o difuso (modelo misto dual)” (URBANO, 2012). Todavia podendo compreender uma combinação mais complexa assistindo-se a uma miscigenação dos dois modelos puros dentro do mesmo processo de fiscalização (modelo misto justaposto), miscigenação essa que, por sua vez, também pode conhecer distinta intensidade.

Com base nessas premissas, importante realizar uma reconstrução e verificação da presença do controle de constitucionalidade nas Constituições brasileiras. Inicialmente, a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 não previa nenhum mecanismo que possa ser comparado aos modelos atuais de controle. Essa inexistência ocorreu diante da influência francesa que se outorgou ao Poder Legislativo a atribuição de construir as legislações, passando pela sua interpretação até a sua suspensão e/ou revogação. Portanto, incumbia ao Legislativo a guarda da Constituição (art. 15, VIII e IX da CI/24).

Ainda presente o espírito da proclamação da República, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 inaugurou no território brasileiro um novo marco para o controle de constitucionalidade. Dessa vez sob influência do direito norte-americano, de acordo com Mendes (2007), o modelo difuso foi consagrado já na denominada Constituição Provisória de 1890, em seu artigo 58, § 1, “a” e “b”. Sendo reafirmado na Constituição de 1891 quando da incorporação da competência do Supremo Tribunal Federal de reaver decisões das Justiças estaduais, em última instância, quando essas ultrapassavam a validade das leis e atos federais em face a Constituição.

No que se refere a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, essa por sua vez realizou grandes transformações no sistema de controle de constitucionalidade, mantendo as disposições trazidas pela Constituição anterior (artigo 76, III, “b” e “c”) introduziu a necessidade da votação por dois terços dos membros do respectivo tribunal para que fosse declarada a inconstitucionalidade. Importante observar que, na Constituinte de 1934, “[...] foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional, inspirada no modelo austríaco” (MENDES, 2007, p. 194).

Diante do cenário político vivenciado pelo povo brasileiro durante a década de 30, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 não pode ser diversa, representando um retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Manteve-se tanto as disposições gerais sobre o controle difuso (art. 101, III, “b” e “c”) quanto a necessidade de quórum especial para a declaração da inconstitucionalidade (art. 96), entretanto, o parágrafo único do artigo 96



trazia a seguinte disposição: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal” (BRASIL, 1937).

Essa alteração, de acordo com Mendes (2007), além de vedar a possibilidade de o Judiciário conhecer questões unicamente políticas, transformou o controle de constitucionalidade em uma questão política, uma vez que em nome do bem-estar do povo e da promoção ou da defesa de interesse nacional o Presidente submeterá a decisão à apreciação do Parlamento, podendo este, afastar a decisão judicial e reestabelecer a eficácia da norma ora impugnada.

Sendo assim, com os movimentos sociais pulsando na sociedade, e a possibilidade real de Diretas Já, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 restaurou a importância do controle de constitucionalidade difuso brasileiro em seu art. 101, III, “a”, “b” e “c” . Preservando a exigência de obtenção de dois terços dos membros do Tribunal para que fosse conhecida a inconstitucionalidade (art. 200) ao mesmo tempo da exigência do Senado Federal em suspender definitivamente a lei declarada inconstitucional pelo STF (art. 64).

Uma importante alteração ocorreu com a Emenda Constitucional nº. 16 de 1965 que instituiu, ao lado da representação interventiva, o controle concentrado de normas tanto estaduais quanto federais.

O controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade surgiu no Brasil por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 6-12-1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo procurador-geral da República, apesar da existência da representação interventiva desde a Constituição de 1934 (MORAES, 2014, p. 760).

Entretanto, apesar do controle de constitucionalidade abstrato ter sido implementado no Brasil com a EC nº. 16 de 1965, somente em 1977 as decisões do STF no controle concentrado passaram a ter efeitos erga omnes (o ministro Thompson Flores, à época presidente daquela Corte, determinou que somente as ações do controle concentrado não deveriam ser mais comunicadas ao Senado Federal), sendo assim, sem a necessidade de o Senado Federal interferir como ocorre no controle difuso, como lembra Brust (2014). No que se refere a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967/69 não houve nenhuma inovação nesta seara, mantendo os mesmos dispositivos da constituição anterior.



Após um longo período de repressão política, violação e restrição de direitos fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou uma nova era de fiscalização das constitucionalidades das leis, como a introdução da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção. Após a sua promulgação, outras importantes alterações foram realizadas como a introdução da Ação Declaratória de Constitucionalidade (1993), a interpretação conforme a constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (1999).

Diante desse contexto, de acordo com Mendes (2007, p. 208), a Constituição atual acabou por reduzir o significado e a importância do controle de difuso de constitucionalidade, ao ampliar “[...] a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”.

Desse modo, atualmente são legitimados para suscitar o controle de constitucionalidade de acordo com o artigo 103 da CRFB/88:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988).

Entretanto, analisando o artigo 103 da Constituição percebe-se que foram acrescentados no rol de legitimados para a propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade diversos órgãos e entidades políticas e sociais, entretanto, possa-se ter olvidado daquele que, por lógica do sistema, seria o mais afetado diante da existência de uma legislação contrária à ordem instituída e, portanto, contrária à ordem constitucional, ou seja: o próprio cidadão. Diante dessa inexistência, e analisando a possibilidade de inclusão do cidadão no rol de legitimados o próximo subcapítulo se estrutura.

A AMPLIAÇÃO DO ROL DOS LEGITIMADOS DO ARTIGO 103 DA CRFB/88 COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO E EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO BRASIL

O acesso à justiça abarca um contingente inimaginável de conteúdos e de possibilidades, tendo por função além de promover e de concretizar os direitos individuais, coletivos e difusos



o de resguardar o estrito cumprimento das tarefas por parte do Estado e este, por sua vez, possui a competência não somente de garantir a eficiência do ordenamento jurídico a partir dos fundamentados traçados e dos objetivos a serem perseguidos, mas de proporcionar a realização da justiça para os seus cidadãos.

Mesmo diante da aplicação do acesso à justiça trazido pela Constituição da República de 1988 não se conseguiu garantir a efetividade do acesso à justiça constitucional por parte dos cidadãos. Afastando a possibilidade de o cidadão discutir, perante o Supremo Tribunal Federal (guardião da supremacia da Constituição), por meio do controle concentrado de constitucionalidade, normas que sejam efetivamente contrárias a ordem constitucional instituída e que atinjam de forma direta suas relações privadas e públicas.

Diante da exclusão do cidadão do rol dos legitimados para a propositura das ações do controle abstrato de constitucionalidade, acabou-se por criar uma barreira intransponível de acesso à justiça constitucional, uma vez que, delegou para alguns legitimados do artigo 103 da CRFB/88 a possibilidade de ver questionada sua demanda. Desse modo, de acordo com Seixas e Souza (2014, p. 10), os legitimados “[...] apenas discutem a constitucionalidade das normas através do controle concentrado quando possuem interesse - seja econômico, político ou jurídico - direta ou indiretamente na norma”.

Vale lembrar que o conceito de constitucionalidade, de acordo com Bulos (2012, p. 65), compreende a “[...] relação de conformidade hierárquica entre as condutas públicas e privadas com a Constituição do Estado. Revela o vínculo de correspondência, adequação ou idoneidade de um comportamento com o texto maior” e, portanto, a inconstitucionalidade de uma norma pressupõe a relação de desconformidade hierárquica entre as condutas públicas e privadas com a Constituição do Estado. Evidencia a inadequação ou inidoneidade de um comportamento com o texto constitucional. Assim, “[...] a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base” (MIRANDA, 2002, p. 473).

Nesse contexto, o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é afastar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo que seja contrário à ordem constitucional instituída, transformando uma Corte Constitucional, que no caso brasileiro é o Supremo Tribunal Federal, em um legislador negativo. E, conseqüentemente, segundo Moraes (2014), não poderá a ação ultrapassar seus fins de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição.



A finalidade central da justiça constitucional é preservar a ordem democrática instituída, objetivando tanto a defesa quanto o cumprimento da Constituição em toda a sua extensão e, portanto, quando ocorre o controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal por meio de um processo objetivo e abstrato extirpa do ordenamento jurídico a lei ou o ato normativo contraditório com a ordem constitucional (TAVARES, 2005).

Para suscitar esse mecanismo de proteção da ordem democrática, o Constituinte de 1988 elencou alguns órgãos ou entidades, como visto anteriormente, o que, diante da história constitucional brasileira, representou um avanço. Uma vez que, inicialmente, de acordo com Moraes (2014), somente o Procurador-Geral da República detinha a legitimidade para requerer o afastamento, perante o STF, de norma contrária ao ordenamento jurídico .

Porém, essa forte restrição dos legitimados para propor ações constitucionais abstratas de controle tem origem nos mais diversos Estados que adotam o modelo concentrado, como a exemplo da França, onde “[...] podem propor a inconstitucionalidade, mediante representação (saisine), o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, os Presidentes da Assembleia Nacional e do Senado e grupos de 60 deputados ou 60 senadores (arts. 53 e 61 da CF/1958)” (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 84).

Existem em alguns países, como é o caso de alguns estados americanos, onde a participação popular é essencial no julgamento dos tribunais superiores quando o assunto é a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, como é o caso do *judice recall*, onde nas palavras de Dallari (2007, p. 157):

O *recall judicial*, bastante controverso, foi preconizado por Theodore Roosevelt, em 1912, numa de suas campanhas eleitorais. Segundo sua proposição, as decisões de juízes e Tribunais, excluída apenas a Suprema Corte, negando a aplicação de uma lei por julgá-la inconstitucional, deveriam poder ser anuladas pelo voto da maioria dos eleitores. Ocorrida essa anulação a lei seria considerada constitucional, devendo ser aplicada. Inúmeros Estados acolheram o *recall judicial* em suas respectivas Constituições, visando, sobretudo, a superar os obstáculos à aplicação de leis sociais, opostos pela magistratura eletiva pressionada pelos grupos econômicos que decidiam as eleições. Apontam-se, entretanto, muitos inconvenientes em todas as modalidades de *recall*, razão pela qual seu uso é relativamente raro, devendo-se notar que os parlamentares, a quem caberia aperfeiçoar esse instituto, preferem eliminá-lo para não ficarem sujeitos aos seus efeitos.

No caso brasileiro, a maior proximidade do cidadão ocorre quando o Supremo Tribunal Federal tem manifestado em alguns momentos a possibilidade de abrir para ouvir a opinião técnica do cidadão acerca de determinado ponto crucial e assim participar das ações do controle de constitucionalidade que já estão em andamento, como é o caso das audiências públicas ou a convocação do *amicus curiae*.



Parte da doutrina coaduna com a ideia de que o cidadão deveria ser incluído no rol dos legitimados do artigo 103 da CF/88 como mecanismo de aperfeiçoamento da democracia participativa. Como é o caso de Silva (2002, p. 58), ao afirmar que a Constituição de 1988 perdeu uma excelente oportunidade de avançar quando o assunto é o controle de constitucionalidade, ao ficar muito aquém do desejado “[...] por não ter instituído o Tribunal Constitucional. Prevê as autoridades, pessoas e entidades que a podem propor, mas aí não incluiu o cidadão, o que é uma falha, pois a ação popular de inconstitucionalidade é conhecida em outros países (Alemanha, p. ex.)”.

Diante de tal contexto, a possibilidade de inclusão do cidadão como legitimado para propor ações do controle concentrado de constitucionalidade pode ser compreendido a partir de dois níveis de acesso, de acordo com Dimoulis e Lunardi (2013): o acesso médio e o acesso amplo. O primeiro deles, o acesso médio, ocorre quando há a criação de uma lista relativamente longa de autoridades e representantes da sociedade que podem se dirigir a Corte Constitucional e suscitar o controle, como é o caso brasileiro.

No segundo caso, o acesso amplo, é subdividido em dois: o restrito e irrestrito, onde no primeiro qualquer cidadão, entidade, órgão pode suscitar o conflito de lei ou ato com a Constituição, entretanto, há a necessidade de comprovar o interesse na ação, como por exemplo “[...] a lesão de direito fundamental, como ocorre com a Reclamação Constitucional na Alemanha (art. 93, 4ª, da Lei Fundamental de 1949)” (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 85).

Já no segundo modelo dentro do acesso amplo, o irrestrito, ocorre a legitimidade ilimitada, no qual qualquer pessoa pode se dirigir ao sistema constitucional e suscitar o controle de constitucionalidade, sem nenhum tipo de barreira ou necessidade de comprovação. De acordo com Dimoulis e Lunardi (2013), não se conhece, pelo menos no ocidente, qualquer ordenamento jurídico que preveja essa possibilidade ao controle concentrado, o que não ocorre no difuso, onde qualquer parte de um processo judicial pode alegar a inconstitucionalidade como matéria secundária.

Dessa forma, mostra-se indispensável a concessão de legitimidade ativa para o cidadão no que se refere a propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade, já que, diante de um Estado Democrático de Direito deve-se, de acordo com Seixas e Souza (2014, p. 14), “oportunizar que em todas as decisões políticas sejam tomadas com fundamento na supremacia da vontade popular, tornando, assim, [...] mais uma forma de participação popular do cidadão de interferir nas decisões estatais”.



Assim, importante a contribuição de Harbele (2002, p. 36) ao asseverar que o cidadão é o interprete da Constituição.

No Estado constitucional-democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática. A ciência do direito constitucional, as ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais, até o último intérprete formalmente competente, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades de realidade e também “concerto” científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente.

Ainda, de acordo com Haberle (2002) o conceito de povo não é simplesmente um referencial quantitativo que se manifesta no dia das eleições para os governantes, como é o caso da cidadania passiva, mas sim, como instrumento de operacionalizam e que confere legitimidade democrática a todos os processos de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interrupção para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.

Dessa forma, os direitos fundamentais são compreendidos como o fundamento da legitimidade democrática e a defesa da ordem constitucional instituída, implicitamente, representa um direito fundamental de todo o cidadão enquanto destinatário das normas e garantias trazidas pela Constituição e a sua exclusão do rol dos legitimados para suscitar o controle de constitucionalidade apresenta-se como uma grave violação de direitos e acaba por afastar um dos pilares da democracia, a participação popular.

A doutrina majoritária continua argumentando no sentido da impossibilidade de inclusão do cidadão no rol dos legitimados, uma vez que o cidadão poderia se utilizar do controle difuso de constitucionalidade para suscitar a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, entretanto, como trazido por Seixas e Souza (2014, p. 16) “[...] no controle de forma concreto há necessidade de lesão à constituição ou ameaça de lesão ao direito, não podendo ser discutido a constitucionalidade de uma norma em tese”.

Ainda, outros argumentos são trazidos pela doutrina contrária à inclusão do cidadão no acesso à justiça constitucional, como: 1) aumento considerável do número de ações constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal; 2) decorrente desse aumento de demanda, a inviabilização do funcionamento tanto do STF quanto do próprio Estado brasileiro; 3) a



insegurança jurídica proporcionada pelo pedido de limitar e de suspensão de aplicação de qualquer ato normativo; 4) e o prejuízo proporcionado a uma coletividade ou ao poder público diante da atuação de um único cidadão descontente com uma legislação (SEIXAS; SOUZA, 2014).

Todavia, tais argumentos não podem ser concebidos como verdades absolutas, na qual a inclusão do cidadão como legitimado para a propositura de ações do controle concentrado de constitucionalidade não acarretaria em uma enxurrada de demandas judiciais por dois motivos: o primeiro, desconhecimento dessas ações (como ocorre com a Reclamação Constitucional) e segundo, a criação de requisitos para a propositura, como a condenação ao pagamento das custas em casos de má fé, por exemplo.

Ou ainda, de acordo com Seixas e Souza (2014, p. 25,) sob os argumentos contrários à inclusão do cidadão, todos eles não passam de escusas e retóricas sem fundamento daqueles que exercem o poder e tem receio das consequências que poderia haver caso houvesse a possibilidade de cada cidadão brasileiro pudesse suscitar a inconstitucionalidade de atos normativos diretamente no Supremo Tribunal Federal.

Nessa discussão, importante conhecer o artigo segundo da Lei nº. 9.882/1999 que dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF (ação que integra o controle concentrado de constitucionalidade), nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal, onde inicialmente, enquanto projeto aprovado pelo Congresso Nacional, previa o seguinte texto: art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade; II - qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público (BRASIL, 1999, grifo nosso).

O inciso segundo do artigo segundo da referida legislação que previa a inclusão de qualquer pessoa lesada ou ameaça por ato do Poder Público como legitimada para propor a ADPF foi vetado pelo então Presidência da República Fernando Henrique Cardoso sob o argumento de que o acesso individual e irrestrito é apresentado como incompatível com o controle concentrado de constitucionalidade.

Sendo assim, de acordo com Makiyama (2012, p. 01), o veto do Presidente da República foi contrário aos princípios instituídos pelo Estado Democrático de Direito, tendo em vista que se confundiu a defesa da ordem constitucional com a defesa de direitos e garantias individuais do cidadão. Ao mesmo tempo em que se preocupou com a grande demanda que surgiria para o



STF com a legitimidade ativa confiada ao cidadão, “tal restrição à defesa dos direitos e garantias individuais não se afigura a solução mais adequada”.

Utilizando da interpretação sistêmica da própria Constituição Federal de 1988, Seixas e Souza (2014, p. 25) afirmam que:

[...] há a possibilidade de se sustentar que o cidadão possa ajuizar as ações do controle concentrado de constitucionalidade mesmo não estando incluso no rol de legitimados de seu art. 103. Parte-se do pressuposto de que em um Estado democrático de direito, deve-se conceder, ao extremo, meios de participação popular na vontade estatal e sob esta visão poder-se-ia defender que a legitimidade do cidadão para a propositura das ações constitucionais decorre da previsão de que a República Federativa do Brasil é um Estado democrático, prevista no art. 1º da Carta da República, onde é dado ao cidadão amplo poderes para participar e influenciar nas decisões estatais.

Desse modo, a ampliação dos legitimados para a propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade com a inclusão do cidadão tem como principal objetivo não somente possibilitar que aqueles mais afetados por leis ou atos normativos contrários a ordem instituídas façam-se ouvir, mas também como reconhecimento da democracia. Deixar nas mãos de alguns poucos legitimados, com toda a vênia, somente reproduz um modelo de democracia representativa falido e que não consegue obter êxito na defesa e na promoção dos detentores do poder: o povo brasileiro.

Não se pode negar que com a Constituição Federal de 1988 o controle de constitucionalidade ganhou novos ares, aperfeiçoou-se e possibilitou a participação do cidadão de forma indireta, por meios das audiências públicas ou na condição de *amicus curiae*. Contudo, diante do processo de globalização, do novo círculo de intervenção direta do Estado na vida dos cidadãos, e a necessidade de aperfeiçoamento diário tanto das instituições jurídicas quanto da democracia, a inclusão do cidadão no rol dos legitimados mostra-se, ao mesmo tempo, um remédio inevitável e necessário para as sociedades democráticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As demandas sociais requerem intensas reflexões diante dos fenômenos multiculturais e da diversidade cultural brasileira e, desse modo, evitar o acirramento delas é tarefa e desafio de todos os setores da sociedade e da própria estrutura e superestrutura do Estado envolvidos na construção e no aperfeiçoamento das relações sociais. As ações estruturadas devem ser focadas no cidadão e no bem-estar da coletividade e, por isso, a participação social se torna relevante na construção de uma sociedade mais justa para todos.

Um dos principais desafios a serem enfrentados por toda a sociedade brasileira é a (re)discussão da revolução democrática da justiça. Nesse caminho, o presente estudo teve como



objetivo discutir a possibilidade de ampliação do rol dos legitimados para a propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade enquanto mecanismo de promoção e de efetivação do acesso à justiça constitucional, no exato momento em que possibilita a participação democrática do cidadão no afastamento de normas e atos normativos contrários à ordem constitucional estabelecida.

Desse modo, questionou-se: quais os desafios e as perspectivas de ampliação do rol dos legitimados (artigo 103 da CRFB/88) na propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil enquadra-se como mecanismo de promoção e efetivação do acesso à justiça constitucional? De maneira clara e objetiva a resposta é positiva em seu eixo central, uma vez que, mesmo diante de desafios de diversas frentes, a ampliação do rol dos legitimados com a inclusão do cidadão mostra como um instrumento que, além de promover e de efetivar o acesso à justiça constitucional, se apresenta como um indutor do aperfeiçoamento da democracia e de sua adaptação à contemporaneidade.

Para alcançar tal resposta objetiva, o estudo foi dividido em dois tópicos centrais, onde cada um deles correspondeu respectivamente a um objetivo específico traçado inicialmente para a pesquisa. Sendo assim, o primeiro capítulo traçou as perspectivas que cerceiam a compreensão da ampliação do rol dos legitimados na propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade no momento em que promove o acesso à justiça, concretiza o acesso à justiça constitucional. Sendo assim, inicialmente as questões basilares sobre os direitos fundamentais no Brasil e a proteção por parte do Judiciário foram o foco.

Na sequência, e trazendo argumentos tanto favoráveis quanto contrários à ideia de ampliação dos legitimados e a inclusão do cidadão, o segundo ponto buscou-se compreender os desafios a partir da reconstrução da evolução histórica do controle concentrado de constitucionalidade tendo como marco temporal a Constituição Imperial do Brasil de 1824, para posteriormente ingressar efetivamente na alteração do artigo 103 da CR/88 como mecanismos de promoção e concretização do acesso à justiça constitucional.

Nesse cenário não se pode negar que o ingresso na Constituição Federal de 1988 do acesso à justiça não foi somente ampliado como efetivamente concretizado. Entretanto, o que se buscou nesse estudo foi ir além, ao tratar do acesso à justiça como um mecanismo além de busca por solução aos problemas sociais e questões cotidianas. Quando se fala em acesso à justiça constitucional e controle concentrado de constitucionalidade, somente alguns

legitimados podem suscitar o conflito entre a lei ou o ato normativo contrário a Constituição, mesmo sendo essa contrariedade de ordem pública e que afeta, de forma direta, os cidadãos.

Esse processo que possibilite ao cidadão ingressar diretamente na Corte Constitucional, que no caso brasileiro é o Supremo Tribunal Federal, por meios das ações do controle concentrado de constitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratório de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), tem como principal finalidade conferir maior legitimidade democrática ao Judiciário, ao mesmo tempo em que concretiza os direitos fundamentais e aperfeiçoa a democracia por meio da participação popular nas decisões políticas do Estado.

Compreendeu-se que grande parte da doutrina é contrária a ideia da inclusão do cidadão como legitimado, sob o argumento de que o STF acabaria por ser paralisado diante da enxurrada de demandas judiciais que receberia, contudo, tal justificativa não deve se sobrepor a acessibilidade do acesso à justiça constitucional, uma vez que enquadrada como um direito fundamental, não podendo sofrer limitações intencionais, até porque as ações do controle concentrado de constitucionalidade são a única via para o cidadão questionar e reverter a ameaça ou lesão à Constituição em abstrato e à coletividade.

Portanto, diante do processo de globalização, do novo círculo de intervenção direta do Estado na vida dos cidadãos, e a necessidade de aperfeiçoamento diário tanto das instituições jurídicas e democráticas, a inclusão do cidadão no rol dos legitimados para a propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade mostra-se, ao mesmo tempo, um remédio inevitável e necessário aos atuais níveis democráticos das sociedades.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 16 de julho de 1934. Disponível em: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICA034.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICA034.HTM). ACESSO EM: 10 ABR. 2021.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 10 de novembro de 1937. Disponível em: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICA037.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICA037.HTM). ACESSO EM: 10 ABR. 2021.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 18 de setembro de 1946. Disponível em: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO046.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao046.htm). ACESSO EM: 10 ABR. 2021.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO091.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao091.htm). ACESSO EM: 10 ABR. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. 24 de janeiro de 1967. Disponível em: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO067.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao067.htm). ACESSO EM: 10 ABR. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 05 de outubro de 1988. Disponível em: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO/COMPILADO.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/compilado.htm). ACESSO EM: 10 ABR. 2021.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil**. De 25 de março de 1824. Disponível em: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO024.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao024.htm). ACESSO EM: 10 ABR. 2021.

_____. **Lei nº. 9.868, de 10 de Novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L9868.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm). Acesso em: 10 ABR. 2021.

_____. **Lei nº. 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L9882.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm). Acesso em: 10 ABR. 2021.

BRUST, Léo. **Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2013.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.



MAKIYAMA, Tânia Takezawa. Legitimidade ativa para propositura de ações de controle de constitucionalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3319, 2 ago. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Diretos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. Justiça Constitucional e Democracia. In: FELLET, André. NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. Atlas, 2014.

SEIXAS, B. S. de; SOUZA, R. K. S. O acesso à justiça constitucional pelo cidadão no Brasil. Uma necessidade de modificação da constituição para evolução do estado democrático brasileiro. In: COUTO, M. B.; ESPINDOLA, A. A. da S.; SILVA, M. dos R. F. (Orgs.). **Acesso à justiça I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 352-381.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**: Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2012.

CAPÍTULO 13

CRISE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: O AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO E A ASCENSÃO DO DECISIONISMO JUDICIAL

Victor Krug Masiero, Pós-Graduando em Direito Público, ESMAFE-RS
Santiago Artur Berger Sito, Mestre em Direito, UNISINOS

RESUMO

Esse trabalho busca esclarecer se o Supremo Tribunal Federal, ao afastar o caráter hediondo do tráfico privilegiado, atingiu uma resposta constitucionalmente adequada ou ultrapassou os limites de interpretação constitucional colaborando para a ascensão do decisionismo judicial. No desenvolver desta pesquisa utilizou-se o método dedutivo, visto que a transcendência dos limites de interpretação constitucional é um fenômeno que fere a autonomia do Direito. Outrossim, considerou-se que o Supremo Tribunal Federal embasou sua decisão em argumentos de política, agindo de maneira ativista, ultrapassando os limites de interpretação hermenêutica, concluindo-se que o afastamento do caráter hediondo do tráfico privilegiado não é uma resposta constitucionalmente adequada, vez que foi respaldada em objetivos e não em direitos. Em vista disso, depreendeu-se que o Supremo Tribunal Federal contribuiu para a ascensão do decisionismo judicial, gerando insegurança no ordenamento jurídico e fragilizando a autonomia do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; autonomia do Direito; insegurança jurídica; limites constitucionais.

INTRODUÇÃO

O tráfico de drogas é um problema estrutural que gera reflexos nefastos na sociedade brasileira. Assim, no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, o legislador equiparou o tráfico de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos, dando origem a sua natureza hedionda. Entretanto, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 118.533, o Supremo Tribunal Federal considerou que quando houver a incidência da redutora de pena prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, deve ser afastada a natureza hedionda do delito. À vista disso, o tráfico de drogas perderia as repercussões dos delitos hediondos, como não receber anistia, graça ou indulto, progredir de regime após cumprir dois quintos da pena se primário e três quintos se reincidente, ser beneficiado com o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, se não for reincidente específico.



A partir deste tema, elaborou-se o seguinte problema de pesquisa: o Supremo Tribunal Federal ao afastar o caráter hediondo do tráfico privilegiado ultrapassou os limites de interpretação constitucional e colaborou para a ascensão do decisionismo judicial? Com base nisso, é objetivo deste estudo analisar o afastamento do caráter hediondo do delito de tráfico de drogas privilegiado e suas implicações no direito penal brasileiro, bem como verificar se a recente decisão está de acordo com a Constituição Federal e os princípios hermenêuticos ou se é apenas mais uma decisão fundada na valoração da vontade pessoal do intérprete, corroborando com a ascensão do decisionismo judicial. Para isso, utilizar-se-á a abordagem dedutiva, pois serão estudados os limites e os critérios que devem ser adotados no julgamento de uma decisão judicial, bem como será verificada a efetiva aplicação no caso concreto julgado pela Corte.

Este artigo será estruturado em três partes: a primeira abordará a criação da “nova lei de drogas”, trazendo-se como subtópicos a dissonante causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33, bem como da necessidade de coerência, integridade e igualdade no Direito. A segunda parte concentrar-se-á na dupla face do princípio da proporcionalidade, subdividindo-se em dois fragmentos: a garantia da segurança como Direito fundamental e no instituto do *untermassverbot*: proibição da proteção deficiente ou ineficiente. Por derradeiro, a terceira parte versará sobre a análise crítica (hermenêutica) acerca do novo entendimento do STF, buscando-se os limites da interpretação constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal, além de analisar os precedentes e as consequências após a virada jurisprudencial da Corte Suprema.

1. A CRIAÇÃO DA “NOVA LEI DE DROGAS” (LEI Nº 11.343/06)

1.1 A DISSONANTE CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06

De acordo com o artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é equiparado aos crimes hediondos e recebe por isso tratamento jurídico mais rigoroso que o dispensado aos crimes comuns. Contudo, o Poder Legislativo ao criar a Lei nº 11.343/06, estabeleceu uma nova causa de diminuição de pena antes não prevista, podendo a condenação imposta ao agente que traficar drogas ser diminuída de um sexto a dois terços. Vale ressaltar que a pena mínima prevista pela antiga lei de drogas partia de três anos de reclusão e a “Nova Lei de Drogas” aumenta esse patamar para cinco anos de reclusão, ou seja, houve um aumento significativo na quantidade de pena imposta ao criminoso, resultado proporcional ao aumento da criminalidade e que serviu de base para a criação da nova lei mais



rigorosa. Em contrapartida, ao criminoso que for aplicada nova causa de diminuição de pena em sua fração máxima, poderá a pena ser fixada em um ano e oito meses.

Dessa forma, em que pese o Poder Legislativo tenha investido no combate às drogas aumentando a pena mínima prevista ao tipo penal em dois anos, criou também uma nova causa para reduzir a sanção corpórea a um patamar inferior que o previsto anteriormente na lei. Assim, tendo em vista que se está diante de uma vedação constitucional de concessão de favores, acertadamente Streck (2008, p. 02) faz uma pertinente indagação: “quando da elaboração da Lei 11.343/06, poderia o legislador ter enfraquecido/mitigado a resposta penal conferida às condutas que consubstanciam o tráfico de drogas?” Ao que parece, o aludido parágrafo 4º vai de encontro ao tratamento dado pelo legislador no combate à criminalidade. Ao passo que a Constituição Federal impõe um tratamento mais rigoroso no combate ao tráfico de drogas, o legislador atenua, sem qualquer motivação, a proteção conferida a tal crime.

Ademais, a incidência da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º não traz novo tipo penal, apenas uma desproporcional atenuação na pena, em razão das características exclusivas do agente. Assim, o legislador ordinário, sem apresentar qualquer justificativa para tanto, desobedecendo aos princípios de integridade, da coerência e da igualdade do Direito, agiu de maneira desarrazoada ao criar a nova “privilegiadora”, como explica Streck (2008, p.11): “[...] o legislador banaliza a punição do tráfico, nesse particular, ao tempo em que a Constituição aponta explicitamente para o outro lado, isto é, **para uma atuação eficaz do Estado na repressão do tráfico de entorpecentes**” (grifo do autor).

1.2 DA NECESSIDADE DE COERÊNCIA, INTEGRIDADE, E IGUALDADE NO DIREITO

Em um Estado Democrático de Direito, um dos requisitos para que o Direito possa existir, é a manutenção de sua integridade e de sua coerência. É necessário que, à medida que são criadas novas leis, elas mantenham um mínimo de coerência a fim de que o Direito possa ser visto como um conjunto integrado de leis. Como exemplificado por Dworkin, o direito pode ser equiparado a um romance em cadeia. Sustenta como exemplo um romance escrito por diversos autores, onde cada um escreve um capítulo do livro e o primeiro é sorteado para iniciar o capítulo de abertura. Diante dessa sistemática, cabe aos autores subsequentes ter percepção de que não estão começando um novo romance, mas apenas acrescentando um novo capítulo ao livro. Ou seja, os autores consequentes devem ter uma dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois para dar seguimento ao romance criado até então, necessitam buscar subsídios a



tudo o que já foi escrito anteriormente para impelir o romance em uma direção e não em outra. Em suma, espera-se que os romancistas criem um romance único e integrado, em vez de diversos contos independentes com personagens de idêntico nome (DWORKIN, 2000, p. 235-237).

Assim como no romance proposto por Dworkin, o Direito também deve ser construído na busca de propiciar um seguimento àquilo que já foi criado, para que ele possa ser entendido como uma unidade integrada e coerente. Nesse seguimento, Dworkin (*apud* STRECK, 2008, p. 13) traz à baila o entendimento de que a integridade é duplamente composta por “[...] um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto o possível, seja vista como coerente nesse sentido.” (grifo do autor). Assim, cabe ao legislador ordinário criar as normas públicas da sociedade, na medida do possível, objetivando expressar um sistema único e coerente de justiça.

Nesse diapasão, almeja-se demonstrar que o legislador não está plenamente livre para decidir se edita determinadas leis ou não, devendo sempre ter como parâmetro os já existentes princípios constitucionais. Vale ressaltar também que, diferentemente das demais constituições, a Constituição Federal Brasileira estabelece um mandado de criminalização específico ao “combate ao tráfico de entorpecentes”, o que deve ser observado pelo legislador. Portanto, não pode o legislador ordinário optar por meios alternativos de punição de crimes, ou pelo afrouxamento da persecução criminal sem maiores explicações (STRECK, 2008, p. 08). Dessa forma, ao constatar que a Constituição Federal repudia expressamente o tráfico ilícito de entorpecentes, o legislador está adstrito a explicitar os motivos pelas quais promoveu essa drástica redução de pena. Isto é, diante do expresso comando criminalizador, a possibilidade do legislador aplicar medidas menos gravosas ao combate às drogas torna-se de alcance e intensidade muito limitados. Caberia ao legislador ordinário comprovar que não está produzindo um sacrifício desnecessário a uma norma constitucional. Ou seja, só poderia ter reduzido o poder punitivo estatal se tivesse apresentado razões lógicas, dados empíricos não controvertidos e apresentado um conjunto de sanções diversas capazes de garantir o efetivo combate às drogas previsto pela Constituição Federal.

Entretanto, convém lembrar que o objetivo principal da criação da lei 11.343/06 era substituir a lei antiga que já não era suficiente para conter a criminalidade voltada às drogas e às drásticas consequências que elas trazem à sociedade. Para tanto, revogou a lei anterior e aumentou a pena mínima prevista ao artigo que descreve o tráfico de drogas para cinco anos,



ou seja, um acréscimo de dois anos na pena, considerando que a lei antiga previa uma pena mínima de três anos. Contudo, paradoxalmente, cria uma causa de diminuição de pena, por condição pessoal do réu, que poderá diminuir a pena em até dois terços, podendo receber uma pena de um ano e oito meses, melhor dizendo, uma pena menor que a prevista na lei anterior menos rígida. O legislador agiu de maneira contraditória na elaboração da Lei nº 11.343/06, pois se ele resolve aumentar a pena mínima é porque deve ter razões (prognose) para tal. Mas, se ele aumenta em mais da metade a pena mínima, não há sentido em diminuir a reprimenda em percentual maior que o próprio aumento (STRECK, 2008, p. 14).

Por outro lado, os critérios adotados pelo legislador para conceder a causa de diminuição de pena ao criminoso estão estritamente relacionados às condições pessoais do agente. Ou melhor, a novel lei introduziu no ordenamento jurídico brasileiro critérios relativos a um obsoleto direito penal do autor para reduzir a pena do agente, o que não pode ser aceito em um Estado Democrático de Direito. O direito penal do autor deixa de lado a conduta criminosa praticada e condena o agente em razão apenas de suas condições pessoais, o que também não pode ser aceito em um Estado Democrático, como demonstra Zaffaroni (1997, p. 119-120): “Um Direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o *ser* de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana”.

A partir disso, observando o princípio da igualdade, deveria o legislador conceder tal causa de diminuição de pena aos demais tipos penais equiparados a hediondos. Isto é, deveria o legislador ordinário abrandar a pena do agente que fosse primário, de bons antecedentes, não se dedicasse às atividades criminosas nem integrasse organização criminosa que, por exemplo, cometesse o delito de tortura. Sob o mesmo raciocínio, deveria o Supremo Tribunal Federal afastar o caráter hediondo do referido delito, assim como fez com o “tráfico privilegiado” no julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533, em razão das condições pessoais do agente. Contudo, não seria a decisão mais acertada, tendo em vista que a Constituição Federal não permite ao legislador, nem mesmo ao julgador, tal liberdade de conformação. Melhor dizendo, a Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso XLIII, tratamento mais rigoroso a determinadas condutas, pois possuem uma alta desvalorização axiológica criminal, não podendo as características inerentes ao agente abrandar tais crimes, sob pena de haver um descritério na proteção dos bens jurídicos.

2. A DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 A GARANTIA DA SEGURANÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O princípio da proporcionalidade atua como instrumento de tutela dos direitos constitucionais e tem o condão de garantir no caso concreto uma aplicação coerente e segura da norma constitucional. Diante do excesso ou arbítrio do poder estatal, a lei disponibiliza ao cidadão uma infinidade de garantias. Trata-se do denominado garantismo negativo, conquistado pela modernidade através dos ideais iluministas. Contudo, não se pode fazer uma leitura unilateral do princípio da proporcionalidade, voltada apenas à proteção do indivíduo contra os excessos do Estado. Também é dever do Estado garantir de maneira absoluta a concessão dos direitos fundamentais à sociedade, o que Alessandro Baratta (*apud* STRECK, 2006, p. 13) denominou de “política integral de proteção dos direitos, o que significa definir o garantismo não somente em sentido negativo como limite do sistema positivo, ou seja, como expressão dos direitos de proteção relativamente ao Estado, senão também como garantismo positivo.” Nessa seara, em um Estado Democrático como o brasileiro, o garantismo não pode ficar vinculado somente à guarda de abusos do Estado, mas também deve dar resposta às necessidades de segurança de todos os direitos. Dessa forma, o direito penal serve tanto para limitar o poder de intervenção do Estado como para combater o crime, protegendo o indivíduo do abuso do Estado, bem como a sociedade dos abusos dos seus indivíduos (STRECK, 2006, p. 14).

O garantismo positivo entra em cena quando a defesa dos direitos do indivíduo e da sociedade passam a não ser mais efetivamente tutelados com a mera omissão do Estado. Dessa maneira, cabe ao Estado agir em face da violência de outros indivíduos no intuito de proteger os valores que ele próprio consagra. Assim, sendo o Estado garantidor dos direitos fundamentais à sociedade, a sua deficiência na proteção dos referidos direitos pode vir a ocasionar também inconstitucionalidades. Esta dupla face do princípio da proporcionalidade impõe ao Estado uma dupla função na proteção dos direitos fundamentais: a de garantir a defesa do indivíduo em face dos abusos arbitrários do Estado e de empregar medidas suficientes para alcançar a devida proteção da sociedade.

Outrossim, ao estabelecer no artigo 5º o patamar de direito fundamental ao direito à segurança, a Constituição Federal também instituiu deveres positivos por parte do Estado, a fim de coibir a conduta de terceiros em detrimento da segurança da sociedade, tendo em vista que essa segurança integra os direitos fundamentais previstos na Constituição (STRECK, 2006, p.

16). À vista disso, não se pode apenas observar os direitos fundamentais sobre uma perspectiva individual, deve-se observá-los sob um ponto de vista da comunidade em sua plenitude. Isto é, os direitos fundamentais impõem limites à atividade estatal, objetivando evitar que o poder público venha transgredir a dignidade pessoal do indivíduo, contudo, também institui que o Estado garanta a proteção e segurança integral à sociedade como um todo. Os direitos fundamentais devem ter sua eficácia valorada não somente pelo viés individualista, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar (SARLET, 1998, p. 143).

Com efeito, é evidente que todos os cidadãos têm direito à liberdade, à presunção de inocência, a todos os direitos e garantias individuais, pois estão assegurados pela Constituição Federal. Contudo, não é menos verdade que a sociedade tem direito de exigir do Estado uma postura ativa e suficiente contra o crime. Por esse ângulo, é necessário que se estabeleça com harmonia as garantias e liberdades individuais e o direito fundamental de inviolabilidade à segurança da sociedade. Entretanto, no caso específico do combate ao tráfico de drogas, tendo em conta o nefasto efeito que este ilícito gera aos sistemas de segurança pública, de saúde, serviços sociais e educação brasileiros, bem como diante do comando constitucional criminalizador, deve o Estado zelar pela proteção do direito fundamental à segurança, sob pena de frustrar o seu dever de proteção e atuar de modo insuficiente.

2.2 UNTERMASSEVERBOT: PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE OU INEFICIENTE

A extensão do dever de proteção penal por parte do Estado na concretização dos direitos fundamentais à sociedade pode se dar de diferentes formas. Na Alemanha, há uma diferenciação em relação ao modo de proteção de direitos por parte do Estado. Segundo expõe Streck (2008, p. 06), o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) funciona como proibição de intervenções, enquanto o princípio da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) funciona como garantia de proteção contra as omissões do Estado, ou seja, será inconstitucional se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. Dessa forma, exige-se, ao mesmo tempo, que o Estado concretize os direitos fundamentais através de abstenção e de intervenção. Ou seja, se por um lado o Estado tem o dever de proteger a sociedade contra os excessos do direito penal e do processo penal, por outro lado também cabe ao Estado assegurar a proibição da proteção deficiente.



Assim, para que o Estado cumpra com o seu dever de proteção, deve levar em conta os direitos que a Constituição Federal elencou como merecedores de proteção eficaz por parte do Estado. Isto é, em relação a esta gama de direitos, deverá o legislador tomar as medidas necessárias para uma proteção adequada e eficiente, bem como deverá o Poder Judiciário exercer um preciso controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade das leis contrárias ao preceito constitucional. A Constituição Federal de 1988 elencou um extenso rol de direitos merecedores de proteção especial por parte do Estado. Nesse sentido, também criminalizou uma relação de condutas credoras de mais repressividade pelo Estado, demonstrando uma ampliação do direito penal na defesa desses direitos, como expõe Streck:

A simples positivação de tais valores indica se não a imposição de proteção penal, pelo menos a possibilidade de extensão do sistema penal para a guarda de tais bens constitucionalizados merecedores de tutela jurídica que, em alguma medida, haverá de ser penal. Disso resulta, sem dúvida, um deslocamento histórico do princípio da intervenção estatal penal de uma posição minimalista para uma situação de adequação de sua magnitude numa relação direta com a gama de bens constitucionalizados merecedores de tutela jurídica. (STRECK, 2006, p. 07):

Nessa Seara, o Ministro Gilmar Mendes, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 104.410, impetrado para reconhecer como atípica a conduta de porte ilegal de arma de fogo desmuniada, utilizou como alicerce de fundamento o instituto Alemão do *Untermassverbot* para negar o pedido e considerar típica a conduta, de modo que a decisão do STF considerou que a Constituição possui um significativo elenco de normas que, sob um primeiro olhar, não outorgam direitos, mas determinam a criminalização de condutas. Nessas normas, é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Assim, os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Pode-se afirmar que os direitos fundamentais expressam não só uma proibição do excesso, como também proibição de proteção insuficiente ou imperativo de tutela. Portanto, os mandados constitucionais de criminalização impõem ao legislador o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

Assim, agiu conforme a técnica do Direito o Ministro ao legitimar a criminalização do porte ilegal de arma desmuniada, a fim de assegurar principalmente a tutela da segurança pública, prevista constitucionalmente, observando especialmente a proibição da proteção insuficiente. Contudo, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533, ao afastar o caráter hediondo do tráfico de drogas, quando incidente a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da lei 11.343/06, isto é, em relação às características inerentes ao agente, diante do comando criminalizador constitucional expresso, o Supremo Tribunal Federal



não estaria protegendo insuficientemente os direitos de terceiros? É necessário ressaltar a importância que a Constituição Federal deu ao combate ao tráfico de drogas, exacerbando-o, tendo em vista os seus efeitos nocivos no meio social, tratando-o como uma figura penal mais grave, como evidenciou o Ministro Luiz Fux (2016, p. 30-32) em seu voto no julgamento do HC 118.533, ao dispor que o tráfico foi eleito uma figura penal mais grave em razão dos seus efeitos deletérios no meio social. Além disso, também entendeu que é um direito fundamental do Estado impor a sua ordem penal, na defesa da saúde das pessoas, em uma Constituição que preza pela dignidade da pessoa humana. Por derradeiro, o Ministro também questionou o que é o tráfico privilegiado, afirmando tratar-se de figura inexistente na lei penal.

Nesse sentido, nota-se que por opção de política criminal é assegurado ao indivíduo iniciante na carreira ilícita do comércio de entorpecentes a aplicação de um processo punitivo e ressocializador mais abreviado. Entretanto, não há idoneidade jurídica na tese que visa afastar a hediondez do delito de tráfico de entorpecentes quando o réu vier a ser beneficiado com a diminuição de pena do § 4º do art. 33, eis que a reprovabilidade expressamente prevista na Constituição Federal de seu agir desviado permanece sendo a mesma. Ao afastar o caráter hediondo do “tráfico privilegiado”, o Supremo Tribunal Federal esvazia completamente o tratamento normativo mais rigoroso determinado pela Constituição Federal no combate ao tráfico de drogas. Além de ser beneficiado com a redução da sua pena no patamar de um sexto até dois terços, é afastado o caráter hediondo do delito, podendo, assim, ter o agente o reconhecimento da progressão de regime após o cumprimento de um sexto da pena. Melhor dizendo, o agente é duplamente beneficiado em razão de suas características pessoais.

Dessa forma, despreza-se o texto constitucional, gerando um incentivo para que cada vez mais pessoas se aventurem no tráfico, diante do mínimo tempo que permanecerão presas, o que certamente será aproveitado pelas organizações criminosas, como bem apontado pelo Ministro Dias Toffoli (2016, p. 49-50) em seu voto no HC 118.533, ao referir que ao se afastar a hediondez do tráfico privilegiado, far-se-á com que, cada vez mais, as organizações criminosas procurem pessoas com bons antecedentes e atraiam, muito provavelmente com oferecimento de valores razoáveis, para que elas corram o risco de se “aventurar” e de se iniciar no ilícito.

Dessarte, ao beneficiar duplamente o agente traficante de drogas, o Supremo Tribunal Federal além de exaurir o regime mais rigoroso estabelecido pela Carta Magna no combate às drogas, acabou por cooptar esses indivíduos primários às organizações criminosas. À vista disso, a recente decisão do Tribunal Constitucional fere o dever de proteção do Estado, a partir



da proibição da proteção insuficiente, uma vez que as razões que levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, mas o tratamento repressivo imposto pela Constituição Federal na defesa do direito fundamental à segurança da sociedade esvaziou-se.

3. ANÁLISE CRÍTICA (HERMENÊUTICA) ACERCA DO NOVO ENTENDIMENTO DO STF

3.1 OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com uma participação e interferência cada vez maior do Estado na sociedade Brasileira, aliado à estagnação dos Poderes Legislativo e Executivo, há uma tendência do Poder Judiciário cada vez mais tentar suprir as lacunas deixadas pelos demais poderes, a fim de assegurar direitos à comunidade. Dessa forma, corriqueiramente juízes têm julgado demandas cujo pedido é o reconhecimento de um direito que depende de uma política pública para se materializar. Contudo, com o objetivo de suprir a inércia dos demais poderes do Estado, o Poder Judiciário muitas vezes acaba afastando sua decisão dos princípios constitucionais e se baseando apenas em argumentos políticos, o que não pode ser aceito pelo Direito, como bem demonstra Dworkin:

Quando questões políticas vão ao tribunal, como sempre acontece, mais cedo ou mais tarde, nos Estados Unidos, pelo menos – exigem uma decisão que seja, ao mesmo tempo, específica e calcada em princípios. Devem ser decididas pormenorizadamente, na sua plena complexidade social, mas a decisão deve ser fundamentada como a emanção de uma visão coerente e imparcial de equidade e justiça porque, em última análise, é isso que o império da lei realmente significa. (DWORKIN, 2000, p. VIII):

Nesse sentido, não cabe ao Judiciário, no intuito de garantir a execução de uma política pública, utilizar-se de argumentos políticos para basear suas decisões, sob pena de ofender o sistema representativo democrático. As decisões judiciais no Brasil devem ser baseadas em princípios, a fim de dar estrito cumprimento à Constituição Federal. Dworkin ainda faz uma importante distinção acerca dos argumentos de política e de princípio:

Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados ao cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como um todo fique conseqüentemente (*sic*) pior. Os argumentos de princípio são baseados em direitos. (DWORKIN, 2000, p. IX)

Ou seja, as decisões baseadas em argumentos políticos buscam assegurar algum objetivo coletivo da comunidade em geral, de modo que os argumentos de princípio se importam em garantir algum direito individual ou do grupo. Nesse sentido, percebe-se que no julgamento do



Habeas Corpus nº 118.533 muitos ministros buscaram justificar a necessidade do afastamento do caráter hediondo do “tráfico privilegiado” em razão da repercussão que isso geraria no precário sistema carcerário brasileiro. O Ministro Luís Roberto Barroso (2016, p. 23) ao final do seu voto, pelo afastamento da hediondez, alegou que “presentes essas circunstâncias brasileiras, sobretudo de hiperencarceramento, a atribuição do caráter de hediondez dificultaria a progressão [...]”. Ainda, argumentaram os ministros que o “tráfico privilegiado” alcança na maioria das vezes mulheres de forma grave, estando a população feminina crescendo desordenadamente. Diante disso, o Ministro Ricardo Lewandowski (2016, p. 60), referindo-se ao aumento da população carcerária feminina, manifestou que “[...] a situação é dramática. É uma questão de política criminal. Eu acho que, aqui, além da questão propriamente de interpretação, de hermenêutica jurídica, há um fato que o Supremo Tribunal Federal deve considerar que é esse”.

Nessa seara, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal explicitamente deixou de lado a questão hermenêutica e de interpretação jurídica, utilizando-se de argumentos políticos para justificar sua decisão. Preocupou-se em debater acerca do hiperencarceramento, que evidentemente é um problema que assola o Estado brasileiro, mas que não constitui motivo idôneo para justificar o afastamento do caráter hediondo do dito “tráfico privilegiado”. Ou seja, o Tribunal Constitucional manejou de argumentos políticos, objetivando a diminuição da população carcerária brasileira, em detrimento do comando criminalizador expresso previsto na Constituição Federal, na qual situa o tráfico de drogas ao lado dos crimes de tortura, do terrorismo e dos crimes hediondos. Ao se manifestar dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal colaborou para o enfraquecimento da autonomia do Direito, como explica Tassinari:

[...] se a política deixa de ser a *mola propulsora* para a constituição do conteúdo jurídico-constitucional, passando a ser utilizada como uma espécie de *argumento corretivo* do Direito, o que usualmente ocorre pela via judicial, e, então, ela acaba sendo considerada aquilo que Lenio Streck denomina de “predador externo da autonomia do Direito”. (TASSINARI, 2013, p. 29)

Por outro lado, nota-se que alguns ministros buscaram fundamentar seu voto tentando desvendar se o legislador ordinário tinha o intuito de equiparar o “tráfico privilegiado” aos delitos hediondos ou não. Isto é, presumiram que o legislador ao elaborar o artigo 44 da lei 11.343/06, onde estão previsto os delitos que são insuscetíveis de sursis, graça, anistia, indulto, entre outras benesses legais, excluiu o “tráfico privilegiado” do tratamento dado aos crimes hediondos, em razão de que não fez constar no referido artigo expressamente o aludido parágrafo 4º do artigo 33 da lei 11.343/06. Este entendimento foi bem pontuado pelo Ministro Gilmar Mendes, a partir da análise de seu voto:

Não há dúvida, não estamos diante de um tipo penal novo em relação ao crime de tráfico de drogas. Nem mesmo de um tipo derivado se trata. Ninguém comete o crime do art. 33, § 4º. Comete-se o crime do art. 33, *caput*, ou de seu § 1º, ainda que, na terceira fase da aplicação da pena, o agente seja beneficiado pela diminuição de pena prevista no § 4º. Não há um tipo penal derivado, mas a incidência de uma causa de diminuição de pena sobre o tipo penal básico. Ainda assim, tenho que, caso o objetivo fosse tratar o tráfico privilegiado como crime hediondo, o art. 44 mencionaria o § 4º do art. 33. Ou seja, tenho que o legislador excluiu o tráfico privilegiado do tratamento dado aos crimes hediondos. (MENDES, 2016, p. 45)

Entretanto, em que pese os ministros tenham tentado descobrir qual a verdadeira intenção do legislador quando da criação do “tráfico privilegiado”, este é um argumento que não pode embasar uma decisão judicial, pois é fruto do relativismo. Melhor dizendo, a interpretação semântica de um juiz pode ser divergente em relação a outro julgador, o que remete a argumentos baseados na percepção pessoal do juiz acerca da intenção do legislador ordinário em face de sua omissão. Portanto, decisões discricionárias. Acerca do tema, Streck (2013, p. 117) discorre que: “A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou os fenômenos sociais, até porque os sentidos sobre as leis [...] são produtos de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado”. Assim, não se pode presumir que a intenção do legislador ao não incluir o parágrafo 4º do artigo 33 da lei de drogas no rol do seu artigo 44, foi de afastar a sua natureza hedionda, até porque a causa de diminuição de pena só pode ser aplicada em relação aos delitos previstos no *caput* e parágrafo 1º do artigo 33 da lei 11.343/06, não se tratando de um novo tipo penal.

Dessa forma, tentar deduzir quais eram as intenções do legislador ordinário é a maneira errada de solucionar o problema interpretativo, uma vez que o juiz procura dar resposta à demanda utilizando-se de argumentos de sua percepção particular. Assim sendo, considerando que a Constituição Federal brasileira é expressa ao equiparar o tráfico ilícito de entorpecentes aos crimes hediondos, bem como que a incidência da causa de diminuição de pena não cria novo tipo penal, não poderia a Corte Suprema a partir de deduções afastar a sua natureza hedionda, quando presentes algumas circunstâncias específicas do agente criminoso. Outrossim, em relação aos efeitos da decisão, o Ministro Ricardo Lewandowski (2016, p. 65), também apontou para o fato de que “[...] uma decisão no sentido da concessão da ordem, que eventualmente o Supremo Tribunal venha a tomar neste julgamento, levará à libertação imediata de 45% das mulheres presas atualmente”. Isto é, o referido ministro evidentemente mostrou-se sensibilizado com o atual cenário carcerário feminino brasileiro, demonstrando que ao se afastar a hediondez do “tráfico privilegiado” haverá uma substancial liberação das referidas presas do sistema penitenciário e, conseqüentemente, uma diminuição do número de presos no sistema como um todo, o que, em tese, vai diminuir o hiperencarceramento. Contudo,



os referidos argumentos políticos não se mostram legítimos para justificar a decisão, pois o artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal é expresso quando equipara o tráfico de drogas aos crimes hediondos, não havendo margem para interpretação diversa. Ademais, embora o Supremo Tribunal Federal pudesse estar de nobre intenção ao mudar seu entendimento, não cabe ao Poder Judiciário ir de encontro à Constituição Federal para justificar a implementação de uma política criminal.

Ao decidir assim, o Supremo Tribunal Federal relativizou a Carta Magna e seus princípios, como descreve Dworkin (2000, p. XIV): “Se nos importamos tão pouco com o princípio que emprestamos suas cores à política quando isso serve a nosso propósito, depreciamos o princípio e diminuimos sua autoridade”. Além disso, apesar dos ministros argumentarem acerca da relevante diminuição na massa carcerária com a mudança de entendimento da Corte, demonstraram uma solução pontual ao problema do hiperencarceramento, não levando em conta o impacto da sua decisão. A Corte, ao escolher razões consequencialistas, direcionadas aos objetivos, ultrapassando os seus limites de interpretação, afastou-se da coerência de princípios, o que certamente contribuiu para o enfraquecimento da autonomia do Direito, uma vez que a escolha é uma questão de política e não de princípio.

De mais a mais, os ministros não devem expressar qualquer julgamento moral particular dentro da Constituição, sob pena de ultrapassarem os limites constitucionais e assumirem uma postura ativista. Sobre o ativismo judicial, Tassinari (2013, p. 148) explica que a postura ativista deriva de julgamentos realizados a partir de um ato de vontade do aplicador, não estando condicionados a elementos jurídicos, embora, por vezes, possuam a aparência de juridicidade. Além disso, o problema do ativismo judicial é de cunho interpretativo, no sentido de observar se a intervenção do judiciário ocorreu dentro dos limites constitucionais, questionando sua legitimidade a partir de critérios igualmente jurídicos. Nesse sentido, quando uma decisão judicial ultrapassa os limites constitucionais, ela também perde sua legitimidade, tornando-se discricionária e fruto de decisionismos, colocando em risco a força normativa da Constituição. Nessa situação, o desígnio do legislador constitucional é deixado de lado em face da vontade do intérprete. Dessa forma, os limites da interpretação constitucional têm o propósito de garantir a segurança jurídica das decisões judiciais e preservar a estabilidade do ordenamento jurídico.

Destarte, é notória a precária situação do sistema carcerário brasileiro e a influência que a denominada “guerra às drogas” tem sobre esta circunstância, entretanto, não cabe ao Judiciário ultrapassar os limites de interpretação constitucional para tentar solucionar a questão.



Acerca do tema, Tassinari (2013, p. 133) afirma que esse ativismo judicial, ainda que diante de posturas progressistas, não pode ser considerado meio hábil para concretizar direitos, haja vista que a sociedade fica à mercê de opiniões oscilantes, das quais passam a depender a garantia de direitos. Assim, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 118.533, o Supremo Tribunal Federal extrapolou os limites do sentido e do alcance da norma constitucional, agindo de maneira discricionária. O artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal é cristalino ao equiparar o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos, em nada importando quais serão as condições pessoais do agente ou a pena aplicada no caso concreto. Não há controvérsia passível de gerar conflito de interpretação hermenêutica, uma vez que o referido inciso é inequívoco. No que se refere à discricionariedade, a controvérsia reside no fato de que juízes são transformados em legisladores (STRECK, 2013, p. 95).

Em suma, extrai-se que esse tipo de comportamento não pode ser aceito em um Estado Democrático de Direito, uma vez que é fruto de um ato de vontade do julgador, arbitrário e desprovido de legitimidade, incongruente com a Constituição Federal, gerando insegurança ao ordenamento jurídico e enfraquecimento da autonomia do Direito. O Direito deve ser interpretado com integridade e coerência e o Supremo Tribunal Federal desempenhar as funções de guarda da Carta Magna e de seus princípios constitucionais. No momento em que a Corte Suprema abstrai o texto constitucional, ela age de maneira discricionária, rompendo com a própria Constituição. A discricionariedade trilha uma via contrária à democracia.

3.2 OS PRECEDENTES E AS CONSEQUÊNCIAS APÓS A VIRADA JURISPRUDENCIAL DA CORTE SUPREMA:

Para verificar como se adaptaram os demais julgadores do País após o Supremo Tribunal Federal afastar o caráter hediondo do “tráfico privilegiado” nos autos do *Habeas Corpus* nº 118.533/MS, realizou-se um estudo com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O primeiro caso a ser analisado é o julgamento de questão de ordem na Pet nº 11796/DF, realizado no dia 23/11/2016. A fim de acompanhar o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça acolheu a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, cancelando a Súmula 512 do STJ, que previa a contrário (BRASIL, 2016, p. 1-2).

Outro julgado a ser analisado é o Agravo em Execução nº 70073696783, julgado pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 08 de junho de

2017. Sucintamente, o recurso buscava a desconsideração da natureza hedionda do “tráfico privilegiado”. O Desembargador Relator, Victor Luiz Barcellos Lima, votou no sentido de dar provimento ao recurso e determinar que fosse afastada a natureza hedionda do delito. Sustentou o relator que alterou o seu posicionamento anterior especialmente em face da recente mudança de entendimento da Suprema Corte (BRASIL, 2017, p. 2-3). A Desembargadora Rosaura Marques Borba acompanhou o relator (BRASIL, 2017, p. 3). Contudo, o Desembargador José Antônio Cidade Pitrez divergiu do voto do relator para negar provimento ao agravo. Defendeu que mesmo quando incidente a redutora prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da lei de drogas é mantida a hediondez dos delitos de tráfico de drogas (BRASIL, 2017, p. 4). Dessa forma, foi dado provimento ao recurso.

Por outro lado, o Agravo em Execução nº 70071774723, julgado pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 27 de abril de 2017, adotou posicionamento divergente. Trata-se de recurso interposto pelo Ministério Público contra decisão proferida pelo juízo da execução na qual afastou o caráter hediondo do “tráfico privilegiado”. O Desembargador relator Victor Luiz Barcellos Lima, negou provimento ao recurso (BRASIL, 2017, p. 3-4). Todavia, o Desembargador José Antônio Cidade Pitrez, sustentou que a incidência da redutora de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da lei de drogas não tem o condão de afastar a natureza hedionda do delito, bem como que a novel decisão do Supremo Tribunal Federal não é dotada de efeito vinculante e nem mesmo *erga omnes* (BRASIL, 2017, p. 4-7). O Desembargador Luiz Mello Guimarães acompanhou a divergência lançada e por maioria dos votos foi dado provimento ao agravo a fim de manter a hediondez do “tráfico privilegiado” (BRASIL, 2017, p. 7-8).

À vista disso, extrai-se dos julgados analisados que a jurisprudência brasileira não se mostra harmônica em relação à recente decisão proferida pela Suprema Corte. Trata-se, portanto, de decisão discricionária, pois fruto de decisionismo, que remete à insegurança jurídica e à fragilização da autonomia do Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa pesquisa buscou demonstrar que o Poder Legislativo, preocupado com a repressão ao tráfico de drogas, editou a Lei nº 11.343/06 no intuito de garantir a devida punição as criminosos. Entretanto, constatou-se também que o legislador ordinário criou uma desproporcional causa de diminuição de pena, a qual é aplicável quando o agente possui algumas características pessoais, o que acabou ferindo a integridade e a coerência do Direito e



trilhando um caminho oposto ao comando criminalizador da Constituição Federal. Outrossim, o presente trabalho pretendeu revelar que o princípio da proporcionalidade possui duplo grau, não agindo apenas na defesa do indivíduo em face do poder exacerbado do Estado, mas também demonstrando que o Estado está obrigado a garantir a proteção da sociedade perante atos lesivos de terceiros. Revelou que a garantia da segurança também é um direito fundamental estabelecido pela Constituição e que em detrimento das garantias fundamentais o Estado está proibido de oferecer uma proteção deficiente.

Sob o prisma hermenêutico, compreendeu-se que a Corte ultrapassou os limites de interpretação constitucional, uma vez que o entendimento firmado pelo Tribunal vai de encontro à Carta Magna. Concluiu-se, ainda, que a incidência da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei não tem o condão de afastar a hediondez do delito. A Constituição Federal, equiparar o tráfico de drogas aos crimes hediondos, preocupou-se com a nefasta repercussão que esta conduta acarreta à sociedade. Assim, as características inerentes às condições pessoais do agente não representam motivo apto para afastar essa postura mais rígida em relação ao traficante de drogas que a Carta Maior estabeleceu. Dessa maneira, o Supremo agiu como verdadeiro legislador positivo, tendo em vista que ao relativizar o preceito constitucional “criou” o delito de tráfico de drogas não hediondo. Com essa postura ativa, o julgador constitucional agiu de maneira arbitrária e ilegítima, vez que sua decisão deve ser respaldada em direitos e não em objetivos.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal não apresentou uma resposta constitucionalmente adequada ao caso e contribuiu para a ascensão do decisionismo judicial. Como consequência, gerou efeitos nos diversos tribunais brasileiros, aumentando a insegurança jurídica. Ou seja, afastou a integridade e a coerência do Direito, contribuindo para o enfraquecimento da autonomia do Direito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando Henrique de Moraes et. al. **Tráfico de drogas: razões fático-jurídicas de sua hediondez**. 2016. Disponível em: [HTTP://WWW.CONJUR.COM.BR/2016-AGO-22/STF-ERRA-CRIAR-DELITO-TRAFICO-DROGAS-NAO-HEDIONDO](http://www.conjur.com.br/2016-ago-22/stf-erra-criar-delito-traffic-drogas-nao-hediondo). Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. 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. Disponível em: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2004-2006/2006/LEI/L11343.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ATO2004-2006/2006/LEI/L11343.HTM). Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Petição nº 11.796/DF**. Terceira Seção. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 23 nov. 2016. Disponível em: [HTTPS://PROCESSO.STJ.JUS.BR/PROCESSO/PESQUISA/?TIPO PESQUISA=TIPO PESQUISANUMEROREGISTRO&TERMO=201602880562&TOTALREGISTROSPO RPAGINA=40&APLICACAO=PROCESSOS.EA](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipopesquisa=TIPO_PESQUISANUMEROREGISTRO&TERMO=201602880562&TOTALREGISTROSPO RPAGINA=40&APLICACAO=PROCESSOS.EA). Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 512**. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas. Disponível em: [HTTPS://WWW.LEGJUR.COM/SUMULA/BUSCA?TRI=STJ&NUM=512](https://www.legjur.com/sumula/busca?TRI=STJ&NUM=512). Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 104.410/RS**. 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 06 mar. 2012. Disponível em: [HTTP://PORTAL.STF.JUS.BR/PROCESSOS/DETALHE.ASP?INCIDENTE=3903548](http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3903548). Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 118.533/MS**. Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 23 jun. 2016. Disponível em: [HTTP://WWW.STF.JUS.BR/PORTAL/PROCESSO/VERPROCESSOANDAMENTO.ASP?NUMERO=118533&CLASSE=HC&CODIGOCLASSE=0&ORIGEM=JUR&RECURSO=0&TIPOJULGAMENTO=M](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp?numero=118533&classe=HC&codigoclasse=0&origem=jur&recurso=0&tipojulgamento=M). Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo em Execução nº. 70071774723**. Segunda Câmara Criminal. Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre, RS, 27 abr. 2017. Disponível em: [HTTPS://TJ-RS.JUSBRASIL.COM.BR/JURISPRUDENCIA/911336652/AGRAVO-AGV-70071774723-RS](https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/911336652/agravo-agv-70071774723-rs). Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo em Execução nº. 70073696783**. Segunda Câmara Criminal. Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre, RS, 08 jun. 2017. Disponível em: [HTTPS://TJ-RS.JUSBRASIL.COM.BR/JURISPRUDENCIA/910364176/AGRAVO-AGV-70073696783-RS/INTEIRO-TEOR-910364273](https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/910364176/agravo-agv-70073696783-rs/inteiro-teor-910364273). Acesso em: 23 abr. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio** /Ronald Dworkin; Tradução de Luís Carlos Borges – São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?** 2008. Disponível em:



[HTTPS://JUS.COM.BR/ARTIGOS/11493/O-DEVER-DE-PROTECAO-DO-ESTADO-SCHUTZPFLICHT](https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzplicht). Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico**. 2006. Disponível em: **[HTTPS://EGOV.UFSC.BR/PORTAL/SITES/DEFAULT/FILES/ANEXOS/15715-15716-1-PB.PDF](https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15715-15716-1-PB.pdf)**. Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997.

CAPÍTULO 14

A PRECARIZAÇÃO DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE FRENTE AO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

Iago Batista Gonçalves, Graduado em Direito, Unifor-MG
Vinícius Batista Gonçalves, Doutorando em Administração, UFLA
Milena Abreu Ávila, Mestranda em Administração, UFLA

RESUMO

O presente estudo tem como fito a análise do contrato de trabalho intermitente nos moldes como se apresenta na legislação vigente e a consequente flexibilização dos direitos trabalhistas oferecida pelo mesmo. A metodologia utilizada foi a da revisão bibliográfica, através da análise de livros, artigos e periódicos. Trata-se de um tema muito recente, por consequência, existem diversas polêmicas por detrás do novo instituto que devem ser superadas. Enquanto uma parcela se coloca favorável a esse novo modelo de contrato sob o argumento de que o mesmo trará maiores seguranças ao trabalhador informal, de outro lado existem aqueles que caminham justamente ao contrário de tal raciocínio, sustentado que a manutenção do trabalho intermitente significa uma grande perda de tudo aquilo que já foi alcançado em termos de Direito do Trabalho. O objetivo precípuo do presente ensaio é o de demonstrar que a normatização que hoje se coloca é insuficiente, na medida em que não leva em consideração diversos desdobramentos desse modelo de contrato, demandando uma necessária e urgente revisão para tornar o contrato intermitente uma verdadeira ferramenta de proteção ao trabalhador, compatibilizando-o com a essência das normas trabalhistas e com o sistema jurídico como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho intermitente. Precarização. Revisão.

INTRODUÇÃO

É indubitável que a sociedade atual, em decorrência dos mais variados fatores (sejam eles econômicos, políticos, jurídicos etc), se encontra toda articulada por uma gama de relações cada vez mais complexas e caracterizadas por influências das mais diversas ordens. Dada esse atual cenário, com essa atualização constante das relações interpessoais estabelecidas entre os indivíduos em sociedade, os mecanismos de regulação de tais mudanças não poderiam se colocar alheios a tal.

No que concerne ao campo jurídico, especificamente no que tange ao direito do trabalho, uma das mais recentes tentativas em regularizar e “atualizar” as relações de trabalho estabelecidas entre contratante e contratado é a famosa e polêmica reforma trabalhista, que



ganhou forma através da Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, sendo esta última responsável por alterar e incluir diversos dispositivos na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Na tentativa de desconstruir o “sistema arcaico” da CLT, vários foram os dispositivos que sofreram alteração em sua sistemática: aqueles atinentes às férias, jornada de trabalho, serviço efetivo, descanso, tempo de deslocamento, dentre outros. Noutro giro, foi criado um instituto que sequer era previsto anteriormente pela legislação pátria, qual seja, o trabalho intermitente. Este último trata do tema central do presente estudo, não significando que as demais construções legislativas não sejam deveras importantes. Dar-se-á ênfase ao contrato de trabalho intermitente, uma vez que, como já mencionado, trata-se de uma inovação do ordenamento jurídico, o que demanda uma análise mais detida tanto por parte dos doutrinadores, como por parte dos tribunais através de suas jurisprudências e súmulas, uma vez que ainda se encontra em uma “zona desconhecida” em relação as suas consequências.

Como em todas as polêmicas, existem aqueles que se colocam favoráveis às mudanças perpetradas pela legislação atualmente em vigor, e defendem que o contrato de trabalho intermitente se trata de um importante instrumento para o desenvolvimento da economia, na medida em que irá estimular a criação de mais postos de trabalho e também a formalização de inúmeros postos de trabalhos informais. Noutro espeque, grande parcela entende que a flexibilização das normas trabalhistas é responsável por uma maior precarização dos direitos dos trabalhadores, sendo tal entendimento compartilhado pela maioria dos empregados.

Através da figura do trabalho intermitente será possível entender um pouco melhor os novos rumos traçados pela legislação laboral, e analisar se tal instituto atende aos anseios modernos.

Logo, a importância do presente estudo reside no fato da necessidade de produção de material sobre tão relevante tema, lançando um olhar diferente sobre o “pouco” conteúdo existente, e servindo como mais uma fonte de consulta para futuros estudos.

1 OS DISCURSOS POR DETRÁS DA REFORMA TRABALHISTA

Para entender o motivo da criação do contrato intermitente, faz-se mister entender a “razão de ser” da reforma trabalhista como um todo. Para tanto, far-se-á uma breve análise sobre os aspectos mais relevantes dos discursos do Projeto de Lei 5.452/16, posteriormente transformado na Lei 13.467/2017, que trata da reforma trabalhista.



Tal reforma, que vem sendo tentada há anos, foi efetuada sobre a premissa de que a CLT estaria destoando da atual realidade do país, o que, em certo aspecto, deixa evidente que há, infelizmente, um “interesse maior” por detrás da referida mudança. A afirmação de Franco Filho (2017) somente vem a corroborar com essa ideia:

A voz corrente é de que a CLT está obsoleta e não atende a realidade. É uma lamentável falácia. A CLT em vigor, na maioria dos seus dispositivos, não é aquela que foi aprovada por Vargas em maio de 1943. A quase totalidade das suas regras foi mudada e é imensamente a legislação extravagante que regula as questões trabalhistas no Brasil. (FRANCO FILHO, 2017, p. 7).

Se a CLT, como foi exposto brilhantemente por Franco Filho (2017), não encontra correspondência com a maioria dos dispositivos originários de sua promulgação, sendo muitas as relações trabalhistas reguladas por leis extravagantes, cai por terra o argumento de que a CLT se consubstancia em um documento arcaico e ultrapassado. O diploma legal em comento, assim como todos os demais (sem exceção), é passível de críticas, o que não significa que devem ser implementadas mudanças que corrompem com a sua essência protetiva.

Quando da análise do próprio PL 6.787/20016, verifica-se que uma de suas causas justificadores reside no fato de que as relações de trabalho devem ser aperfeiçoadas, além do que os mecanismos de combate à informalidade da mão de obra no país, devem ser atualizados (TEMER, 20016).

Uma simples análise do parecer por parte da comissão especial da Câmara dos Deputados quanto ao projeto de lei nº 6.787 de 2006, por si só, já demonstra o desconhecimento dos parlamentares sobre a Consolidação das Leis Trabalhistas. O referido parecer teve como seu relator o Deputado Rogério Marinho, que também é economista, e ao que parece, tratou a questão simplesmente sob o viés econômico.

Na tentativa de dar uma maior legitimidade à reforma, o deputado supracitado chegou a afirmar que:

Temos uma lei trabalhista que ainda diz que a mulher não merece as proteções legais se for empregada de seu pai ou marido, que ainda divide o país em 22 regiões, incluindo o Território do Acre. Pasmem, nossa lei ainda diz que a mulher casada não precisa pedir permissão do marido para litigar na Justiça trabalhista. Apesar desses exemplos, existem pessoas que insistem em dizer que a legislação não precisa de atualizações (PARECER DA COMISSÃO ESPECIAL, 2017, p.17).

Apesar da CLT trazer em seu bojo uma série de normas arcaicas para os tempos modernos, as mesmas sequer possuem aplicação. Os dispositivos acima citados, apesar de estarem formalmente presentes na CLT, fazem parte da chamada letra morta da lei. Toda a interpretação deve ser feita em consonância com a Constituição Federal, e uma vez que a mesma



foi promulgada posteriormente à CLT, vários foram os dispositivos desta última que não foram recepcionados.

Noutro giro, a crise econômica vivenciada nos últimos anos é colocada como sendo uma decorrência direta da rigidez das normas presentes no diploma legal em comento. Não colocam o saldo negativo na conta dos inúmeros e exorbitantes desvios de verbas do poder público através da famigerada corrupção brasileira.

Trata-se de um discurso que carece de um maior fundamento para dar uma maior legitimidade às mudanças perpetradas.

2 DEFINIÇÃO E ORIGEM DO TRABALHO INTERMITENTE

Antes de tecer maiores comentários sobre esta nova modalidade de contrato, imperioso se coloca traçar as características básicas do mesmo, apresentando-se como principal substrato a sua definição legal trazida pela Consolidação das Leis do Trabalho, que assim vem a defini-lo, em seu art. 443, §3º, incluído pela Lei nº 13.467 de 2017:

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria (BRASIL, 1943).

Numa primeira análise superficial sobre o conceito legal, salta aos olhos que um dos elementos configuradores das relações de emprego já não se faz presente na figura do trabalho intermitente, qual seja, a não eventualidade. Por decorrência lógica de tal constatação, num primeiro momento, é possível afirmar categoricamente que os vínculos engendrados por tal figura, não se tratam de vínculos empregatícios. Porém, tal modalidade de contrato vem sendo tratada como um novo conceito de vínculo de emprego, ao arrempio de toda construção jurídica normativa por detrás do Direito do Trabalho, seja sob o aspecto legal, principiológico, ou até mesmo sob o viés teleológico de tal direito especializado.

Diante deste novo conceito de relação de emprego, João (2017) assevera:

De novo a lei nos coloca diante de um rompimento de paradigma. O trabalho ocasional sempre levou como argumento de exclusão de vínculo de emprego, além da ausência do seu caráter habitual, a possibilidade de recusa pelo prestador de serviços. Todavia, a nova lei inaugura a inclusão da ausência de habitualidade e da manifestação contrária pelo prestador de serviços como elementos incapazes de excluir o vínculo de emprego (JOÃO, 2017).

Nogueira (2017) doutrina que a essa espécie de contrato de trabalho se origina da imprescindibilidade da modernização da legislação trabalhista, para que a mesma se torne mais adequada aos atuais anseios dos empregados, sendo que o seu surgimento:

Fundava-se na existência de trabalhadores que não possuíam interesse em trabalhar a semana toda, seja para obter outros ganhos financeiros, seja para preparação intelectual ou profissional em outras áreas, bem como na existência de atividades econômicas que não demandariam um número fixo de empregados em tempo integral (NOGUEIRA, 2017, p. 13).

Por sua vez, e corroborando com o pensamento da autora supracitada, Martins (2012), ao tecer comentários sobre o Código de Trabalho de Portugal, complementa ainda que o trabalho intermitente originar-se-ia de um conjunto de fatores inevitáveis, relacionados não somente às necessidades dos empregados, mas também os empregadores:

Surgindo como consequência do fenómeno mais global designado pela doutrina como a “*crise do direito do trabalho*”, a “*erosão da relação de trabalho típica*” resulta de alterações que sucessivamente se verificam nos pressupostos económicos, nos modelos empresariais, nas agendas dos empregadores, dos sindicatos e das administrações públicas e até no próprio perfil típico de trabalhador subordinado, de tal forma que o processo de erosão é apresentado como tendo um “*cunho de inevitabilidade*” (MARTINS, 2012, p. 69).

Justamente por se tratar de um uma modalidade recentíssima de “relação empregatícia”, não se tem, na doutrina especializada, um conceito mais detalhado sobre o instituto ora em comento, sendo que os estudiosos se limitam apenas a transcrever o dispositivo legal previsto pelo art. 443, § 3º, e a descrever os dispositivos legais que lhe são aplicados, sendo estes últimos tratados em momento oportuno.

3 O TRABALHO INTERMITENTE NA LEGISLAÇÃO ALIENÍGENA

Por tratar-se de uma figura nova no país, se coloca relevante a análise de algumas legislações estrangeiras que já regulamentaram o trabalho intermitente há mais tempo. Importante salientar também que o projeto de reforma trabalhista apresentou como base para o seu funcionamento, os modelos português e italiano (SOUSA, 2018), observação esta que se faz imprescindível, o que demonstrar-se-á posteriormente.

3.1 A JORNADA INTERMITENTE NO REINO UNIDO

A jornada intermitente no Reino Unido, também denominada de “Zero Hours Contract” (contrato zero-horas) é mencionada no artigo 27 – A do Employment Rights Act (Lei dos Direitos de Emprego), de 1996. Em linhas gerais, o artigo 27 – A proíbe imposição de exclusividade nesse tipo de contrato, podendo o trabalhador firmar outros contratos concomitantes, não podendo tal ato estar condicionado à anuência ou consentimento do empregador (REINO UNIDO, 1966).



Fato curioso a ser destacado, segundo matéria publicado no jornal “The Guardian”, é o de que nove a cada dez empregados do McDonald’s (maior empregador no setor *fast food*) no Reino Unido eram contratados através do regime zero-horas (THE GUARDIAN, 2013).

3.2 A JORNADA INTERMITENTE NO MODELO PORTUGUÊS

No modelo português, o contrato intermitente foi inserido com a Lei 7/2009. Assim como ocorreu no Brasil, o trabalho intermitente não deixou de ter polêmicas também em Portugal, uma vez que a Comissão do Livro Branco das Relações Laborais chegou à conclusão de que esse novo tipo de contrato não se colocava necessário, dadas as condições de emprego naquele momento em Portugal e também a outras experiências vivenciadas em âmbito nacional (MARTINS, 2012). Todavia, Governo e Parceiros Sociais do chamado Acordo Tripartido não seguiram a recomendação da comissão, inserindo essa nova modalidade de contrato naquele país através da lei retro mencionada (MARTINS, 2012). O Livro Branco das Relações Internacionais é responsável por reavaliar o quadro legal vigente e propor alterações com vista à promoção do emprego e da mobilidade protegida entre diferentes tipos de contrato de trabalho

O Código do Trabalho de Portugal vem a regular a matéria em seu artigo 157 e seguintes. Ao contrário do que ocorre no modelo brasileiro, o contrato intermitente português somente pode ser celebrado por empresas que exerçam atividades com descontinuidade ou com intensidade variável, conforme consta expressamente em seu artigo 157.

Outra grande diferença é que o modelo português, em seu artigo 160, vem a estabelecer que o período de inatividade gera uma remuneração de, no mínimo, 20% da remuneração base. Ainda, em consonância com o artigo 159, o contrato intermitente não pode ser inferior a 6 meses.

O contrato intermitente português é um gênero, comportando duas espécies distintas: o contrato de trabalho alternado, onde já ficam fixados os períodos de trabalho e inatividade; e o contrato de trabalho à chamada, quando o serviço fica condicionado à convocação do empregador, que assim o deve fazer em prazo não inferior a 20 (vinte) dias do trabalho a ser realizado.

3.3 A JORNADA INTERMITENTE NO MODELO ITALIANO

O contrato de trabalho intermitente italiano, por sua vez, é regulado pelo artigo 13 e seguintes do Decreto Legislativo nº 81/2015. O artigo 13 desse diploma vem a determinar que

esse tipo de contrato só pode ser firmado com pessoas com até 25 (vinte e cinco) anos, ou com mais de 55 (cinquenta e cinco) anos.

O artigo 16 do diploma em comento, assim como acontece no direito português, vem a prever que nos casos em que tenha sido combinado o comparecimento do empregado através de convocação do empregador (chamada), aquele faz jus a um pagamento pelo tempo de inatividade, sendo tal valor determinado pelos contratos coletivos, não podendo, no entanto, ser inferior ao valor fixado pelo Ministro do Trabalho e das Políticas Sociais.

Esse modelo não se aplica aos contratos firmado com a administração pública. Também é vedado aos empregadores fazer o uso de tal instrumento para substituir trabalhadores em greve, ou em unidades produtivas que praticaram o despedimento coletivo nos seis meses anteriores (trabalhadores designados para as mesmas tarefas referidas no contrato de trabalho intermitente) e ainda aos empregadores que não realizaram a avaliação de risco em aplicação da legislação relativa à protecção da saúde e da segurança dos trabalhadores (art.14).

Interessante notar também que a legislação italiana apresenta um limite temporal a este tipo de contrato, senão vejamos:

Art.13 [...] 3. Em qualquer caso, com exceção dos setores de turismo, exercícios públicos e do show, o contrato de trabalho intermitente é admitido, para cada trabalhador com o mesmo empregador, por um período não mais de quatrocentos dias de trabalho efetivo durante um período de três anos solar. Se o período acima mencionado for excedido, a relação relativa é transforma-se em uma relação de emprego permanente e em tempo integral (ITÁLIA, 2015, tradução nossa).¹²

Tem-se ainda, em seu artigo 15, que o prazo de convocação para o serviço não pode ser inferior a um dia útil.

Sobre este tipo de modelo, Sacco (2017) deixa explícito, na prática, a faceta perversa de tal instituto:

Trabalhadores de chamadas foram empregados no primeiro trimestre de 2017 para uma média de 10 dias por mês. Por parte dos trabalhadores, esta norma contribui a curto prazo para aumentar a participação dos trabalhadores pobres e, a longo prazo, dos pobres aposentados (FÁBIO SACCO, 2017, tradução nossa).¹³

12 3. In ogni caso, con l'eccezione dei settori del turismo, dei pubblici esercizi e dello spettacolo, il contratto di lavoro intermittente è ammesso, per ciascun lavoratore con il medesimo datore di lavoro, per un periodo complessivamente non superiore a quattrocento giornate di effettivo lavoro nell'arco di tre anni solari. In caso di superamento del predetto periodo il relativo rapporto si trasforma in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato.

13 I lavoratori a chiamata sono stati impiegati nel primo trimestre del 2017 per una media di 10 giorni al mese. Dalla parte dei lavoratori questa norma contribuisce nel breve periodo ad accrescere la quota dei lavoratori poveri, e, a lungo periodo, quella dei pensionati poveri.

A definição de trabalhador pobre proposta por Gallino (2004) cai como uma luva para complementar a explicação de Sacco:

Os trabalhadores pobres são aqueles que, apesar de trabalharem uma grande parte do ano, não ganham o suficiente para se manter acima da linha da pobreza, estão em ascensão em todos os países avançados, devido a processos similares àqueles que vemos implementados na Itália. : a pressão para conter os salários, caso contrário, a empresa se muda para a Indonésia ou Moldávia, combinada com a desregulamentação do mercado de trabalho, que está transformando empregos indefinidos e em tempo integral em um privilégio reservado a uma minoria. Quanto aos aposentados pobres, eles são aqueles que, ao pagar as escassas contribuições que podem ser pagas quando mudam de um emprego para outro, talvez com intervalos amplos entre os dois, podem contar com uma pensão correspondente a 30% um salário médio (GALLINO apud SACCO, 2017, tradução nossa).¹⁴

Causa estranheza o modelo brasileiro de contrato intermitente apresentar como base e justificativa os modelos português e italiano, uma vez que na prática, foram modelos que não deram certo, e só contribuíram para uma maior precarização da relação empregatícia.

4 O TRABALHO INTERMITENTE NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Antes de adentrar especificamente à uma análise detida dos pontos do contrato de trabalho intermitente, é importante entender como o tema foi regulamentado por uma portaria ministerial.

O Presidente da República enviou o projeto de lei da reforma trabalhista à Câmara dos Deputados consoante o determinado pelo art. 64 da Constituição Federal, na qual não constava, originalmente, a previsão ou regulamentação do trabalho intermitente. Posteriormente, na comissão especial da Câmara destinada a proferir parecer ao projeto de lei, a qual já foi citada em outro tópico, foram acolhidas algumas das propostas apresentadas por meio de emendas parlamentares, relativas ao contrato de trabalho intermitente, quais sejam: emenda 301 (Deputado Herculano Passos), 426 (Deputado Fernando Monteiro), 655 (Deputado Zé Silva) e 83, 85 e 659 (Deputado Laércio Oliveira). Logo, foi a partir de tais emendas que o trabalho intermitente passou a constar do projeto.

Aprovada na forma do substitutivo (nome que se dá ao texto que altera substancialmente o conteúdo original da proposta, sendo apresentado pelo relator e tendo preferência na votação

¹⁴ "I lavoratori poveri sono coloro che pur lavorando una gran parte dell'anno, non guadagnano abbastanza per restare al disopra della linea della povertà. Essi sono in aumento in tutti i paesi avanzati, in forza di processi analoghi a quelli che vediamo attuarsi in Italia: la pressione per il contenimento dei salari, altrimenti l'impresa si trasferisce in Indonesia o in Moldavia, unita alla deregolazione del mercato del lavoro, che sta tramutando l'occupazione di durata indeterminata e ad orario pieno in un privilegio riservato a una minoranza. Quanto ai pensionati poveri, sono quelli che, versando gli scarsi contributi che è possibile versare quando si passa da un lavoro a termine all'altro, magari con ampi intervalli tra i due, potranno contare su una pensione corrispondente grosso modo al 30% d'uno stipendio medio. " (Gallino 2004).

sobre o projeto original) do relator Rogério Marinho pelo Plenário da Câmara dos Deputados, a reforma trabalhista foi enviada ao Senado Federal.

Durante a tramitação no Senado, houve um acordo entre o governo e os parlamentares: estes últimos não fariam inclusões que modificasse o projeto já aprovado pelos deputados, para que o mesmo não voltasse para a análise daquela casa legislativa, consoante o que prevê o processo legislativo; o governo, por sua vez, regulamentaria os pontos mais polêmicos através de medida provisória, dentre os quais se fazia presente o trabalho intermitente.

Em novembro de 2017, o Palácio do Planalto enviou ao Congresso Nacional a medida provisória prometida (MP 808/2017), alvo de centenas de emendas parlamentares, “que perdeu sua validade a partir do dia 23 de abril de 2018, mas que enquanto estava vigente esclareceu certos pontos desta modalidade, papel que cabe atualmente para a Portaria nº 349 de 23 de maio de 2018” (HIRASE, 2018).

Vencido tal processo de promulgação e regulamentação da reforma trabalhista, passa-se, a partir deste ponto, a uma análise detida dos dispositivos aplicáveis à modalidade de contrato objeto do presente estudo.

O art. 443, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) vem a dispor que “o contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente” (BRASIL, 1943, grifos nossos). O parágrafo terceiro deste mesmo dispositivo, que trata sobre a definição legal de contrato de trabalho intermitente, foi oportunamente tratado quando da conceituação do instituto. Imperioso lembrar que nesse modelo a alternância de períodos de prestação de serviço pode se dar em horas, dias ou até mesmo meses.

O art. 452 – A, por sua vez, vem a determinar que o contrato de trabalho intermitente deve obrigatoriamente ser celebrado por escrito e especificar o valor da hora trabalhada, sendo que esta última não pode ser paga em um valor inferior à hora dos demais empregados que exercem a mesma função no estabelecimento, vinculados por contrato intermitente ou não, não sendo possível também que tais horas sejam fixadas em valor inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo (BRASIL, 1943).

A portaria do Ministério do Trabalho nº 349 de 2018, no que tange ao valor devido ao empregado intermitente, vai além, determinando, em seu art. 2º, inc. II, que este empregado pode perceber uma remuneração horária ou diária superior àquela que é paga aos trabalhadores

da mesma empresa contratados por prazo indeterminado, não gerando qualquer tipo de discriminação salarial (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2018).

O trabalhador deve ser avisado com uma antecedência mínima de três dias corridos, e possui um prazo de um dia útil para responder ao chamado, sendo que no caso de silêncio, presume-se a sua recusa (BRASIL, 1943).

Cumpre também sobrelevar que consoante o art. 452 – A, em seu § 3º, a recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente (BRASIL, 1943). Logo, da leitura de tal dispositivo é possível depreender-se que o elemento subordinação se faz presente no contrato intermitente.

A partir do momento em que a oferta de trabalho é aceita, qualquer das partes que descumprir o acordado, sem motivo justo, pagará a outra parte, dentro de trinta dias, uma multa de 50% da remuneração que seria devida caso o serviço fosse prestado, sendo também permitida a compensação em igual prazo.

Ao contrário do que ocorre na Itália e em Portugal, no Brasil, conforme consta expressamente no § 5º do dispositivo em comento, “o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador” (BRASIL, 1964). Não obstante, o trabalhador poderá prestar serviços a outros contratantes, assim como ocorre nos países supracitados, fato este ratificado pela portaria do Ministério do Trabalho, em seu art. 4º, § 1º.

A portaria nº 349 de 2018, em seu art. 4º, veio a definir o significado de período de inatividade como sendo “o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços nos termos do § 1º do art. 452-A da referida lei” (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2018).

Já os parágrafos 6º e 7º do art. 452 – A, assim dispõem:

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

I - remuneração;

II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III - décimo terceiro salário proporcional;

IV - repouso semanal remunerado; e

V - adicionais legais.

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo (BRASIL, 1943).

Logo, o trabalhador receberá de pronto os valores referentes as parcelas discriminadas no dispositivo acima, assim que acabar de prestar os serviços, podendo ser pago por hora, diariamente ou mensalmente, a depender do período para o qual foi chamado.



Sobre a contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia, o empregador cumprirá tais obrigações proporcionalmente aos valores mensais pagos ao trabalhador, devendo fornecer ao empregado o comprovante de tais obrigações, conforme o previsto pelo § 8º do art. 452 – A (BRASIL, 1943).

Delgado e Delgado (2017) chegam a afirmar que as novas disposições legais criaram pura e simplesmente mais uma “modalidade de salário por unidade de obra ou, pelo menos, de salário tarefa” (DELGADO, 2017, p.155).

Os autores supracitados vão além, afirmando que tal regulamentação irá precarizar ainda mais a situação dos trabalhadores no país:

[...] não há dúvida de que a nova fórmula jurídica poderá ter um efeito avassalador quanto ao rebaixamento do valor trabalho na economia e sociedade brasileiras. É que ostentando essa fórmula uma amplitude bastante extensa (vide a generalidade da regra constante do § 3º do art. 443 da CLT), ela tenderá a instigar os bons empregadores a precarizarem a sua estratégia de contratação trabalhista tão logo os concorrentes iniciarem esse tipo de prática. Afinal, como a Sociologia e a Medicina explicam, as más práticas se deflagram e se generalizam epidemicamente, ao passo que as boas práticas levam longo tempo de maturação, aculturação, insistência e educação para prevalecerem (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 156).

Através dos dispositivos legais citados, é possível se ter uma visão geral sobre o contrato de trabalho intermitente proposto no Brasil, sendo possível inaugurar um novo tópico no presente estudo para tratar de maneira sucinta sobre a flexibilização das normas trabalhistas possibilitadas por este novo tipo de contrato.

5 O CONTRATO INTERMITENTE E SUAS IMPLICAÇÕES DIRETAS NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA

Cumpramos agora analisar quais são as vantagens e quais são as desvantagens decorrentes deste novo modelo de contrato. Tal análise depende, contudo, sob qual viés a questão será analisada.

Apenas para principiar o assunto, o trabalho intermitente possui como base a legislação portuguesa e italiana. Enquanto no primeiro caso a Comissão do Livro Branco das Relações Laborais se posicionou contrariamente a implementação de tal contrato na legislação portuguesa, devido às experiências passadas e ao cenário de estabilidade da época, no segundo, a prática implementada se mostrou responsável pelo aumento de trabalhadores pobres.

Se coloca completamente incoerente criar uma lei tão importante quanto a reforma trabalhista baseando-se em institutos internacionais que claramente deram errado. Isso,



tomando-se como foco o empregado, pois para o empregador se trata de um grande avanço na legislação nacional.

Criado sob a premissa de que a legislação deve ser atualizada para acompanhar o “novo modelo de trabalhador” que busca uma maior liberdade e disponibilidade para se dedicar à outras atividades que não as relativas ao trabalho, o contrato de trabalho intermitente criou um verdadeiro abismo entre o empregado e a lógica protetiva por detrás do Direito do Trabalho.

O aumento substancial de pessoas que buscam ingressar num emprego público vai de encontro direto com o argumento dessa tal liberdade buscada. A lógica de que o trabalhador quer se dedicar a outras atividades, como o estudo, foi completamente deturpada. Se uma pessoa se dedica ao estudo, é justamente porque se encontra insatisfeita com sua atual situação, almejando uma estabilidade financeira, salvo raríssimas exceções.

Martins (2012), apesar de direcionar seu estudo à legislação espanhola, traduz bem o sentimento absorvido por aqueles defensores do contrato intermitente:

A flexibilidade (e as transformações que se lhe adivinhavam associadas), surgida então no contexto da *crise*, era um conceito “*intelectualmente sedutor*”, de tal forma que ainda hoje é caracterizado como “*palavra mágica dos nossos dias*”, aparecendo como possível panaceia para os males do mercado de emprego, na medida em que permitiria diminuir os custos fixos associados à mão-de-obra e, assim, multiplicar as potencialidades desse mercado, nomeadamente, pela “*utilização de formas de emprego mais versáteis*”, que sacrificavam o designado “*princípio sacrossanto da estabilidade*” (MARTINS, 2012, p. 70).

Tal “versatilidade” supracitada pode ser observada em diversos pontos da legislação pátria. A começar pelo fato de que agora, a continuidade deixou de ser um dos requisitos caracterizadores da relação de trabalho. A subordinação, ao que parece, se tornou um elemento hierarquicamente superior aos demais, uma vez que a portaria do Ministério do Trabalho veio a determinar, em seu art. 1º, § 5º que “presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício” (MINISTÉRIO DO TRABALHO). A subordinação, dentro do contrato intermitente, é fator determinante.

A instabilidade gerada pelo contrato intermitente não é somente atual, mas também se projeta para o futuro, uma vez que o empregador fica responsável somente por fazer o recolhimento de parcelas devidas ao INSS proporcionalmente ao valor mensal pago ao trabalhador intermitente. Este último deve complementar tais depósitos se os mesmos não alcançar o patamar referente ao salário mínimo. Como não existe uma obrigatoriedade de depósito, como acontece com os empregados com contrato por tempo indeterminado, muitos deixarão de complementar tal recolhimento por questões de necessidade.



A própria portaria que regulamenta o trabalho intermitente também é responsável por legalizar uma prática abominável: os trabalhadores que exercem a mesma função dentro de uma mesma empresa podem ser remunerados de maneira diferente, sem que isso consubstancie-se em discriminação salarial. Trata-se de um dispositivo que dificilmente será aplicado na prática, pois nenhum empregador estará disposto a pagar uma remuneração de um empregado maior que a de outro na mesma função, pois aquele trabalhador que é estável, dificilmente saberá lidar com tal situação, podendo até mesmo diminuir o seu ritmo produtivo por receber uma remuneração proporcionalmente menor. Em verdade, há uma tentativa de recompensar o trabalhador intermitente através da afronta ao sistema trabalhista no que diz respeito a discriminação salarial.

Fala-se muito que a regulamentação do trabalho intermitente se presta justamente à proteção daquele trabalhador que realiza atividades esporádicas, vindo a beneficiar uma gama de pessoas que fazem o famoso “bico”. Sobre o tema, Viegas (2017) explica que:

[...] têm-se aqueles que defendem a sua regulamentação, sob o argumento de que o trabalho intermitente sempre existiu na informalidade e, agora, os trabalhadores contratados por hora serão acobertados pela CLT. Essa parte da doutrina defende que a lei surge de uma necessidade, não sobrevivendo para incentivar esse tipo de contratação. O tema do trabalho intermitente, portanto, é árduo e merece ser discutido (VIEGAS, 2017).

Não restam dúvidas de que essa espécie de trabalhador merece proteção do sistema jurídico, assim como qualquer outro que dependa única e exclusivamente da sua força de trabalho para sobreviver. Porém, tal proteção não pode se dar em detrimento e deturpação dos avanços alcançados pelo Direito do Trabalho, como foi feito através da reforma trabalhista.

Ainda no que tange aos trabalhadores que vivem de “bico”, o seu maior problema reside justamente no fato de que não há uma expectativa de salário ao final do mês. Tal fato não passou nem perto de ser resolvido pela nova reforma trabalhista.

Formalmente falando, a legalização do trabalho intermitente significou uma grande vitória para a imagem do governo, uma vez que aqueles que ainda vivem de “bico” podem ser inclusos nas estatísticas sobre o emprego. Materialmente falando, tais estatísticas não traduzem a realidade, mas pelo contrário, falseiam deliberadamente as atuais condições do trabalhador no país. Neste sentido, João (2017) explica:

Da forma como está, o contrato de trabalho intermitente é um contrato sem garantias e sem obrigações. Pela ausência de garantias ao trabalhador contratado, a lei permitirá o deslocamento de trabalhadores da estatística de desempregado para emprego intermitente, sem qualquer certeza de salário no mês porquanto condicionado à convocação pelo empregador. É o emprego sem compromisso de prover renda (JOÃO, 2017).

Por esta lógica aterrorizante, um trabalhador que por ventura tenha sido chamado para trabalhar somente uma vez no mês, e tenha recebido sessenta reais pelos serviços prestados, é considerado empregado.

Como se não bastasse, a incerteza não residirá somente no quando, mas também no onde, uma vez que segundo o art. 3º da Portaria nº 349/2018 as partes poderão convencionar expressamente os locais e turnos de prestação de trabalho. Logo, através de uma interpretação literal do dispositivo, o trabalhador poderá desempenhar suas atividades em locais e turnos diferentes, se não fora definido tais condições no contrato de trabalho.

Incontestes são os malefícios causados pela alteração constante dos turnos de trabalho, que inclusive foram comprovados cientificamente. Elucidando o tema, Antunes (2009) explica como se dá esta íntima relação saúde e turnos diferenciados de trabalho, demonstrando as suas consequências indesejadas:

Atividades laborais que envolvem a alteração da jornada de trabalho estão relacionadas com uma dessincronização do ciclo natural sono-vigília, expondo o organismo humano a períodos de luz em horários atípicos, resultando em um padrão alimentar irregular e alterando tanto a rotina social quanto a familiar dos trabalhadores de turno.

É evidente que a hora de dormir está sob regulação circadiana. A espécie humana é caracterizada por hábitos diurnos; dormem a maior parte da noite em intervalos de aproximadamente 24 horas. Ao não adotar este padrão, fato este que ocorre nos trabalhos de turno, o organismo sofrerá a implacável influência do oscilador circadiano. Sabe-se que trabalhadores de turno apresentam um tipo de alteração do sono, onde a relação entre a fase claro-escuro, o sono e a alimentação estão dessincronizados. **Inúmeros estudos relatam a associação entre trabalho de turno e uma série de condições patológicas, como obesidade, doenças cardiovasculares, metabólicas, gastrointestinais, neurológicas e psiquiátricas** [...] Os ritmos dos indivíduos são sincronizados às suas atividades diárias pela fase claro-escuro e rotina social, devendo reajustar-se quando forçados a aderir a um novo padrão de atividade repouso, e essa adaptação a nova ritmicidade imposta pela jornada de trabalho requer tempo [...] **A adaptação completa ao trabalho de turno é praticamente impossível e a dessincronização decorrente, raramente, poderá ser superada** [...] (ANTUNES, 2009, p. 15-16, p. 37, p. 38, grifos nossos).

Por tudo que fora até aqui analisado, sem se adentrar minuciosamente em cada uma das consequências geradas pelo contrato de trabalho em estudo, de uma maneira geral, percebe-se que a medida implementada gerou diversos impactos, sendo que alguns deles ainda são hipotéticos, e outros sequer ainda são previsíveis

CONCLUSÃO

Após a mudança de alguns aspectos atinentes à terceirização trabalhista, que agora pode ser empregada também na atividade meio das empresas, o trabalhador recebeu outro “balde de água fria” com a regulamentação do contrato intermitente. Jogaram água sobre a manta



protetiva do Direito do Trabalho que envolvia a classe dos trabalhadores, mais especificamente no que diz respeito aos empregados, e agora ela começa a pesar sobre estes.

Responsável por gerar uma maior flexibilização dos direitos trabalhistas, este modelo contratual reflete bem o atual cenário político brasileiro, que vai em contramão de tudo aquilo que foi conquistado pelo trabalhador brasileiro desde a revolução industrial.

Para corroborar ainda mais com a conclusão ora exposta, oportuno transcrever a observação feita por Delgado e Delgado (2017), segundo os quais:

O contrato de trabalho intermitente, nos moldes em que foi proposto pela Lei da Reforma Trabalhista - caso lidas, em sua literalidade, as regras impostas por esse diploma legal -, busca romper com dois direitos e garantias justralhistas importantes, que são da estrutura central do Direito do Trabalho: a noção de duração do trabalho (e de jornada) e a noção de salário (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 154).

O “trabalhador sem salário” tem sua importância reduzida a uma mera estatística. Não interessa se o trabalhador não foi chamado para prestar serviços em determinado período e se não auferiu qualquer ganho em determinado mês: para as estatísticas ele é empregado.

Está mais que evidente que existe um interesse maior por trás de todo processo, sendo possível se chegar a tal constatação pela simples análise dos subterfúgios usados pelo então atual Presidente para uma aprovação mais célere de seu projeto. Os parlamentares e o chefe do Poder Executivo fizeram o uso de subterfúgios legais, porém imorais, para que o projeto de lei não voltasse para uma reanálise por parte da Câmara dos Deputados. Logo, trata-se de uma Lei que já nasceu precária, assim como o instituto do trabalho intermitente.

Em verdade, a legislação que se encontra vigente é carecedora de um estudo mais detido de cada um de seus dispositivos, sobre os quais se deve lançar um olhar mais minucioso e responsável. A portaria ministerial responsável pela regulamentação da matéria já é alvo de uma ação de inconstitucionalidade, pois claramente trata-se de uma portaria que não se limitou a regulamentar, mas também inovou no ordenamento jurídico, ferindo por consequência a independências dos poderes que se coloca tão cara à Constituição Federal.

A situação toma ares ainda mais preocupantes quando da análise das consequências desastrosas que podem advir para a vida do trabalhador submetido a tais regramentos, uma vez que pode ser convocado em turnos diferentes, em horários diferentes, e até mesmo em locais diferentes, impactando diretamente na sua saúde e convivência familiar. A princípio poderia se argumentar de que o empregado poderia ou não aceitar o serviço, dada tal possibilidade prevista



pela legislação. Porém, na prática a situação econômica pode não deixar outra escolha ao trabalhador, pois o que a princípio pode ser uma potestatividade, torna-se uma necessidade.

O argumento de que a regulamentação do contrato intermitente seria benéfica aqueles trabalhadores informais seria louvável, a não ser pelo fato de que isso traz uma série de consequências indesejadas para aquele trabalhador que busca uma maior tranquilidade para se inserir no mercado de trabalho sem ter de se preocupar se receberá ou não um salário ao final do mês.

O risco do negócio, que conforme preceitua a própria CLT, deve ser do empregador (ou pelo menos deveria ser), passou única e exclusivamente ao empregado, que agora se tornou um refém das oscilações da economia nacional.

Como já foi dito em outro momento, os trabalhadores que hoje vivem de “bico” merecem sim uma proteção do Estado por parte dos abusos dos contratantes, mas não como foi feito. A melhor saída seria restringir o uso do contrato intermitente à determinados serviços, assim como o foi na legislação portuguesa (onde somente pode ser celebrado por empresas que exerçam atividades com descontinuidade ou com intensidade variável).

Outro ponto que deveria ser implementado na legislação é uma remuneração a ser paga pelo tempo de inatividade, de maneira a minimizar os impactos econômicos na vida do trabalhador intermitente, o que já ocorre tanto em Portugal, quanto na Itália. Os legisladores se olvidaram de implementar os aspectos positivos dos modelos basilares.

Em resumo, trata-se de uma questão que ainda está longe de se tornar unanimidade, pendendo de uma análise por parte do Poder Judiciário, que com certeza ainda será muito acionado para dirimir eventuais controvérsias, formando-se, a partir daí uma jurisprudência sólida, que servirá de norte para futuras demandas envolvendo o mesmo tipo de matéria.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Luciana da Conceição. **Aspectos cronobiológicos do trabalho de turno**. 2009. Dissertação (Mestrado em Medicina) – Programa de Pós Graduação em Medicina, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **Lei da Reforma Trabalhista**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2018.

BRASIL. **Parecer da comissão especial da Câmara dos Deputados.** Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.787, de 2016, do poder executivo, que "altera o decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - consolidação das leis do trabalho, e a lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências". Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961>. Acesso em: 24 jan. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017, 329.

FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. **A próxima reforma trabalhista.** São Paulo, 2017. In: RTr Suplemento Trabalhista LTr 003/17.

HIRASE, Jefferson Hiroshi Oizumi. **ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE.** Etic - Encontro de Iniciação Científica-ISSN 21-76-8498, 2018, 14.14.

ITÁLIA. **Decreto Legislativo 81/2015.** Regulação orgânica de contratos de trabalho e revisão de legislação em matéria de deveres, nos termos do n.º 7 do artigo 1.º da Lei 10 Dezembro de 2014, n. 183. Disponível em: <https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto_Legislativo_15_giugno_2015_n.81.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2019.

JOÃO, Paulo Sérgio. Trabalho intermitente: novo conceito de vínculo de emprego. Reflexões jurídicas. 2017. In: **Revista Consultor Jurídico**, 22.

McDonald's ties nine out of 10 workers to zero-hours contracts. **The Guardian.** Grã Bretanha. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/business/2013/aug/05/mcdonalds-workers-zero-hour-contracts>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

MARTINS, André Almeida. **O trabalho intermitente como instrumento de flexibilização da relação laboral: o regime do Código de Trabalho.** Leiria: Instituto Politécnico de Leiria – Escola Superior de Tecnologia e Gestão, 2012. pp. 66-97. Comunicação apresentada no "I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais, 2009". Disponível em: <<https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/772/1/artigo2.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. Portaria nº 349, de 23 de maio de 2018. Estabelece regras voltadas à execução da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, no âmbito das competências normativas do Ministério do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 24 de mai. 2018.

NOGUEIRA, Eliane dos Santos Alves. O Contrato de Trabalho Intermitente na Reforma Trabalhista Brasileira: contraponto com o modelo italiano. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 51, 2017. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/2647700/R+51-2017.pdf/800f2c9b-5f11-45fc-9699-925e57b9d61b>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

PORTUGAL. Lei nº 7/2009. **Código do Trabalho.** É aprovado o Código do Trabalho, que se publica em anexo à presente lei e dela faz parte integrante. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf>>. Acesso em 24 Jan. 2019

REINO UNIDO. **Employment Rights Act de 1966**. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/section/27A>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

SACCO, Fabio. Il ritorno del lavoro intermittente. **Rivista Giuridica il Sole 24 ore**, 6 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoLavoro/2017-07-06/il-ritorno-lavoro-intermittente-115213.php>> Acesso em: 25 jan. 2019.

SOUSA, Karine Sandes de. **Contrato de Trabalho Intermittente: comentários a respeito do modelo brasileiro inserido pela Lei nº 13.467/2017, das alterações advindas da Medida Provisória nº 808/2017 e dos modelos intermitentes europeus**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 Ago. 2018. Disponível em: <investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-trabalho/336894-contrato-de-trabalho-intermittente-comentarios-a-respeito-do-modelo-brasileiro-inserido-pela-lei-no-134672017-das-alteracoes-advindas-da-medida-provisoria-no-8082017-e-dos-modelos-intermitentes-europeus>. Acesso em: 23 Jan. 2019.

TEMER, Michel. **Projeto de Lei nº 6.787, de 2016**. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/discursos-e-notas-taquigraficas/discursos-em-destaque/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista-1>>. Acesso em: 23 Jan. 2019.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Reforma trabalhista: uma análise dos efeitos jurídicos das principais modificações impostas pela Lei 13.467/2017**. Disponível em: <<https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/623000919/reforma-trabalhista-uma-analise-dos-efeitos-juridicos-das-principais-modificacoes-impostas-pela-lei-13467-2017>>. Acesso em: 26 jan. 2019.

CAPÍTULO 15

DIREITO: ELEMENTOS ESTRUTURADORES E A CONTRIBUIÇÃO DE MARX

Elias Vieira, Advogado e Pós-Doutor em Geografia, Laboratório de Análise de Políticas Públicas - LAP, UNESP, Franca/SP.

Wlaumir Doniseti de Souza, graduado em Filosofia, PUC e Pedagogia, Faculdade S. Luís, Mestre em História e Doutor em Sociologia, UNESP

RESUMO

Verificou-se que os elementos estruturadores do Direito têm como fonte os fatos gerados nas relações dos membros do grupo social, e sua dinâmica impondo-se adotar como prática a busca permanente de sua atualização ao dinamismo da sociedade na produção dos fatos sociais e suas repercussões. Também, constatou-se dois aspectos relevantes como possível interpretação da contribuição de Marx para além de visão Positivista. O primeiro deles trata da realidade do objeto de estudo e a teoria do Estado como centro produtor de normas jurídicas. O segundo diz respeito aos elementos estruturadores do Direito não na condição de cópia fiel dos interesses geoeconômicos da classe dominante, por meio do modo de produção da vida material, mas, também, constituídos de contribuições culturais, morais, políticas, religiosas, e do resultado da dinâmica das classes sociais a partir do seu nível de capacidade crítica da sociedade no âmbito da superestrutura. Assim, considerou-se, finalmente, que o Direito pode ser caracterizado pelo amalgama de um ordenamento jurídico resultante dos fatos e conflitos sociais que o geram, conforme dispõe a sociologia jurídica, e dos valores sociais, políticos e morais, justos e injustos, que lhe dão suporte, segundo os parâmetros da filosofia jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Marx. Marxismo. Direito. Estado.

INTRODUÇÃO

Este artigo resulta da revisão da literatura em que se demonstram a trajetória acadêmica e a contribuição de Marx aos elementos estruturadores do Direito.

Sua finalidade é contribuir, de maneira singela, não somente com o conhecimento científico, mas principalmente com a ampliação necessária ao debate sobre essa importante temática.

O fio condutor deste trabalho trata do exame do posicionamento de cada um dos autores mencionados mais adiante quanto ao ordenamento jurídico, como objeto de estudo do Direito para se chegar à contribuição de Marx aos elementos de sua estruturação.



Inicialmente, cumpre destacar que, apesar de ser filho de advogado e ter formação acadêmica em Direito, o reconhecimento internacional de Marx se dá por suas teorias sobre a sociedade e a economia, (ANDRADE, 2009), que, por fugir ao interesse do assunto ora tratado não serão aqui abordadas.

REFERENCIAL TEÓRICO

A revisão da literatura se baseou nos trabalhos de autores que, conforme mencionado anteriormente, apontam a contribuição de Marx ao Direito, senão vejamos:

Souza (2004) que analisa a influência do Direito no comportamento social.

Feitosa (2006) discute os aspectos contraditórios da contribuição de Marx no campo da epistemologia jurídica, ou melhor, em teoria e teorização do Direito.

Pinheiro (2006) busca interpretar a crítica de Marx ao Direito.

Andrade (2009) estuda as contribuições de Marx sobre o Estado e o Direito e identifica os pontos em que ainda hoje prevalecem suas ideias.

Silva (2013) faz uma leitura da produção da vida material como condicionante da vida social e política, e determinante do direito.

É importante esclarecer que o conteúdo escrito individualmente por um dos autores supramencionados só tem importância em sua consideração com os aspectos discutidos pelos demais, pois, somente assim o objetivo principal do presente estudo será atingido.

Desse modo, a escolha do tema se justifica pela importância para, respectivamente, a formação técnica científica e a atuação profissional em Direito, visto que, o conhecimento da contribuição de Marx a este importante ramo da Ciência constitui um dos requisitos essenciais deste estudo.

PROBLEMA NORTEADOR DO ESTUDO

O problema norteador desse estudo está centrado na contribuição teórica de Marx aos elementos estruturadores do Direito, cuja solução está na resposta ao seguinte questionamento: qual a contribuição de Marx aos elementos estruturadores do Direito?

MÉTODO DE ABORDAGEM

No desenvolvimento do presente estudo se utilizou o método dedutivo (ANDRADE, 2001), ou seja, o raciocínio empregado partiu do geral para o particular; melhor dizendo, dos

elementos estruturadores do Direito para a contribuição de Marx a esse ramo científico, considerando-se a trajetória pessoal e de vida acadêmica de Marx (BOITEMPO, 2007).

RESULTADOS

Neste tópico do estudo buscou-se mostrar o maior número possível de informações relevantes e pertinentes à contribuição de Marx ao Direito,

Inicialmente, resumiu-se no Quadro 1, as datas e os fatos sobre a trajetória pessoal e a produção acadêmica de Marx em que se comprova sua versatilidade na busca de conhecimento em diversas áreas tendo como ponto culminante a publicação do livro O Capital de repercussão mundial. Também, cabe destacar que a sociedade mundial se privou prematuramente deste renomado estudioso, falecido aos 65 anos de idade, como uma das grandes inteligências da época.

QUADRO 1 - Datas e os fatos sobre a trajetória pessoal e a produção acadêmica de Marx

1818	Marx nasceu numa família judia de classe média, era filho de um advogado e conselheiro de Justiça.
1835	Com dezessete anos, escreveu “Reflexões de um jovem perante a escolha de sua profissão”. Após, ingressou na Universidade de Bonn para estudar Direito; mas, já no ano seguinte (1836), transferiu-se para a Universidade de Berlim.
1838	em Berlim perdeu interesse pelo Direito e se voltou para a Filosofia.
1851	Dedicou-se intensamente aos estudos de Economia na biblioteca do Museu Britânico.
1859	Publicou em Berlim, a obra “Para a crítica da economia política”. Essa obra não havia sido publicada antes por falta de dinheiro para postagem do manuscrito original. Consta que Marx comentou: "Seguramente é a primeira vez que alguém escreve sobre o dinheiro com tanta falta dele."
1863	Em virtude dos avanços em seus estudos econômicos, iniciou a redação definitiva de “O Capital”, ao mesmo tempo em que participava de ações em prol da independência da Polônia.
1865	A primeira redação do livro primeiro d'O Capital é concluída.
1867	O primeiro volume d'O Capital é publicado em Hamburgo.
1869	Retomou os trabalhos de redação do segundo livro d'O Capital, que haviam sido suspensos devido a seus problemas de saúde. A situação de miséria financeira agravou-se.

1881	Perdeu suas forças para viver após morte de sua mulher, e de sua filha mais velha em 1882.
1883	Deprimido e muito doente faleceu em 14 de março de 1883, e seu corpo foi enterrado no Cemitério de <i>Highgate</i> , em Londres.

Fonte: VIEIRA, A. A.- trabalho de gabinete (2021)

A seguir aborda-se o segundo conteúdo desse tópico que faz considerações sobre o Direito em relação ao ordenamento jurídico, como seu objeto de estudo, utilizando-se trechos do trabalho de Vieira (1988), em razão de sua pertinência com esse tema.

Portanto, o Direito também é conceituado na doutrina como

um fenômeno verificável na realidade social [...], seja o mesmo um sistema normativo, metafísico ou simples aspecto da vida humana. [...] O homem como membro da sociedade se relaciona com este fenômeno de formas variadas. Vivencia-se o direito simplesmente conhecendo e cumprindo o que se convencionou chamar de ordenamento jurídico ou como objeto de indagação científica (VIEIRA, 1988).

Assim, verificou-se que os elementos estruturadores do Direito têm como fonte os fatos gerados nas relações dos membros do grupo social, e sua dinâmica (forma, estrutura etc.). Por meio deles os estudiosos buscam estabelecer uma via de mão dupla, uma reciprocidade de influência ou ainda um equilíbrio entre o sentido das normas e a estrutura social visando sua regulação.

Portanto, infere-se que Direito está presente tanto no momento em que há relações pacíficas entre os membros do grupo social quando, de modo exemplificativo, une os seus interesses pelo ato de formalização contratual, ou os separa os pelo ato de rescisão contratual.

O Direito também “pode influenciar um comportamento social, como, por exemplo, quando determinada norma impõe um tipo de comportamento em que a sociedade não está acostumada” (SOUZA, 2004 p. 2).

Aliás, neste particular é exemplar o momento pandêmico que se vive em virtude das contaminações e os efeitos causados pela doença Covid-19 em que os governos têm adotado medidas restritivas às inter-relações sociais e espaciais das pessoas por meio da modificação do seu comportamento habitual, por vezes controversas, na ânsia de se combater o avanço das enfermidades provocadas pelo vírus.

Por outro lado, o Direito como objeto de indagação e produção científica permite inferir que se trata da necessidade de os profissionais que nele militam não se conformarem com as eventuais lacunas ou defasagens do ordenamento jurídico e a realidade social presente.



Em consequência não é exagero dizer que se impõe adotar como prática a busca permanente de sua atualização ao dinamismo da sociedade na produção dos fatos sociais e suas repercussões. Ao contrário corre-se o risco de o Direito se tornar inócuo na interpretação e normatização da realidade fato este que justificaria o questionamento de sua existência como tal.

Agora, se discorre sobre o terceiro conteúdo deste tópico, ou seja, o Direito na obra de Marx como procedimento para identificação de sua contribuição aos elementos que dão estruturação a esta disciplina jurídica.

Nesse sentido, é preciso transitar por uma bibliografia que não demonstra unanimidade quanto à importância da contribuição desse filósofo para a teoria do Direito.

Em vista da polêmica sobre a existência ou não de uma teoria do Direito de Marx busca-se aqui conhecer os estudos que registram a atuação do referido autor nesse campo científico.

Assim sendo, para Feitosa (2006) Marx não teria refletido sobre a verdade, como mecanismo de aproximação da realidade no Direito, ou o fez de maneira pontual ficando então prejudicada sua contribuição à epistemologia jurídica. Este fato permite a uma parte dos estudiosos do Direito concordarem com o autor que o marxismo teria subestimado a necessidade de interpretação, ou busca da verdade, dessa disciplina jurídica.

Dentro da disputa teórica sobre o fato citado destaca-se a favor de Marx a ampla teorização sobre o fenômeno jurídico que ele teria feito. E que não se pode dizer que Marx apenas fazia reflexões sobre o conceito de verdade uma vez que sempre destacou a realidade do objeto de estudo, ou seja, distinguiu a aparência da essência. Reconhece-se também que esse autor formulou uma teoria do Estado como “centro produtor de normas jurídicas”.

Para Andrade (2009) Marx era um pensador sistemático, rigoroso, diligente e muito zeloso com a coerência de suas ideias e o fenômeno jurídico sofreu modificações importantes por meio dos efeitos da sua reflexão.

Segundo se constatou a crítica e as contradições no conhecimento produzido por Hegel em relação ao Estado configuram um dos principais focos da reflexão de Marx que assim pode ser definida:

A universalidade, a liberdade, a representatividade, e a capacidade de solucionar conflitos, pretendidas pelo Estado são meramente formais, e enquanto tais, impossíveis. Mais que isso, esta formalidade está em contradição com seu conteúdo, isto é, com suas ações práticas e efetivas (ANDRADE, 2009).

A crítica em questão também atinge os direitos quando se considera que



O que está em jogo é fazer valer um conjunto de mecanismos puramente formais estruturados em torno dos princípios da igualdade e da isonomia, cujo objetivo é reforçar nos membros da sociedade o reconhecimento e o senso de pertencimento a uma mesma ordem, universal, e de forma absolutamente indistinta. [...] A criação dos direitos serve, por um lado (na forma dos direitos humanos), exatamente para manter a distância dos homens entre si, e por outro, para reuni-los (na forma de direitos políticos) de forma fictícia, abstrata e ideológica. (ANDRADE, 2009).

Analisando o teor dessas duas abordagens anteriores pode-se inferir que Marx desconfiava da condição do Estado em cumprir seu papel como titular do ordenamento jurídico em favor da sociedade como um todo. Mas, posicionando-se simplesmente como um ente de controle burocrático das relações sociais, por meio do Direito, a serviço de uma parcela da sociedade representada pela classe dominante.

Pinheiro (2013), por sua vez pensa o Direito em Marx decompondo-o por meio de três planos:

- 1) relação de produção como relação jurídica;
- 2) as relações sociais institucionalizadas como forma jurídico-estatal socialmente reconhecidas como legítimas; e
- 3) o Direito como a ideologia jurídica, ou seja, um sistema de normas, crenças e valores segundo uma forma discursiva própria, cuja origem é a sociedade como um todo, apesar de existir a influência de uma parcela da sociedade: a classe dominante.

O trabalho de Silva (2013) também ajuda a conhecer melhor a visão marxista do Direito senão vejamos:

A visão mais difundida no meio marxista acerca do Direito é a que – por ser ele parte da superestrutura¹⁵ [jurídica e política] - o toma como mero reflexo das relações econômicas da sociedade. O modo produção da vida material condiciona a vida social e política, sendo, em última instância, o determinante absoluto do direito.

Na verdade essa leitura do Direito admite a hegemonia da classe dominante sobre todos os fatos sociais. Ou seja, o posicionamento supramencionado permite inferir que se admite o Direito como parte da superestrutura à qual correspondem formas de consciência social que,

15 “[...] a superestrutura é fruto de estratégias dos grupos dominantes para a consolidação e perpetuação de seu domínio. É a estrutura jurídico-política e a estrutura ideológica – Estado, Religião, Artes, meios de comunicação, o Direito, a Polícia, etc. (MARX, 1979)” (OLIVEIRA, S. K., 2019, p. 1). Disponível em: [HTTPS://REPOSITORIO.UFPB.BR/JSPUI/HANDLE/123456789/16224?LOCALE=PT_BR](https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/16224?locale=pt_br). Acesso: 21 mar 2021.



por sua vez, tem por base a estrutura econômica da sociedade. Nesse caso, o determinante do Direito seria o modo de produção da vida material.

Todavia, quanto a constituição do Direito e sua relação com a dinâmica sócio espacial, é razoável aceitar, como um possível entendimento, a não prevalência dos interesses somente de uma classe, visto que há uma gama de interesses divergentes, gerados entre os grupos sociais, exercendo impactos distintos no ordenamento jurídico, como objeto de estudo dessa disciplina jurídica.

Achar que a superestrutura possui a posição hegemônica de determinação da prática individual e da prática social é simplificar indevidamente o corpo teórico do marxismo, pois, o Direito não é cópia fiel dos interesses da classe dominante.

Desse modo, é importante reiterar que a produção das normas jurídicas recebe influência das práticas sociais da classe dominante e de suas segmentações, dos trabalhadores e de uma diversificada rede de interesses oriundos das relações sociais entre os indivíduos e suas classes.

Portanto, mais uma vez, este estudo permite induzir que a consciência social, ou superestrutura, não é formada exclusivamente pelas condições geoeconômicas. E mais, autoriza a dizer que pensar de outro modo é pensar pela visão positivista¹⁶ do Direito, que tem como uma das possibilidades de interpretação aquela que entende o Estado como construção da classe dominante, chamada por vezes de burguesia, e, como tal, só ele produz e controla a aplicação da norma jurídica.

Cumprе salientar que o Direito nesse estudo pode ser entendido como resultado de um processo gerado nas relações sócio espaciais e na capacidade de exercício de crítica da sociedade no âmbito da superestrutura. Ou, em outras palavras, o Direito pode ser caracterizado pelo amálgama de um ordenamento jurídico; dos fatos e conflitos sociais que o geram, valendo-se da sociologia jurídica, e dos valores sociais, políticos e morais, justos e injustos, que lhe dão suporte, em consonância com a filosofia jurídica.

DICUSSÃO

Pela análise da cronologia dos acontecimentos importantes na vida de Marx a despeito de sua versatilidade na busca de conhecimento em diversas áreas, observa-se que sua passagem

¹⁶ “Trata-se da aplicação da filosofia positivista no Direito, a qual retira dele a ideia de justiça, ao mesmo tempo em que se retira da filosofia a ligação que se faz com a ideia de valores” (COLUSSI, 2015). Disponível em: <https://fernandocolussi.jusbrasil.com.br/artigos/183838243/positivismo-juridico-definicoes-e-criticas>. Acesso: 21 mar 2021.



pelo Direito foi muito rápida (1835-1836), mas, mesmo assim, deixou um legado importante nesse ramo científico.

Quanto aos elementos estruturadores do Direito têm como fonte os fatos gerados nas relações dos membros do grupo social, e por meio deles se busca estabelecer um equilíbrio entre o sentido das normas e a estrutura social visando sua regulação, seja nas relações pacíficas, seja nas relações conflituosas.

Em relação a contribuição de Marx aos elementos estruturadores do Direito registra-se: (i) a ampla teorização sobre o fenômeno jurídico destacando-se o Estado como centro produtor de normas jurídicas; e (ii) a crítica de que o Estado posiciona-se simplesmente como um ente que se utiliza do Direito a serviço de uma parcela da sociedade representada pela classe dominante, na qual é contraposto o fato de que a referida disciplina jurídica não seria cópia fiel dos interesses dessa classe, mas o amalgama entre os fatos e conflitos sociais que o geram no domínio da sociedade como um todo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi o de realizar um estudo sucinto para demonstrar os elementos estruturadores do Direito e os termos da contribuição de Marx a esse ramo científico.

Assim sendo, seu cumprimento pode ser avaliado como satisfatório pela execução das etapas em que se avaliaram algumas reflexões bibliográficas relacionadas à temática chegando-se aos elementos estruturadores do Direito e à contribuição de Marx.

Em relação à resposta à pergunta norteadora deste estudo, se constatou que na contribuição de Marx ao Direito destacam-se dois aspectos relevantes e complementares entre si.

O primeiro se caracteriza pela ampla teorização de Marx sobre o fenômeno jurídico sobressaindo-se a realidade do objeto de estudo e a teoria do Estado como centro produtor de normas jurídicas.

O segundo se refere à crítica de que o Estado se utiliza do Direito a serviço de uma parcela da sociedade representada pela classe dominante, na qual é contraposto o fato de que a referida disciplina jurídica não seria cópia fiel dos interesses dessa classe, mas o amalgama de um ordenamento jurídico resultante dos fatos e conflitos sociais que o geram, conforme dispõe a sociologia jurídica, e dos valores sociais, políticos e morais, justos e injustos, que lhe dão suporte, segundo os parâmetros da filosofia jurídica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. M. Introdução à metodologia do trabalho científico. 5. Ed.- São Paulo: Atlas, 2001.

ANDRADE, C. Notas sobre o Estado e o Direito no pensamento de Marx. Revista de Direito da Unigranrio. ISSN: 1984-7920. Volume 2 – Número 2 - 2009

BOITEMPO, Editorial. Cronologia resumida de Karl Marx e Friedrich Engels contida em edição de A Ideologia Alemã. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

COLUSSI, F. A. M. Positivismo jurídico: definições e críticas. Disponível em: <https://fernandocolussi.jusbrasil.com.br/artigos/183838243/positivismo-juridico-definicoes-e-criticas>. Acesso: 21 mar 2021.

FEITOSA, E. A crítica marxista ao Direito e o problema da interpretação. In: V Colóquio Internacional sobre a obra teórica de Marx, no Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP/SP (GT 2 – Marxismo e Ciências Humanas

OLIVEIRA, S. K., O direito como instrumento de controle da superestrutura: A Democracia Brasileira Judicializada pelo STF. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/16224?locale=pt_BR. Acesso: 21 mar 2021.

PINHEIRO, J. Elementos de uma sociologia marxista do direito. Paper. Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Marília, 2006.

SILVA, L. A. Direito e marxismo. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/15023/direito-e-marxismo>. Acesso em: 15 nov. 2013.

SOUZA, M. B. Direito como fato social. Instituto Cuiabá de Ensino e Cultura – ICEC, 2004.

VIEIRA, J. C. O direito como fato social. Trabalho da disciplina Teoria Geral do Direito apresentado ao Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Londrina (PR), UEL, 1988.

VIEIRA, E. A. A questão ambiental do resíduo/lixo em Ribeirão Preto. Dissertação (Mestrado em Geografia). 153 f. - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Instituto de Geociências e Ciências Exatas. Rio Claro, 2002.

CAPÍTULO 16

INCONSTITUCIONALIDADE DO ENUNCIADO Nº 162 DO FONAJE

DOI: 10.47402/ed.ep.c202141616127

Pedro Henrique dos Santos, Mestrando em Ciência Jurídica, UENP

RESUMO

No presente artigo é pesquisado a respeito do Enunciado nº 162 do FONAJE, segundo o qual não se aplica o artigo 489 do Código de Processo Civil aos procedimentos regidos pela Lei nº 9.099/1995. Analisando o dever geral de fundamentação das decisões judiciais, insculpido no artigo 93, IX da Constituição Federal, surge o problema se é o referido enunciado constitucional? A hipótese, negativa, veio a se confirmar, já que o artigo 489 do CPC complementa o disposto no artigo 93, IX da Constituição. Ademais, o CPC alterou o artigo 48 da Lei nº 9.099/1995, fazendo constar que cabem embargos de declaração nas hipóteses previstas no artigo 1.022 do CPC, dentre as quais é feita remissão ao artigo 489, §1º do CPC.

PALAVRAS-CHAVE: Fundamentação. Especialidade. Juizados Especiais.

INTRODUÇÃO

Inspirados nos Juizados de Pequenas Causas, os Juizados Especiais foram criados pela Lei nº 9.099/1995, introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro o Sistema de Juizados Especiais. Nesse sistema, os Juizados Especiais Cíveis são responsáveis pelo julgamento de causas de menor complexidade, assim definidas no artigo 3º da Lei nº 9.099/1995.

Da interpretação da referida Lei, em especial seu artigo 38, *caput*, o Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), vinculado à Associação dos Magistrados Brasileiros, aprovou o Enunciado nº 162, prevendo que, no âmbito dos Juizados Especiais, não se aplica o disposto no artigo 489 do Código de Processo Civil (CPC).

Assim, o problema da presente pesquisa consiste na constitucionalidade do referido Enunciado nº 162 do FONAJE. Por meio do método dedutivo de pesquisa, com pesquisa bibliográfica na doutrina e legislação, o objetivo geral do artigo é investigar sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais e, como objetivo específico, apurar se o artigo 489 do CPC deve, ou não, ser aplicado aos processos que tramitam perante os Juizados Especiais Cíveis.

Assim, inicia-se o artigo apresentando o Sistema dos Juizados Especiais, passando à explicação do que é o FONAJE e como seus enunciados são aprovados, discutindo-se sobre a

vinculação dos magistrados a esses enunciados. Em seguida, são apresentados enunciados que tratam sobre o CPC, para, enfim, trazer o debate sobre o Enunciado nº 162.

Por fim, são tecidos comentários a respeito do dever de fundamentação das decisões judiciais, com base na Constituição Federal (artigo 93, IX) e no CPC (artigos 489, §1º e 1.022), para, então, examinar sobre a constitucionalidade do Enunciado nº 162 do FONAJE.

1. JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Os Juizados Especiais foram instituídos no Brasil pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Sob os critérios orientadores da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, busca-se um rito diferenciado daqueles previstos no Código de Processo Civil.

Inspirada na Lei nº 7.244/1984, que instituiu o Juizado Especial de Pequenas Causas, a Lei nº 9.099/1995 veio a regulamentar os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em todo território nacional, “para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência” (BRASIL, 1995).

Especificamente os Juizados Especiais Cíveis, objeto do presente artigo, têm sua competência definida no artigo 3º da referida Lei, da seguinte maneira:

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;

II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;

III - a ação de despejo para uso próprio;

IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

§ 1º Compete ao Juizado Especial promover a execução:

I - dos seus julgados;

II - dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei.

§ 2º Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.

§ 3º A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação. (BRASIL, 1995)

Assim, tem-se que, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, tramitam causas de menor complexidade, como ações de cobrança, indenização por danos materiais e/ou morais, execuções baseadas em títulos executivos extrajudiciais, enfim, em que o valor da causa seja inferior a 40 vezes o salário-mínimo.

Destaca-se que, como todas as provas deverão ser produzidas na audiência de instrução

e julgamento, há o entendimento de que, nos Juizados Especiais Cíveis, não é possível a produção de prova pericial¹⁷, até mesmo por caracterizar complexidade da demanda, em ofensa aos artigos 3º, *caput*¹⁸, e 51, II¹⁹ da Lei nº 9.099/1995.

Insta salientar, para a busca de solução ao problema do presente artigo, um aspecto importante da Lei, no que diz respeito à previsão da sentença judicial, iniciando-se pelo seu artigo 38:

Art. 38. A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.

Parágrafo único. Não se admitirá sentença condenatória por quantia ilíquida, ainda que genérico o pedido. (BRASIL, 1995)

Referido dispositivo legal aponta que, nas sentenças exaradas nos Juizados Especiais Cíveis, o magistrado não necessita fazer constar o relatório do feito, devendo mencionar seus elementos de convicção, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência.

Assim, com breve explanação sobre aspectos importantes da Lei nº 9.099/1995, importante frisar que se trata de lei especial, em relação ao Código de Processo Civil (CPC), até mesmo para aplicação do princípio da especialidade, sendo que o CPC apenas será utilizado supletivamente, conforme previsão do artigo 1.046, §2º: “permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código” (BRASIL, 2015).

Com tais ponderações sobre os Juizados Especiais Cíveis, é possível atingir o próximo item da pesquisa, que evidenciará uma hipótese em que se rejeita a aplicação do CPC aos procedimentos regidos pela Lei nº 9.099/1995.

2. O FONAJE

O Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE) trata-se de fórum permanente, em que operadores do Direito discutem os procedimentos e normas aplicáveis no Sistema dos Juizados Especiais. Criado em 1997, possui como denominação oficial Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, com o objetivo de melhorar a prestação jurisdicional nos Juizados Especiais “com base na troca de informações e, sempre

¹⁷ Há, todavia, entendimento distinto, segundo o qual “ao contrário do que muito frequentemente se costuma ouvir e até ler, a Lei no 9.099/95 admite a produção da prova pericial em seu procedimento” (ROCHA, 2016, p. 189).

¹⁸ Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: [...] (BRASIL, 1995).

¹⁹ Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: [...]

II - quando inadmissível o procedimento instituído por esta Lei ou seu prosseguimento, após a conciliação; [...] (BRASIL, 1995).

que possível, na padronização dos procedimentos adotados em todo o território nacional” (FONAJE, 2021).

É um órgão, vinculado à Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e, segundo Regimento Interno do último encontro, realizado em Goiânia, nos dias 22 e 23 de outubro de 2020, é frequentado, preferencialmente por magistrados atuantes no Sistema dos Juizados Especiais, seguidos dos demais magistrados, servidores de Juizados e outros profissionais do Direito, nessa ordem, conforme artigo 3º (FONAJE, 2020).

2.1 ENUNCIADOS DO FONAJE E VINCULAÇÃO DOS JUÍZES

Segundo o Regimento Interno, os participantes do fórum poderão apresentar à Comissão Organizadora, propostas de Enunciados, acompanhadas de justificativas, que serão votadas no próximo FONAJE presencial, conforme artigos 10, II e 13 (FONAJE, 2020).

Ou seja, em nenhuma hipótese podem os enunciados aprovados pelo FONAJE serem considerados lei, já que não estão previstos no rol do artigo 59 da Constituição Federal²⁰.

Todavia, como é objetivo do FONAJE “a padronização dos procedimentos adotados em todo o território nacional” (FONAJE, 2021), tais enunciados são utilizados como se fossem enunciados de súmulas dos Tribunais, como manifestação do FONAJE acerca de determinado tema.

Ao tratar sobre os precedentes judiciais, Eduardo Cambi anuncia as consequências de utilização de mecanismos do *common law* no sistema da *civil law* (e vice-versa), apontando a seguinte distinção entre jurisprudência e precedentes:

Os precedentes não são um mero conjunto de decisões dos Tribunais para determinadas questões jurídicas, mas definem o sentido do direito mediante as melhores razões (razões determinantes ou *ratio decidendi*) necessárias para servirem de orientação para os juízes e tribunais ordinários, bem como para a sociedade. Os precedentes possuem caráter universalizante, isto é, capacidade de servir à generalidade dos casos similares para evitar decisões distintas para casos iguais. Também, possuem caráter eminentemente prospectivo (isto é, não retrospectivo, de corrigir a interpretação dos tribunais ordinários), por serem voltados para o futuro, com a função de assegurar a igualdade e a segurança no tratamento de uma mesma questão jurídica, para orientar os jurisdicionados e servir de standards para as decisões judiciais vindouras (CAMBI, 2020, p. 172).

20 Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções. [...] (BRASIL, 1988)

E continua o Autor, ao tratar sobre o dever de fundamentação, a ligação deste com os precedentes:

A conexão entre dever de fundamentação das decisões judiciais e precedentes judiciais, estabelecida no Novo Código de Processo Civil, é direta e imediata. Por isso, são nulas as decisões que se limitarem a invocar precedentes sem identificar, positivamente, seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, par. 1º, inc. V) ou, negativamente, deixarem de seguir precedente invocado pela parte sem comprovar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, par. 1º, inc. VI) (CAMBI, 2020, p. 187).

Muito embora o artigo 10, II do Regimento do FONAJE preveja que as proposições de enunciados e moções serão acompanhadas de justificativas, não se pode confundir com o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Ademais, embora seja possível verificar intenção prospectiva dos enunciados do FONAJE, é evidente que estes não podem ser considerados, portanto, nem lei, nem jurisprudência, nem mesmo precedentes. Isso porque eles são gerados a partir de proposições de participantes do FONAJE que, inspirados na prática, sugerem enunciados que, caso aprovados pelos demais membros do fórum, podem se tornar um enunciado.

Portanto, é de se concluir que os magistrados não estão vinculados ao uso de tais enunciados.

2.2 ENUNCIADOS DO FONAJE SOBRE O CPC/2015

Em que pese as considerações acima, cumpre apontar, dentre os Enunciados do FONAJE, aqueles que se referem, expressamente, ao Código de Processo Civil de 2015, instituído pela Lei nº 13.105/2015. São eles os enunciados de número: 97, 101, 121, 123, 160, 161, 162, 163, 164, 167, 168, 169 e 170.

Com diversas interpretações no campo processual, todos esses enunciados refletem sobre a aplicabilidade de normas do CPC no Sistema dos Juizados Especiais.

Ademais, importante salientar que o Enunciado 46, conquanto não mencione o CPC, dispõe que “a fundamentação da sentença ou do acórdão poderá ser feita oralmente, com gravação por qualquer meio, eletrônico ou digital, consignando-se apenas o dispositivo na ata”.

2.3 ENUNCIADO Nº 162 DO FONAJE

O presente tópico do artigo visa analisar o enunciado nº 162 do FONAJE, para, então, analisar o dever de fundamentação das decisões judiciais. Nesse sentido, assim é a redação do enunciado: “não se aplica ao Sistema dos Juizados Especiais a regra do art. 489 do CPC/2015

diante da expressa previsão contida no art. 38, caput, da Lei 9.099/95” (FONAJE, 2016).

Como já anunciado, o artigo 489 do CPC assim dispõe quanto aos elementos essenciais da sentença:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL, 2015)

Tal artigo consagra, no ordenamento jurídico brasileiro: I) a necessidade de fundamentação (artigo 489, II do CPC) e II) previsões de circunstâncias em que não se consideram fundamentadas as decisões judiciais (artigo 489, §1º do CPC).

Como explicação para não se aplicar o artigo 489 do CPC ao Sistema dos Juizados Especiais, é citado o artigo 38 da Lei nº 9.099/1995, que assim dispõe:

Art. 38. A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.

Parágrafo único. Não se admitirá sentença condenatória por quantia ilíquida, ainda que genérico o pedido. (BRASIL, 1995)

O *caput* desse dispositivo legal prevê que, na sentença proferida no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, é dispensado o relatório, sendo necessária a menção dos elementos de convicção do juiz e breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência.

O segundo requisito, de resumir os fatos ocorridos em audiência, é facilmente encontrado nos termos de audiência, em que toda ela é relatada e, até mesmo, gravada, não exigindo maiores esforços por parte do julgador ao mencionar tais fatos na sentença. O primeiro



requisito, por sua vez, é o que interessa ao presente artigo, pois apresenta que o juiz deve mencionar, na sentença, seus elementos de convicção.

Desta forma, no próximo item será explorado o dever de fundamentação das decisões judiciais e se o dever de mencionar os elementos de convicção faria parte, mesmo, da motivação, que se espera das decisões judiciais.

3. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A fundamentação das decisões judiciais pode ser considerada como o processo mental por meio do qual o juiz, ou o órgão julgador, toma uma decisão, de acordo com suas motivações. Segundo Eduardo Cambi, o dever de motivação das decisões judiciais trata-se de imperativo no Estado Democrático de Direito (CAMBI, 2020, p. 417). Para o Autor:

[...] o dever de motivação judicial das decisões: a) é uma garantia contra o arbítrio; b) serve como garantia contra a influência de pontos de vista pessoais (subjetivismo); c) possibilita às partes conhecerem os fundamentos da decisão e, com isso, é um meio de impugnação e um modo de controle do raciocínio do magistrado; d) contribui para o maior grau de previsibilidade e segurança das normas jurídicas. (CAMBI, 2020, p. 428)

Complementando, Renê Hellman apresenta as funções da fundamentação, da seguinte forma:

[...] a interna, que tem por objetivo expor às partes a construção da conclusão decisória, de modo a possibilitar o convencimento delas ou, então, o recurso cabível; e a externa, cujo escopo é conceder à sociedade conhecer como decide o Judiciário e, com isso, poder controlá-lo democraticamente. (HELLMAN, 2015, p. 79)

Por sua vez, Antônio Cintra acrescenta a função política da fundamentação que permitisse verificar “imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões” (CINTRA, 2000, p. 274).

Da análise acima, é possível verificar a utilização de alguns vocábulos que apresentam similitudes: motivação, fundamentação, razões. Ainda, o já citado artigo 38, *caput*, da Lei nº 9.099/1995 utiliza da expressão elementos de convicção. Para Eduardo Cambi e Marcos Munaro:

[...] é importante destacar a diferença entre motivação e fundamentação, que embora sejam fruto de um mesmo objeto, apresentam nuances diferenciadas. O juiz oferece os motivos da decisão, na qual podem ocorrer discussões sobre a forma de origem da sua convicção. Tecnicamente, motivação é a discussão dos motivos e a fundamentação é o resultado final; ou seja, a fundamentação é a análise final dos motivos apreciados no processo. (CAMBI; MUNARO, 2019, p. 128)

Desta forma, é possível identificar que a motivação seria uma das partes da fundamentação de uma decisão.

De maneira semelhante, mas com base na linguística, na epistemologia e mesmo na filosofia, Carlos Souza aponta 3 possibilidades metodológicas para se analisar a distinção epistemológica entre o motivo e o fundamento de uma decisão:

a) adotar as posições correntes entre os doutrinadores, nacionais e estrangeiros, admitindo a ambivalência; b) distinguir a essência de cada expressão, para melhor definição jurídica; c) recepcionar os entendimentos doutrinários para evidenciar a possibilidade de novas compreensões e análises dos fenômenos processuais. (SOUZA, 2006, p. 356)

Para este autor, é na motivação da sentença que surge o fundamento “como razão suficiente para uma decisão justa e adequada” (SOUZA, 2006, p. 357). Ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o autor afirma que nos fundamentos é que o juiz pratica o ato mental de motivar seu entendimento. Já no dispositivo da sentença, o que o juiz faz é apresentar uma decisão fundamentada, atingida na parte dos fundamentos, ou seja, com a motivação (SOUZA, 2006, p. 357). Assim, conclui com a seguinte diferenciação:

[...] o fundamento do *decisum* opera a coisa julgada (sua *ratio decidendi*, e não os motivos), mas a motivação dos procedimentos administrativos (a argumentação sobre os motivos) não produz esse efeito ou qualidade da coisa julgada, salvo quando reexaminados pelos tribunais. Uma segunda diferenciação é que para as decisões administrativas não foi cominada sanção de nulidade, pois podem ser revistas a qualquer tempo ou anuladas por outros fundamentos jurídicos. A distinção entre motivação e fundamentação torna-se nítida em casos de recurso, por ser o momento em que as partes e os tribunais devem analisar a sentença, não pelo resultado a que chegou o juiz (o *decisum*), mas pelas motivações que o convenceram a determinar a razão suficiente (*ratio decidendi* ou fundamento) para a solução da controvérsia. (SOUZA, 2006, p. 358)

Quanto aos elementos de convicção, previstos no artigo 38, *caput*, da Lei nº 9.099/1995, parecem guardar semelhança com a motivação, que formará a fundamentação, expressa no dispositivo da sentença. Todavia, para análise do problema do artigo, apesar das diferenças apontadas, será utilizado, genericamente, o termo fundamentação, já que assim consta na redação do artigo 489, §1º do CPC.

3.1 FUNDAMENTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO

Antes de verificar a previsão de fundamentação no CPC, mister faz-se a leitura do texto constitucional, base de todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, inicia-se sua previsão já no artigo 5º da Constituição Federal, como direito fundamental, em seu inciso LXI, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988).

Mas é com maior destaque no artigo 93 da CF que surge o dever de fundamentação das decisões judiciais, em seu inciso IX:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]

IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...] (BRASIL, 1988)

Como obrigação dos órgãos jurisdicionais, sob pena de nulidade, mostra-se a fundamentação de todas as decisões, sejam elas interlocutórias ou sentenças (excetuados os despachos, sem conteúdo decisório). Aliás, para Eduardo Cambi e Marcos Munaro, o artigo 93, IX da CF²¹ impõe o dever de motivação das decisões judiciais. Inclusive, tal dever “integra a cláusula do devido processo legal e, ainda que não houvesse expressa previsão legal, poderia ser extraído do art. 5º, inciso LXI, da Constituição da República” (CAMBI; MUNARO, 2019, p. 129).

Já no Processo Penal, ao mencionar o artigo constitucional acima, Aury Lopes Júnior, aponta o papel da fundamentação da seguinte maneira:

Para o controle da eficácia do contraditório e do direito de defesa, bem como de que existe prova suficiente para sepultar a presunção de inocência, é fundamental que as decisões judiciais (sentenças e decisões interlocutórias) estejam suficientemente motivadas. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa fundante de um processo penal democrático. Nesta linha, está expressamente consagrada no art. 93, IX da CB. (LOPES JUNIOR, 2017, p. 868)

Assim sendo, percebe-se que o dever de fundamentação das decisões judiciais é necessário em um Estado Democrático de Direito, por conta de suas funções externa e interna, e como forma de afastar a possibilidade de arbitrariedades nos julgamentos do Poder Judiciário. Assim, como seguimento ao disposto na Constituição, o CPC traz previsões mais específicas sobre o tema, conforme tópico a seguir.

3.2 FUNDAMENTAÇÃO NO CPC/2015

Na legislação infraconstitucional, há previsão do dever de fundamentação em diversas leis, como no Código de Processo Penal (artigos 21, parágrafo único; 185, §2º; 282, §§ 3º e 6º; 283, *caput*; 310, *caput* e §1º; 312, §2º; 315, *caput* e § 2º; 316, parágrafo único; 375, *caput*; 387, §1º; 413, *caput* e §3º; 414, *caput*; 415, *caput*; 427, §2º; 444, *caput*; 516, *caput*; 660, *caput* e 697, *caput*), na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (artigo 20), na Consolidação das Leis Trabalhistas (artigos 635, parágrafo único; 659, VI; 795, §2º; 818, §1º; 896, §1º; 896-

21 Eduardo Cambi e Marcos Munaro destacam que, na Constituição Federal, geralmente, as normas possuem conteúdo principiológico e descritivo. Contudo, no caso do artigo 93, IX da CF, a falta de fundamentação das decisões acarreta à pena de nulidade, tamanha sua importância (CAMBI; MUNARO, 2019, p. 129).

A, §4º), Código de Processo Penal Militar (artigos 78, §§ 1º e 3º; 130, *caput*; 256, *caput*; 272, §2º; 574, parágrafo único; 607, *caput*; 619, §1º), entre outras. Contudo, no presente artigo, será particularizado o caso do CPC, já que é o citado no Enunciado nº 162 do FONAJE.

O CPC, menciona, expressamente, o dever de fundamentação em seu artigo 489, com a seguinte redação:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]
§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. [...] (BRASIL, 2015)

Esse rol exemplificativo (MARCACINI, 2016, p. 92), dos incisos I a VI do §1º, é complementado no artigo 1.022 do CPC, que dispõe sobre os embargos de declaração da seguinte forma:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: [...]
Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:
I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;
II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º. (BRASIL, 2015)

Assim é que Eduardo Cambi e Marcos Munaro, ao analisarem o dever de fundamentação insculpido no CPC, aliam os artigos 489 e 1.022 do referido Código ao artigo 93, IX da Constituição Federal²². E mais, ao tratarem sobre a jurisprudência defensiva, rechaçam a possibilidade de ignorância aos preceitos do artigo 489 do CPC:

[...] há evidente ilegalidade e inconstitucionalidade na negativa de aplicação integral do artigo 489, § 1º, do CPC/2015, quando, por meio de jurisprudências defensivas, principalmente do STJ, ofende-se o propósito do legislador e até a própria obrigatoriedade constitucional de fundamentação das decisões judiciais. (CAMBI; MUNARO, 2019, p. 153)

Veja-se que a norma insculpida no artigo 489 do CPC, em complementação à que prevista no artigo 93, IX da Constituição Federal, apresenta hipóteses em que uma decisão não

22 “[...] o Novo Código de Processo Civil, com o advento do artigo 489, § 1º, procura taxar de não fundamentada as decisões judiciais que descumprem a garantia constitucional do contraditório. Também, traz meios de combate às decisões não corretamente fundamentadas, ao prever no artigo 1022 o cabimento dos embargos de declaração contra estes atos” (CAMBI; MUNARO, 2019, p. 153).

pode ser considerada fundamentada e, portanto, hipóteses de nulidade de certas decisões judiciais.

3.3 FUNDAMENTAÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Por fim, resta discorrer a respeito da fundamentação das decisões judiciais no Sistema dos Juizados Especiais.

Como já tratado anteriormente, a Lei nº 9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis no Brasil, trata-se de lei especial, que regula os procedimentos judiciais em tais órgãos. E, conforme o artigo 1.046, §2º do CPC, este código aplica-se apenas supletivamente a tais procedimentos de competência dos Juizados.

Apesar disso, não se pode olvidar que as decisões prolatadas nos Juizados Especiais possuem caráter judicial. Isso porque são prolatadas por juízes, investidos da jurisdição, e suas decisões, portanto, estão vinculadas ao dever de fundamentação previsto no artigo 93, IX da Constituição Federal, não havendo maiores discussões a respeito.

A controvérsia surge com o Enunciado nº 162 do FONAJE, que dispõe que “não se aplica ao Sistema dos Juizados Especiais a regra do art. 489 do CPC/2015 diante da expressa previsão contida no art. 38, caput, da Lei 9.099/95” (FONAJE, 2016)”.

O artigo 38 da Lei nº 9.099/1995 prevê que a sentença mencionará os elementos de convicção do juiz, assim entendidos como a fundamentação da sentença. Enquanto isso, vale lembrar que o artigo 93, IX da Constituição Federal dispõe que todos os julgamentos do Poder Judiciário deverão ser fundamentados. Ou seja, enquanto o artigo 38 da Lei nº 9.099/1995 regula apenas a sentença proferida nos Juizados, o artigo 93, IX vai além, ao afirmar que todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, entre as quais se incluem aquelas prolatadas nos Juizados, devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

A aplicação supletiva do CPC aos procedimentos regidos pela Lei nº 9.099/1995 não afasta o dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto na Constituição Federal. Já sobre a aplicação do artigo 489 do CPC, assim explica Felipe Rocha:

Uma das maiores conquistas do Novo Código, em relação à garantia de um processo constitucional e democrático, foi a previsão da invalidade das decisões proferidas por meio de modelos deficientes de fundamentação (art. 489, § 1º, do CPC/15). Esse dispositivo é um densificador do princípio constitucional de fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, da CF, de modo que a sua aplicação nos Juizados Especiais é cogente e inafastável, como alicerce do devido processo legal e do contraditório participativo. É claro que o procedimento nos Juizados Especiais deve se pautar pela celeridade, informalidade e oralidade. Mas isso não implica, de forma alguma, uma autorização para que o magistrado deixe de fundamentar

adequadamente as suas decisões. É na fundamentação que o julgador demonstra o conhecimento sobre as questões discutidas e analisa as consequências jurídicas do debate travado nos autos, permitindo o seu controle e legitimando a sua observância. Nos Juizados, a fundamentação é mais importante ainda, pois ela deve ser clara e inteligível para aquele que eventualmente esteja atuando sem o acompanhamento de um advogado (art. 9º da Lei nº 9.099/95). (ROCHA, 2016, p. 193)

O Autor considera o artigo 489 do CPC como densificador do artigo 93, IX da Constituição Federal. Nesse sentido, o que o artigo 489, §1º do CPC traz em seu §1º são hipóteses em que decisões (*lato sensu*) não são consideradas fundamentadas. Aliás, após o sancionamento do CPC, pela Lei nº 13.105/2015, houve também alteração do Código de Processo Penal, no tocante à fundamentação das decisões. Com efeito, a Lei nº 13.964/2019 incluiu no CPP o artigo 315, §2º que traz as mesmas hipóteses em que não se consideram fundamentadas decisões judiciais.

Ou seja, o legislador, tanto no CPC, quanto no CPP, visando complementar o artigo 93, IX da Constituição Federal, densificando-o, trouxe aos processos civil e penal uma lista de circunstâncias a serem evitados pelos juízes ao proferirem qualquer decisão.

Destaca-se, ainda, que o CPC veio a alterar o artigo 48 da Lei nº 9.099/1995, que trata sobre o recurso de embargos de declaração. Segundo a redação do *caput* do artigo: “cabem embargos de declaração contra sentença ou acórdão nos casos previstos no Código de Processo Civil” (BRASIL, 1995).

E dentro das hipóteses previstas no CPC, em especial em seu artigo 1.022, parágrafo único, II, a decisão que configure a prática de qualquer das hipóteses do artigo 489, §1º do CPC são consideradas omissas e, portanto, atacáveis pelos embargos de declaração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas discussões apresentadas acima, é possível aduzir que o Enunciado nº 162 do FONAJE é inconstitucional.

Isso porque a Constituição Federal prevê, em seu artigo 93, IX, que todos os julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário deverão ser fundamentados, sob pena de nulidade. Em complementação, o artigo 489, §1º do CPC indica as hipóteses em que uma decisão não é considerada fundamentada, assim como importado ao processo penal, no artigo 315, §2º do CPP.

A previsão do artigo 38, *caput*, da Lei nº 9.099/1995 não significa que as decisões emitidas nos Juizados Especiais não precisam ser fundamentadas, sem observância do disposto no artigo 489 do CPC. Em que pese este se aplique supletivamente aos procedimentos dos

Juizados, o CPC alterou o artigo 48 da Lei nº 9.099/1995, dispondo que, para as mesmas hipóteses previstas no CPC, cabem embargos de declaração no Sistema dos Juizados Especiais. E como hipótese de omissão constante no artigo 1.022, parágrafo único, II do CPC, está a violação ao disposto no artigo 489, §1º do CPC.

Ou seja, o artigo 489, §1º do CPC trata-se de norma complementar do artigo 93, IX da Constituição Federal, sendo sua aplicação obrigatória nos Juizados Especiais, mostrando-se incorreto o entendimento sobressaído no Enunciado nº 162 do FONAJE.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Lei dos Juizados Especiais**. Diário Oficial da União, Brasília, 27 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3. ed. São Paulo: D'Plácido, 2020.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; MUNARO, Marcos Vinícius Tombini. Dever de fundamentação das decisões judiciais (exegese do artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015). **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 125-158, maio 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/41957>. Acesso em: 10 dez. 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume IV. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FONAJE. **Enunciado 162**. 2016. Disponível em: <http://fonaje.amb.com.br/enunciados/>. Acesso em: 06 jan. 2021.

FONAJE. **História do FONAJE**. 2021. Disponível em: <http://fonaje.amb.com.br/historia/>. Acesso em: 07 jan. 2021.

FONAJE. **Regimento Interno do Webinar FONAJE Goiânia 2020**: edição especial de aniversário da lei 9.099/95. 2020. Disponível em: <http://fonaje.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/10/05-Regimento-Interno-WEBINA%CC%81RIO-FONAJE-Goi%CC%82nia-Revisado-U%CC%81ltima-Versa%CC%83o-09.10.2020-Com-Novas-Sugesto%CC%83es-do-FONAJE.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2021.

HELLMAN, Renê. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Curitiba: Juruádocs, 2020.



LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **As inovações do CPC/2015**. Da propositura da ação até a sentença. São Paulo: A. Marcacini, 2016.

ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais**: teoria e prática. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Motivação e Fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 355-376, jan. 2006.

CAPÍTULO 17

ALTERAÇÃO DE NOME E GÊNERO DAS PESSOAS TRANSGÊNERAS

DOI: 10.47402/ed.ep.c202150417127

Ana Carolina Rinco, Mestre em Economia Doméstica, Oficial de Registros. Registro Civil das Pessoas Naturais, Registro de Títulos e Documentos da comarca de Rio Pomba, MG

RESUMO

O objetivo desse artigo é fornecer uma análise da possibilidade de alteração do prenome e gênero das pessoas transgêneras, diretamente nos Offícios de Registro Civil da Pessoas Naturais (cartórios), sem a necessidade de um processo e decisão judicial. Fora abordado também a questão da escolha do nome pela pessoa transgênera, no tocante, a sua liberdade de escolha e a prévia qualificação do nome que deve ser realizado pelos Oficiais de Registro com o fim de evitar o registro de nomes capazes de expor a pessoa ao ridículo. Para melhor embasar o assunto foram consultados diversos autores, bem como julgamentos dos Tribunais do País.

PALAVRAS-CHAVE: Transexualidade. Retificação. Registro Civil. Prenome. Gênero.

INTRODUÇÃO

É inquestionável que a realidade brasileira ainda pautada em arcaicos padrões de conduta social e moral nega a todo instante inúmeros direitos relativos a vários seguimentos da sociedade, havendo, portanto, um constante estado de invisibilidade das minorias, especialmente os transgêneros.

De acordo com Grupo de Estudos em Direito e Sexualidade da Faculdade de Direito da USP, que atua junto ao Departamento Jurídico XI de Agosto ajuizando ações de retificação de prenome e gênero no registro civil desde 2013, em São Paulo das mais de 200 ações retificação de registro a grande maioria obteve julgamento judicial após uma certa resistência no Judiciário para o processamento de seus pedidos.

A comunidade jurídica, em uma falácia discursiva, propaga a todo instante o discurso de que a dignidade da pessoa humana é inerente a todos os seres humanos, independentemente de qualquer origem, cor, raça, orientação sexual ou religiosa. Entretanto, esse discurso, muitas vezes, não recebe o valor adequado, sujeitando-se os julgados a questões normativas, legais e médicas. A transexualidade deve ser entendida e desmistificada, pois trata-se de uma realidade que deve ser enfrentada pela sociedade, pelo Poder Legislativo, Poder executivo e Poder Judiciário.



A partir da premissa, qual seja, dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade, vislumbra-se a possibilidade de alteração do registro civil das pessoas transgêneras, no tocante ao prenome e gênero escolhido e adotado pelas mesmas em suas relações pessoais e profissionais, sem que seja necessário um pronunciamento judicial, sendo essa retificação realizada, diretamente, no Registro Civil das Pessoas Naturais.

Após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275, ocorrido em março de 2018, em que, o Poder Judiciário fundamentando-se principalmente no direito da dignidade humana e no direito a autodeterminação do próprio gênero reconheceu ser possível aos transexuais buscarem a alteração, retificação em seus registros de nascimento ou casamento, diretamente nos Ofícios de Registro Civil, para adequar, o prenome e gênero com a realidade vivenciada.

Com a edição pelo Conselho Nacional de Justiça do Provimento nº 73/2018 houve uma verdadeira alteração de paradigma no âmbito Ofícios de Registros Civil, especialmente porque o provimento nº 73/2018 que teve como base a decisão do STF possibilitou que a alteração de nome e gênero seja realizada diretamente nos Ofícios de Registro Civil, sem necessidade de uma decisão judicial e de forma administrativa.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO E JUSTIFICATIVA

Antes de adentrarmos no cerne da questão, qual seja, a alteração do nome e gênero das pessoas transgêneras, é interessante mencionar o julgamento realizado, pelo STF, na ADI 4275, em 01 de março de 2018.

Anteriormente, ao julgamento da ADI 4275, também era permitido a alteração no registro civil do prenome e sexo das pessoas transgêneras, entretanto, a questão não era tão simples e demandava grande desgaste emocional, psíquico e econômico de quem desejasse adequar a situação de sua identidade autodefinida com os documentos públicos, em especial o seu prenome e gênero constante no registro de nascimento ou casamento.

Além disso, para a maioria dos juízes e Tribunais, era necessário que a pessoa realizasse a cirurgia de redesignação de sexo, para, então, buscar o direito de alteração do prenome e sexo no registro civil. Nesse ponto, vale mencionar que, mesmo sendo realizada a cirurgia de redesignação era possível, de acordo, com a opinião de alguns julgadores mais conservadores, que o pedido fosse julgado improcedente, não se permitindo a alteração no registro civil. Por este motivo foi que, no recurso especial nº 1.008.398-SP, em julgamento no Superior Tribunal de Justiça (STJ), a relatora Ministra Nancy Andrighi decidiu que:



“vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal, argumentou a relatora que a afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade²³”.

Diante desse cenário, a situação vivenciada por pessoas que buscavam a via jurisdicional para retificação de seus registros era bastante complicada e tormentosa, pois além da exigência de uma cirurgia de transgenitalização ou tratamento hormonal era possível ter negado o direito de adequação do prenome e gênero em seu registro civil.

É sabido que a transexualidade é uma das muitas experiências de construção de gênero, o que não se justifica a obrigatoriedade de a pessoa transexual se submeter ao processo de cirurgia de redesignação sexual para, então, ser considerada pessoa transexual e consequentemente, ter seus direitos garantidos.

De acordo com o voto do Ministro Celso de Melo na ADI 4275 “deve ser estimulado a união de toda a sociedade em torno de um objetivo comum, por meio de decisões que fazem cessar o estado de invisibilidade imposto a coletividade dos transgêneros”.

Dessa forma andou bem o CNJ ao editar o Provimento nº 73/2018, uma vez que tal normativa surgiu em razão da orientação determinada pelo STF quando do julgamento da ADI 4275/DF no qual foi conferido ao artigo 58 da Lei de Registros Públicos interpretação conforme a Constituição para reconhecer o direito da pessoa transgênero à alteração de prenome e gênero de forma administrativa. Ofícios de Registro Civil, leia-se: diretamente nos cartórios.

2 NOME E O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE

Feitas essa breve contextualização do problema vivenciado pelas pessoas transgêneras, realiza-se-á uma análise sucinta com relação ao direito ao prenome e suas características.

De acordo com Neto e Oliveira (2014, p.34) Jurídica e civilmente, a pessoa natural se individualiza por três elementos: o nome, domicílio e estado, neste último compreendidos o político (cidadania, nacionalidade e naturalidade), o individual (idade, sexo e capacidade) e o familiar (parentesco/filiação e situação conjugal).

²³ https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6666092&num_registro=200702733605&data=20091118&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 11 de junho de 2018.

França (1975, p. 22) afirma que o nome é “a designação pela qual se identificam e se distinguem as pessoas naturais, nas relações concernentes aos aspectos civil da sua vida jurídica”.

O mesmo autor abordando sobre a importância do nome afirma que o nome “é elemento indispensável ao próprio conhecimento, porquanto é em torno dele que a mente agrupa a série de atributos pertinentes aos diversos indivíduos, o que permite a sua rápida caracterização e o seu relacionamento com os demais”(FRANÇA, 1975, P.22).

Brandelli entende que o nome possui um duplo aspecto, qual seja, o público e o privado, para o autor:

Do ponto de vista público, o uso do nome corresponde à necessidade imperiosa de particularizar e distinguir a pessoa das demais, sendo então obrigatório o seu uso e restritos os casos de alteração. Do ponto de vista privado, o nome é um direito fundamental da pessoa humana, personalíssimo e intimamente ligado com a sua dignidade e sua privacidade, na medida em que é o signo que a representa, ou seja, um dos modos da expressão do ser humano na família e na sociedade (BRANDELLI, 2012).

De acordo com a legislação vigente em nosso país, bem como em tratados internacionais o nome é um direito da personalidade, sendo, portanto, dotado dos atributos intransmissibilidade, obrigatoriedade, indisponibilidade, imprescritibilidade, inalienabilidade e irrenunciabilidade. O artigo 18 do Pacto de São José da Costa Rica afirma que: “Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário²⁴”.

O Código Civil de 2002 elenca o nome como um direito da personalidade, na parte geral, Livro I – Das Pessoas, Título I – Das Pessoas Naturais, Capítulo II – Dos Direitos da Personalidade afirmando que toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e sobrenome. O nome, a princípio, traz consigo a regra fundamental de sua imutabilidade com o fim de assegurar a segurança jurídica e a estabilidade dos atos da vida civil. Entretanto, essa regra de imutabilidade não é absoluta, comportando, algumas exceções expressas na própria lei 6.015/73, artigo 57 e 58²⁵.

24 [HTTPS://WWW.CIDH.OAS.ORG/BASICOS/PORTUGUES/C.CONVENCAO_AMERICANA.HTM](https://www.cidh.oas.org/BASICOS/PORTUGUES/C.CONVENCAO_AMERICANA.HTM). Acesso em 11 de junho de 2018.

25 Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. **(REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 12.100, DE 2009).** § 1º Poderá, também, ser averbado, nos mesmos termos, o nome abreviado, usado como firma comercial registrada ou em qualquer atividade profissional. § 2º A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas. § 3º O juiz competente somente processará o pedido, se



A imutabilidade do nome no registro civil é relativizada, principalmente, quando se trata de situações que visam resguardar a cidadania e a dignidade da pessoa humana, mas que, ordinariamente, só ocorre após uma decisão judicial.

Importante deixar registrado, que em abril de 2016, foi editado o Decreto 8.727 que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Nos termos do artigo 1º do decreto, considera-se, nome social a designação na qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida e identidade de gênero a dimensão da identidade de uma pessoa no que diz respeito à forma como ela se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento.

É importante deixar registrado que, o decreto refere-se ao nome social, portanto, não há alteração no registro de nascimento da pessoa, o que, efetivamente, ocorre é que nos sistemas de informação, de cadastros, prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverá conter o campo “nome social,” acompanhando do nome de registro que será utilizado para fins administrativos internos.

A regra atual, portanto, é da imutabilidade do nome, que é composto por prenome e patronímico, considerando a sua alteração uma exceção. A regra da imutabilidade está prevista no artigo 58 da lei 6.15/73, ao estabelecer que o prenome é definitivo, entretanto, o mesmo artigo estabelece exceções a este princípio.

tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, 5 (cinco) anos ou existirem filhos da união. § 4º O pedido de averbação só terá curso, quando desquitado o companheiro, se a ex-esposa houver sido condenada ou tiver renunciado ao uso dos apelidos do marido, ainda que dele receba pensão alimentícia. § 5º O aditamento regulado nesta Lei será cancelado a requerimento de uma das partes, ouvida a outra. § 6º Tanto o aditamento quanto o cancelamento da averbação previstos neste artigo serão processados em segredo de justiça. § 7º Quando a alteração de nome for concedida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente de colaboração com a apuração de crime, o juiz competente determinará que haja a averbação no registro de origem de menção da existência de sentença concessiva da alteração, sem a averbação do nome alterado, que somente poderá ser procedida mediante determinação posterior, que levará em consideração a cessação da coação ou ameaça que deu causa à alteração. § 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família. Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público

França esclarece que “sem nenhuma dúvida, as razões éticas e psicológicas são molde a justificar, por equidade, a própria derrogação da regra fundamental da imutabilidade do prenome e do patronímico” (FRANÇA, 2012, p. 784)

O princípio da imutabilidade do nome, não é absoluto, e considerando, cada circunstância fática e vivenciada pelas pessoas, faz-se necessário, em certas situações, admitir-se a sua alteração, principalmente quando prejudicial ao indivíduo.

Em apelação nº 178.477 o TJSP decidiu que:

A regra da imutabilidade do prenome destina-se a garantir a permanência daquele que a pessoa se tornou conhecida no meio social. Se, o prenome lançado no registro, por razões respeitáveis, e não de mero capricho, jamais representou a individualidade ao seu portador, a retificação é de ser admitida, sobrepujando as realidades da vida o simples apego às exigências formais.

Nesse mesmo sentido, pronunciou-se o Ministro Ruy Rosado Aguiar, no julgamento do Recurso Especial nº 220059, senão vejamos:

Devo registrar, finalmente, que são dois os valores em colisão: de um lado, o interesse público de imutabilidade do nome pelo qual a pessoa se relaciona na vida civil; de outro, o direito da pessoa de portar o nome que não a exponha a constrangimentos e corresponda à sua realidade familiar. Para atender a este, que me parece prevalente, a doutrina e a jurisprudência têm liberalizado a interpretação do princípio da imutabilidade, já fragilizado pela própria lei, a fim de permitir, mesmo depois do prazo de um ano subsequente a maioridade, a alteração posterior do nome, desde que daí não decorra prejuízo grave ao interesse público, que o princípio da imutabilidade preserva. A situação dos autos evidencia a necessidade de ser aplicada essa orientação mais compreensiva da realidade e dos valores humanos em causa.

Conforme mencionado, o STF no julgamento da ADI 4275, permitiu aos transgêneros, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito a alteração do prenome e gênero diretamente nos Ofícios de Registro Civil. Nesse particular aspecto, o STF mantém-se atento a viabilização da plena realização dos valores da liberdade, igualdade, não discriminação e dignidade da pessoa humana, permitindo a alteração do prenome e gênero de pessoas transgêneras diretamente nos Ofícios de Registros Cíveis das Pessoas Naturais.

ADI 4275 / DF DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DE PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do pronome e da classificação do gênero no registro



civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.

No julgamento do STF houve a autorização para a retificação do prenome e sexo a ser realizada diretamente nos Registros Cíveis, entretanto, o procedimento só foi regulamentado, posteriormente, com a edição pelo CNJ do Provimento nº 73.

PROVIMENTO Nº 73 DO CNJ

Os Oficiais de Registro Civil, como delegatários do estado, estão subordinados ao princípio da legalidade, ou seja, devem realizar atos previstos em lei. O princípio da legalidade “implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas.” (SAYAGUÉS LASO, 1998, p.383).

Nesse peculiar aspecto coube ao CNJ (Conselho Nacional de Justiça) editar um provimento específico para operacionalizar, de maneira uniforme, em todo o país, o procedimento para a alteração do prenome e gênero diretamente no Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais.

O Provimento nº 73 do CNJ tem como objetivo assegurar o cumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275, no dia 01/03/2018, que reconheceu o direito dos transgêneros, que assim o desejarem, de substituírem prenome e gênero no registro civil, diretamente em cartório, sem a necessidade de prévia cirurgia de redesignação sexual e processo judicial. Todavia, vale mencionar a título de ilustração que antes mesmo que o CNJ editasse o provimento, nacionalmente, sete Estados da Federação anteciparam-se ao CNJ e editaram seus próprios provimentos regulamentando a prática cartorária para a realização da alteração de nome e gênero diretamente nos cartórios de registro civil. Foram eles: Rio Grande do Sul; Goiás; São Paulo; Pará; Pernambuco; Sergipe e Ceará. Todos os provimentos estaduais, bem como Provimento nº 73 do CNJ tiveram o objetivo assegurar o cumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275, no dia 01/03/2018, que reconheceu o direito dos transgêneros, que assim o desejarem, de substituírem prenome e gênero no registro civil, diretamente em cartório, sem a necessidade de prévia cirurgia de redesignação sexual e processo judicial.

Portanto, o provimento nº 73 do CNJ criou um procedimento por meio do qual o interessado, sem necessidade de realização de cirurgia de redesignação ou realização de



tratamentos hormonais, pode o interessado comparecer em qualquer Ofício de Registro Civil e, com base, unicamente na autonomia de sua vontade, solicitar, com a apresentação da documentação exigida, que o Registrador proceda a averbação em seu assento da mudança de prenome e sexo.

Outro ponto que merece ser destacado foi a possibilidade desta alteração ocorrer diretamente no Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais do local de residência do requerente, não sendo necessário que seja no Cartório onde fora realizado o registro de nascimento ou casamento da pessoa. Essa facilitação verifica-se, sobretudo, porque há uma grande capilaridade dos Ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais em todo o território brasileiro. Dessa forma, o julgamento do STF atento a situação da grande capilaridade dos Registros Cíveis das Pessoas Naturais, em todo o território brasileiro, bem como aos princípios fundamentais expressos na Constituição e internacionalmente, facilitou e promoveu o acesso aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e cidadãs. Nas palavras de SARDINHA:

os caminhos extrajudiciais de acesso à justiça conferem aos cidadãos uma maior liberdade e poder de decisão sobre a forma como será solucionado o seu caso concreto, reduzindo a interferência do Estado que não mais substitui a vontade das partes por meio de uma decisão judicial, apenas resguarda, fiscaliza e orienta por meio de seus representantes. (SARDINHA, 2018, p.39).

O procedimento disciplinado pelo Provimento nº 73 do CNJ revelou-se atento aos Princípios de YOGYAKARTA, tais princípios funcionam como um guia universal para os direitos humanos, na medida em que afirmam padrões legais internacionais obrigatórios que todos os Estado devem cumprir, é um importante recurso sobre como aplicar a legislação internacional de direitos humanos às questões relacionadas a identidade de gênero.

Com base nesses princípios, especialmente, no princípio nº 3 que estabelece o “direito titularizado por qualquer pessoa de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei, é que as pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida, que aqui destacamos o direito ao nome e gênero conforme sua autodereminação.

4 A ESCOLHA DO NOME E A QUALIFICAÇÃO REGISTRAL

Antes de mais nada, é preciso deixar claro que o julgamento da ADI 4275, bem como o Provimento nº 73 do CNJ, representam mais uma hipótese de mitigação ao princípio da imutabilidade do nome.

De acordo com França (1975, p.251) o princípio da imutabilidade do nome é de grande importância para a esfera de Direito Público, uma vez que garante a fixidez e a regularidade



dos meios de identificação. Entretanto, conforme restou bem evidenciado no julgamento da ADI 4275 esse princípio necessita ser ponderado e sopesado frente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não soa confortável, para uma pessoa ser identificada por um nome, que não corresponde às suas características físicas, causando-lhe extremo constrangimento e transtornos de ordem emocional e psíquica. Além disso, a alteração no nome que é permitida pelo Provimento nº 73 do CNJ, diz respeito apenas ao prenome, que pode ser simples ou composto, não podendo haver qualquer alteração em relação ao nome de família. Conveniente mencionar que o provimento nº 73 no regramento ao nome, veda a utilização de prenome idêntico ao de pessoa da mesma família e possibilita a inclusão ou exclusão de agnomes indicativos de gênero ou de descendência.

A busca por um nome que tenha correspondência com o gênero, com o qual a pessoa se identifica demonstra que o objetivo nessa normalização consiste em se adequar a um modelo social que pode lhes garantir a possibilidade, ou seja, passar por homem e/ou mulher para não passar por violência e discriminações diversas, ou até mesmo desconforto consigo mesmo.

Ao lado da dignidade, ainda é possível argumentar, de forma robusta, que ser chamado e identificado por um nome que não corresponde às suas características pessoais expõe a pessoa a uma situação vexatória e ridicularizante, o que corrobora a possibilidade de alteração do prenome. Portanto, o que é desejável é que seja realizada uma interpretação constitucional da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6015/1973), principalmente aos artigos 55, parágrafo único, que veda prenomes que exponham seus portadores ao ridículo; e ao artigo 58, que permite a utilização, no nome, de apelidos públicos notórios.

Muitas vezes, a escolha do prenome pelas pessoas transgêneras, pode parecer estranho e ridicularizante, portanto, certos prenomes apontados nos procedimentos para a retificação administrativa, com fundamento no Provimento nº 73 do CNJ, podem causar certo estranhamento ao Oficial, que em uma análise prévia pode considerar ser o mesmo capaz de expor a pessoa ao ridículo.

A qualificação pela qual deve passar o nome escolhido é uma medida que vem determinada pela lei, bem como pelos provimentos estaduais, que determinam que o Oficial proceda a uma análise do nome a fim de verificar se o mesmo não será capaz de expor a pessoa ao ridículo, nesse sentido é o Código de Normas do Estado de Minas Gerais (provimento conjunto nº93/2020), senão vejamos:

Art. 550. Não se registrarão prenomes suscetíveis de expor a pessoa ao ridículo. § 1º A análise do prenome será feita pelo oficial de registro, que buscará atender à grafia correta



do nome, de acordo com as regras da língua portuguesa, ressalvada a possibilidade de nome de origem estrangeira e desde que respeitada sua grafia de origem.

José Roberto Neves Amorim e Vanda Lúcia Cintra Amorim (2010, p. 58), definem o conceito de ridículo levando em consideração o entendimento do homem médio; cita-se:

Porém, dentro de um entendimento médio, podemos dizer que prenome ridículo é aquele que expõe a pessoa ao escárnio, à zombaria, ao vexame, ao riso e ao sarcasmo, trazendo o constrangimento, a vergonha e, até mesmo, o isolamento.

Salè (2013, p. 10) ressalta que o fato de os atos do estado civil conterem uma confirmação de status da pessoa, obrigatória e vinculante erga omnes, leva à conclusão de que o Oficial deve proceder ao prévio controle de legalidade dos atos a serem registrados, portanto a qualificação registral pode ser definida como uma valoração pela qual devem passar os títulos sujeitos a registro ou averbação a ser efetuada pelo registrador, anteriormente a prática do ato, com o fim de verificar se o poderá ser realizado. A qualificação garante a legalidade e exatidão dos títulos que ingresso no Registro Civil.

Ocorre que nos casos de retificação de registro com fulcro no provimento nº 73 do CNJ, mesmo que a escolha do prenome, possa parecer estranho e capaz de expor ao ridículo, não caberia ao Oficial negar a retificação para alteração, uma vez que trata-se de pedido de pessoa maior e capaz e que espelha, sobretudo, a sua maneira de ser e estar na sociedade e como ela quer ser reconhecida.

O Oficial, neste caso, deve também considerar, que o prenome escolhido e indicado para a retificação é, na grande maioria das vezes, o prenome já adotado pela pessoa, inclusive como nome social, e, por ela mesma escolhido no uso de sua autonomia da vontade, portanto, a finalidade dos registros públicos de acordo com Neto e Oliveira (2015, p. 54) é “a segurança dos direitos individuais e a conservação dos interesses da vida social, fins esses que lhe dão, pela identificação com certos fins do Estado, o caráter público”.

Ainda de acordo com Hatje (2018):

No processo de construção dos seus nomes, é possível perceber o quanto esses sujeitos vão se subjetivando enquanto homens a partir do nome que reivindicam para si, sendo um elemento constitutivo nessa produção de gênero.

Nesse perspectiva, a construção da subjetividade passa por um processo no qual os espaços de sociabilidade, origem social e capital cultural são alguns dos condicionantes envolvidos, além, e claro da própria singularidade de cada sujeito e de sua história de vida. Nesse sentido, verifica-se que os espaços nos quais esses sujeitos transitam e as pessoas com as quais ele interagem acaba influenciado e, por vezes, determinando a escolha dos nomes. (HATJE, 2018,p. 88)

É perfeitamente, possível, considerar que a alteração do prenome no registro civil, para as pessoas transgêneras, constitui um marco decisivo na vida desses sujeitos.



Segundo Foucault (2000), na obra “*As palavras e as coisas*” estabelece-se uma relação entre o nome e a representação daquilo que se pretende nomear, destacando o quanto esse ato de dar escolher e dar um nome é essencial para o processo discursivo. Para este autor:

Nomear é, ao mesmo tempo, dar a representação verbal de uma representação e colocá-la num quadro geral. [...]. Pode-se dizer que é o Nome que organiza todo o discurso clássico, falar ou escrever não é dizer as coisas ou se exprimir, não é jogar com a linguagem, é encaminhar-se em direção ao ato soberano de nomeação, é ri, através da linguagem, até o lugar onde as coisas e as palavras se ligam em sua essência comum, e que permite dar-lhes um nome. Mas, uma vez enunciado esse nome, toda a linguagem que a ele conduziu ou que se atravessou para atingi-lo, nele se reabsorve e se desvanece (FOUCAULT, 2000, p.136-139)

Portanto, o que deve ser considerado, nesse momento, é que a pessoa trans tem o direito de tomar o nome, ou seja, direito de atribuir, a si própria, determinado prenome de acordo com o gênero pelo qual ela se identifica; e, mesmo que esse nome escolhido possa soar estranho, não caberia ao oficial negar esse direito de escolha. O Código Civil ao proteger o nome nada mais fez do que concretizar o princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal sendo essa tutela de grande importância para impedir que haja abuso capaz de acarretar ainda mais prejuízos à pessoa que deseja alterar seu nome, de acordo com suas próprias escolhas no uso de sua autonomia da vontade.

5 CONCLUSÃO

A decisão da mais alta Corte do Brasil em de modificar as formas de retificação/alteração de registro civil para os transexuais, retirando da esfera do judiciário, sem a necessidade de qualquer cirurgia ou tratamento para rede/signação de sexo, acompanha todo o movimento de desjudicialização e desburocratização, pautado em justificativas sociais, que demonstraram a necessidade de meios alternativos de solução de conflitos coerente com a sociedade contemporânea plural e multicultural. Representa a conquista da verdadeira implementação do princípio da dignidade da pessoa humana permitindo que todos e todas afirmem autonomamente as suas identidades multifacetadas, realizando suas escolhas existenciais básicas e alcançando seus projetos de vida.

Objetivou-se salvaguardar a todos e todas das possíveis humilhações, constrangimentos e discriminações em razão do uso do nome em desacordo com sua identidade. Não há razão, ou justificativa suficientemente robusta que seja capaz de impor a uma pessoa a manutenção de um prenome em desconformidade com sua identidade, por ser este um fato atentatório à sua dignidade.

A escolha do prenome pelos transgêneros é determinada por sua liberdade de escolha e autonomia de sua vontade, como pessoas maiores e capazes. O que um transgênero busca é sobretudo um equilíbrio, que possibilite a plena harmonia entre corpo e mente, combinando sua situação jurídica à situação fática. Portanto, faz-se necessária uma readequação de sua identidade, especialmente, quanto ao seu prenome, possibilitando-se o pleno e efetivo acesso aos direitos da personalidade, adequando o registro civil, no tocante ao prenome e ao sexo. Negar o prenome escolhido pela pessoa transgênera, pode em certa medida, obstruir a concretização de uma vida digna e plena, conforme desejado por ela, causando frustrações e outros constrangimentos.

O Oficial não deve se deter a uma codificação generalista e padronizada, mas sim atuar de forma que sua conduta se coadune melhor com os valores maiores do ordenamento jurídico, tais como a dignidade da pessoa.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, José Roberto Neves; AMORIM, Vanda Lúcia Cintra. **Direito ao nome da pessoa física**. 2º Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BENTO, Berenice. O que é transexualidade. 2ed. São Paulo. Brasiliense, 2012, p.17.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal 1988.

_____. **Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal 2002.**

_____. **Lei Federal nº 6.015/73, Brasília, DF: Senado Federal, 1973.**

_____. **Decreto 8727/ 2016, Brasília, DF: Presidência da República, 2016.**

BRANDELLI, Leonardo. Nome Civil da Pessoa Natural. São Paulo. Saravia, 2012

BUTLER, Judith. *Cuerpos que importan. Sobre los limites materiales y discursivos del “sexo”*. Buenos Aires: Paidós, 2002, p. 18.

_____. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 18.

NETO, Mario de Carvalho Camargo; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli. **Registro Civil das Pessoas Naturais I**. São Paulo. Editora Saraiva, 2014.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000

FRANÇA. Rubens Limongi. **Do nome civil das pessoas Naturais**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1975.



FRANÇA, Rubens Limongi. **Doutrinas essenciais do Direito Registral**. Vol. I. Revista dos Tribunais, 2012)

HATJE, Luis Felipe. **Trans(formar) o nome**: a constituição dos sujeitos transgêneros a partir do nome. Dissertação (Mestrado). Programa de pós-graduação em Educação em Ciências. Universidade Federal do Rio Grande – FURG, Rio Grande, 2018

LUSSAC, Roberta Lemos. Autonomia das pessoas transexuais e cidadania: uma defesa à possibilidade de alteração do registro civil independentemente de autorização judicial. **Revista de Gênero, sexualidade e direito**. Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 152-167

PISCITELLI, Adriana. *Gênero em perspectiva*. Cadernos Pagu, Campinas, SP, n. 11, p. 141-155, jan. 2013. ISSN 1809-4449. Disponível em: <[HTTPS://PERIODICOS.SBU.UNICAMP.BR/OJS/INDEX.PHP/CADPAGU/ARTICLE/VIEW/8634469/2393](https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8634469/2393)>. Acesso em: 13 jun. 2018

PREVES, Sharon E. **Intersex and Identity: The contested self**. Rutgers University Press, 2003.

SARDINHA, Cristiano de Lima Vaz. **Cartórios e acesso à justiça. A contribuição das serventias extrajudiciais para a sociedade contemporânea como alternativa ao Poder Judiciário**. Jus Podivm, Salvador, 2018.

CAPÍTULO 18

DIREITOS HUMANOS E SUA APLICABILIDADE NAS MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS

Bárbara Moraes Mendes da Silva, Bacharela em Direito, FARAL, Advogada
Edmario Nascimento da Silva, Mestre em Crítica Cultural, Universidade do Estado da Bahia, Professor de Direito, Faculdade Santíssimo Sacramento

RESUMO

A humanidade migra a centenas de anos, faz parte de um ato de sobrevivência. Enquanto antes, a migração era por razões naturais, com a evolução da sociedade, as guerras, conflitos armados, perseguições religiosas e tantas outras questões se tornaram as principais causas dos indivíduos se movimentarem ao redor do mundo, e por assim, forçar o mundo a agir em prol dos direitos humanos tão arduamente conquistados, trazendo a paz e o respeito mútuo à todos os indivíduos independentemente de sua essência, princípios, origem e formação, caminhando para um história humana sem todas as atrocidades que a própria humanidade vem causando a si, uma utopia para tempos futuro.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Humanos; Direito Internacional; Migração.

INTRODUÇÃO

A crescente onda de migração internacional forçou toda a sociedade internacional a agir de forma rápida, visando que as garantias conquistadas em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos não fossem encaradas como meras orientações. Os conflitos que estão assolando o mundo e causando um crescimento sem precedentes de migrantes está ocasionando em larga escala um problema humanitário.

O agrupamento de normas não apenas facilita a aplicabilidade, como também o entendimento diante da situação fática que encontra o mundo e seu momento precário da história humana. A imigração assola o mundo, assim como as causas dela. O que antes era uma busca por melhor qualidade de vida, hoje se tornou uma busca por sobrevivência, quase se comparando a uma selva, mas composta por humanos.

É necessário distinguir dois sujeitos que compõem o movimento de migração: um é o refugiado que é forçado a migrar e; o outro, é o migrante que é motivado pelas questões econômicas e em função das necessidades e demandas particulares, o que termina por forçar o Estado a agir de forma a inibir que isso ocorra.



Em face desses cenários, este artigo buscar a relação entre direitos humanos e migrações internacionais, avaliando parte da história da humanidade e dos grandes acontecimentos do século XXI, verificando os instrumentos de proteção cabíveis e sua aplicabilidade, respeitando as diferenças e o direito interno.

A MIGRAÇÃO E O ESBARRO NOS DIREITOS HUMANOS

O mundo tem cerca de 7 bilhões de pessoas, mais de cinco mil religiões, centenas de idiomas e línguas, cinco continentes, mais de 200 mil anos de história, e tantas centenas de milhares de características, mas uma única raça humana. E esta única raça é capaz de ações tão belas, ou tão cruéis, e ainda tão inimagináveis, que nos tornamos uma incógnita no universo.

Os atos humanos na história da humanidade demonstram a perfeita verdade de que não aprendemos com o passado. Desde a era antes de Cristo até o momento, a humanidade repetiu seus atos inúmeras vezes e todos eles com uma máscara diferente, mas consequências semelhantes. Fomos capazes de dizimar povos, escravizar outros, eliminar tudo aquilo que fosse considerado desnecessário.

Somos uma raça racional que compartilha em determinados momentos e sob determinadas condições, de certa irracionalidade que implica em agir de forma bárbara. E como toda regra tem sua exceção, alguns seres humanos, aqueles que se encontram fora do normal, anomalias que tentaram transformar o mundo em um lugar melhor, esses souberam ver diante de si a bondade e compaixão, o respeito por todas as diferenças, e destes surgiram os Direitos Humanos.

Foi preciso duas grandes guerras mundiais, inúmeras revoluções sangrentas, guerras cívicas, governos ditatoriais e outros atos macabros ao redor do mundo para que a humanidade compreendesse que ela própria precisava de meios de se proteger. Os Direitos Humanos promulgados pela ONU vieram após a Segunda Grande Guerra, criado para prevenir inúmeras futuras ações que viessem a atacar princípios incrustados na própria condição humana.

E mesmo com os inúmeros tratados e leis que asseguram o direito a ser humano de ser diferente, o que se tem no mundo é o mais banal desrespeito por essas diferenças. As sociedades espalhadas ao redor do planeta estão retroagindo a um ponto tão crítico que estamos voltando aos tempos remotos da história humana. A proteção do indivíduo contra o arbítrio público e particular está se tornando uma luta ainda mais árdua e diária. A partir desse momento histórico, a noção de que todos os seres humanos, independentemente de onde



pertença, ou como seja e quem seja, merece um rol comum de direitos, que possam ser caracterizados como universais.

Todo esse desrespeito traz uma ação antiga: o deslocamento. As pessoas no século XXI estão fugindo, seja das guerras cíveis e conflitos armados que assolam regiões como o Oriente Médio, África e Ásia, seja pelos governos ditatoriais na América do Sul que retiram direitos civis, pelas perseguições políticas, ideológicas ou religiosas principalmente na Ásia e Oriente Médio, seja pelos desastres naturais, pobreza, fome que forçam todos aqueles que sofrem por tudo isso a abandonam suas casas, sua vida, seu país e buscar em algum outro lugar uma realidade totalmente diferente da que estava vivendo. Essas pessoas se tornam então migrantes.

Atualmente, o mundo presencia uma das maiores e mais numerosas ondas de migração registrada. A Síria já expulsou mais de 7,5 milhões de pessoas de seu país devido a uma guerra civil que assola a mais de 6 anos o país e já causou mais de 250 mil mortes; o norte da África e Oriente Médio como atos terrorista do Estado Islâmico expulsam milhares de pessoas de seus países; conflitos religiosos geram fugas de países com indonésia e Índia; a Venezuela vive uma crise política que força as pessoas a buscarem meios de sobreviver em outros países. Existem tantos outros lugares ao redor do mundo que não vivem em harmonia e forçam seus habitantes a migrarem.

Os Direitos Humanos são hoje a proteção da dignidade humana, tendo caráter de valor que se reveste de primazia diante de outros bens jurídicos. Assim, as normas internacionais passam a possuir precedentes superiores de proteção da pessoa, devendo todos aqueles que formam a sociedade internacional se comprometerem em caráter prioritário. Dessa forma, as normas internacionais de direitos humanos assumem superioridade, sendo aplicadas antes de qualquer outra norma, limitando a própria soberania nacional.

Com essa aplicação, os direitos humanos podem promover e proteger a dignidade humana em caráter universal, pela importância do valor inerente à pessoa, como a visão que a paz é o meio mais respeitável para se conviver e requer o respeito aos direitos humanos para se obter.

A anuência de Estados e organizações internacionais é de suma importância para a aplicação das normas de direitos humanos, mas devido à grande magnitude que se alcançou, é praticamente uma obrigatoriedade que se respeite as normas independentemente da vontade dos Estados, passou a ter caráter *jus cogens* ou, até mesmo *soft law*³.

O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

O cristianismo foi a primeira doutrina a criar e difundir a universalidade. Suas normas e preceitos comuns eram dirigidos a todos os povos indistintamente e hoje em dia estão incorporados à ordem jurídica. A igreja católica medieval exerceu uma grande influência, quase que única e completa, na vida dos povos no campo temporal, foi através dela que se fortaleceu o patrimônio jurídico comum a toda humanidade, principalmente por meio dos estudos que a igreja desenvolvia. Como exemplo, temos os estudos desenvolvidos pelo monge Francisco de Vitória, no século XV, que desenvolveu conceito de “intervenção humanitária”, onde um povo pode agir no território de outro povo quando estes não têm seus direitos respeitados.

Outro grande influenciador dos Direitos Humanos foi o iluminismo. Muitos de seus ideários se expandiram pelo mundo e foram diretamente vinculados à proteção da pessoa. A independência dos EUA e a revolução francesa são duas grandes fontes de irradiação dos seus ideais, pois a partir desses dois acontecimentos muitos outros na América latina, ex-colônias que haviam conseguido sua independência, fizeram do iluminismo fonte para produzir seu Direito interno.

No século XX, as organizações internacionais, criadas com o intuito de desenvolver a cooperação internacional, passaram a incluir a proteção da pessoa humana como um de seus pilares mais importantes, como exemplo, a Liga das Nações em 1919. Essa aplicação internacional passou também a incluir a dimensão social, a ideia de indivíduo incluído em classes sociais, como a classe trabalhista que rege as relações de trabalho, e propiciou a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919.

Por fim, o acontecimento que fez o mundo ensejar os direitos humanos em suas agendas, ter como objeto de imensa regulamentação no Direito das Gentes e referência mínima para foros internacionais e internos: a II Grande Guerra. Os atos praticados durante a guerra fogem por absoluto da proteção a dignidade humana. As atrocidades provocaram prejuízos irreparáveis no mundo todo e principalmente naqueles que sofreram diretamente os horrores da guerra. A soberania nacional do Estado estava acima dos indivíduos. Nessa época, regimes totalitários ganharam o poder em várias partes do mundo, reduzindo a zero a pessoa humana como condição de ser de direitos.

Após o fim da II Grande Guerra, houve a criação da ONU, Organização das Nações Unidas, visando promover a paz, a segurança internacional e a cooperação entre os povos para



resolver os problemas da humanidade, como a proteção dos direitos humanos, tornando um tema essencial.

A partir da ONU, em 1948, deu-se a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, marco inicial de significativos tratados da matéria e de criação de órgãos internacionais voltados para a proteção e aplicação desses acordos. Tais órgãos ainda detêm o poder de investigar, opinar e manifestar-se quanto a atuação dos Estados, inclusive contra a vontade deste.

Ainda no gancho da II Guerra Mundial pode-se citar a criação dos primeiros tribunais internacionais voltados a julgar indivíduos que violem as normas internacionais de direitos humanos, sendo o principal o Tribunal Militar Internacional, hoje o Tribunal Penal Internacional.

A BARREIRA DA SOBERANIA

Toda essa evolução e aplicabilidade esbarra na soberania nacional, que antes era vista como absoluta, onde não se tinha a possibilidade de influência de outro poder externo ao Estado. Nada que fosse externo podia se manifestar sem respeito do que ocorria dentro do território do ente estatal, vez que tais acontecimentos eram tidos como assuntos internos.

Mesmo hoje ainda tendo a soberania nacional como um dos pilares da ordem internacional, está se restringe às obrigações dos Estados garantirem aos indivíduos que estão sob seu amparo, direitos previstos por tratados e a garantia de liberdade dos órgãos internacionais fiscalizadores. Toda essa mudança não significa que todos os países do mundo aceitem agradavelmente essa intervenção. A soberania ainda é usada como meio de inibir esses atos quando para este Estado, não lhe convém.

Para que não essa soberania não seja uma barreira para a implementação de ações que visem a garantia dos direitos humanos, a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos consagrou características inerentes a todas as normas que visem à proteção humana.

A universalidade e transnacionalidade é a consagração que todos os direitos inseridos nos tratados sejam para toda a humanidade, sem exceção de nenhum ser humano, nenhuma nacionalidade e até àqueles que são tidos como apátridas, visam essa implicação no art. 1º da declaração supramencionada, que diz que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.



Vale ressaltar que mesmo havendo essa aplicação para todos sem nenhuma distinção, é preciso observar que os povos não são iguais entre si, e esta diferença é e deve ser respeitada, a universalidade deve andar alinhada com as diferenças culturais de cada povo, buscando um equilíbrio que não venha ferir nenhum lado e possa transgredir de maneira acolhedora e respeitando o espaço de cada um.

Dessa forma, o mundo não somente caminha para uma relação de paz, mas compreende que as diferenças podem andar alinhadas com as normas que protegem a dignidade humana. Os Estados passam a atuar de maneira a proteger seus indivíduos respeitando as particularidades de cada ente e promovendo os direitos humanos e as liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

A adesão a um tratado é implicar na fiscalização e aceitação de ações administrativas dos organismos internacionais que focalizam na verificação do cumprimento do Estado das determinações previstas em tal dispositivo e suas obrigações internas. Caso contrário, o Estado infrator pode ser responsabilizado internacionalmente, podendo sofrer sanções e ser obrigado a reparar o dano causado aos indivíduos ou até mesmo a outro Estado.

Sendo assim, não é apenas a aplicação externa dos direitos humanos. Sua aplicação interna e fiscalização constante é o que faz garantir que sejam respeitadas normas, princípios humanos e toda a gama que caracteriza a dignidade da pessoa, evitando que atrocidades possam ser cometidas contra qualquer tipo de pessoa, grupo ou sociedade ao redor do mundo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 1948, através de uma resolução da Assembleia geral da ONU, tem caráter de recomendação e seus dispositivos juridicamente vinculados, visto que seus preceitos foram aplicados em tratados posteriores e direitos internos de muitos países após a sua promulgação, devendo ser observadas por todos os povos do mundo. É por fim, o ponto de partida da formação da sociedade internacional e todo o seu sistema.

A existência da Declaração não impede que novos valores e normas sejam criadas, pois se a sociedade interna de um Estado é mutável, a internacional acompanha essa mutação e é derivada da primeira, sendo então inquestionável que exista uma remodelagem sempre que necessário dos princípios que regem os Direitos Humanos na esfera da sociedade internacional, já que estes não podem ser exercidos de maneira ilimitada.

Dessa forma ampla de ser a existência da Declaração, suas normas incidem que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e tem a capacidade para usufruir desses direitos



sem distinção de qualquer espécie ou condição, com isso, tem-se que todos são iguais perante a lei e detentores de direitos e deveres e igual proteção da lei, incluindo a proteção a não discriminação de ser quem é e o reconhecimento como pessoa perante a lei.

Com a garantia de direitos impostas pela Declaração, o limite está no agir regulado pelo Estado Democrático de Direito, onde este Estado venha a usar de seu poder para equilibrar a aplicação de seu direito interno e as normas de direitos humanos e tratados assinados, não obstruindo nenhuma via e causando conflitos sem precedentes.

A sociedade internacional buscou escrever todas as maneiras de garantir que um ser possa viver em plena comunhão com o próximo e garantir que suas diferentes perspectivas e visões possam ser mostradas sem ferir outras visões. A liberdade de expressão é sem dúvida uma amostra de direitos, mas nunca uma garantia de ferir o próximo, pois o limite de um acaba quando o outro começa.

Por mais que existam as garantias de expressão para as características culturais, sociais, religiosas e ideológicas, existem também limites, de modo a não ultrapassar as características e demais expressões de outrem, como demonstrado nos art. 18 e 19 da Declaração:

Art. XVIII - Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Art. XIX - Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).

Outro instrumento internacional que visa garantir os direitos dignos a um ser humano é o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, assinado em 1966 (Decreto 592, de 06/07/1992), um tratado que tem seus preceitos juridicamente vinculantes e como objetivo primordial a regulamentação de todos os direitos incrustados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, fazendo com que sejam aplicados.

O Pacto é mais um meio para assegurar o direito de autodeterminação dos povos, que é o direito de ter seu próprio estatuto político, poderem garantir livremente o desenvolvimento econômico, social e cultural, além de dispor da forma que lhes convém suas riquezas e seus recursos naturais, sem afetar ou causar algum dano em suas obrigações internacionais, principalmente nos que dizem respeito à cooperação entre os povos.

Outro grande feito do Pacto é a garantia de direitos a todos aqueles, sem distinção, que estejam em seu território e sob sua jurisdição, sem distinção de ser ou não nacional. É obrigação



do Estado proteger e conceder direitos, além de garantir meios àqueles cujos direitos tenham sido corrompidos eviolados, tendo ainda assegurado que quem optar por utilizar dos meios para fazer valer seus direitos tenha seu direito determinado pela autoridade competente e poderá recorrer as instâncias superiores do poder estatal, se assim for preciso.

No art. 26 deste Pacto, propaga-se um dos direitos mais exigidos e disseminado no mundo: a igualdade entre todas as pessoas perante a lei e a proteção contra a discriminação. Forma um conjunto sólido de garantias conjuntamente com o art. 3º, que proclama a igualdade entre homens e mulheres, e o art. 27 que protege as minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, pois seus membros não poderão sofrer qualquer ato contra o direito de manter sua própria vida cultural juntamente com todos os outros adeptos do grupo, professando sua religião e utilizando sua própria língua.

É de grande importância destacar que o Pacto consagra o direito à vida, um dos mais ou até o mais indispensável direito inerente ao ser humano, porém não proíbe a pena de morte. Esta escolha é oferecida e deixada a critério de escolha do próprio Estado aderir ou não em suas normas internas. Entretanto, é determinado que aqueles Estados que optarem pela pena de morte apliquem-na apenas em crimes de grave classificação, estando de acordo com a norma vigente à época do crime, devendo também estar de acordo com todos os trâmites legais e ser aplicada apenas quando todos os meios jurídicos se esgotarem. Fica ainda determinado que jamais pode se aplicar pena de morte para pessoas menores de 18 anos e mulheres grávidas.

O art. 7º traz outro grande norteador dos direitos humanos: a proibição da tortura, conjuntamente com a vedação de submeter qualquer pessoa sem seu livre consentimento à experiência médica ou científica.

Além do direito à vida e a proibição da tortura, é vedado o trabalho forçado, confirmando ainda mais a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com exceção dos trabalhos impostos aos indivíduos condenados pelo judiciário, serviços de caráter militar e serviços civis alternativos, atividades exigidas em caso de emergência ou de calamidade que possam ferir a integridade da comunidade.

É ainda de suma importância destacar a garantia à liberdade, que não pode ter restrições arbitrárias, sendo a prisão de um indivíduo respeitada e apenas realizada em motivos configurados pela lei, obedecendo seus procedimentos. Um indivíduo quando preso detém de direitos que devem ser respeitados e quando for esta prisão irregular, é garantido o direito de indenização.



Esses e tantos outros direitos foram de suma importância para a elaboração de direitos internos e fixação das normas internacionais de direitos humanos, garantindo ainda mais sua aplicabilidade em acompanhamento as rápidas mudanças sociais e ideológicas que ocorrerem ao redor do mundo.

MIGRAÇÃO

A migração é um dos atores do século XXI, permeia muitos dos assuntos discutidos nos órgãos internos, sejam eles ligados a direitos humanos quanto a economia. Este grupo de pessoas consideradas migrantes afetam todos os tipos de formas de uma região e de um país, forçando o mundo a buscar a melhor maneira de lidar com os impactos positivos e os negativos.

Mesmo sendo uma questão de cenário internacional, não se tem um controle entre o instrumento internacional figurado na Declaração e os tratados e o direito interno do país em destaque. Os Estados têm demonstrado pouca habilidade ao lidar com esses dispares sem ferir algum dos dois lados, porém acabam por utilizar do primado da soberania para proteger os interesses próprios, resultando numa afirmação de que o Direito Interno está em déficit com os direitos humanos.

O mundo está buscando organizar a atual situação da migração com base nos institutos internacionais específicos existentes, tentando não gerar distinção entre os migrantes e impedir o desenvolvimento de novas formas de proteção, duas ações que não estão tendo resultados positivos, pois o sentimento de nacionalidade crescente entre os povos que não estão a migrar e sim a ver os migrantes chegarem a seus países, é um dos problemas principais enfrentados. O mundo não está aberto às diferenças dos povos e a xenofobia esta a cada dia ganhando mais o cenário mundial.

Tal cenário, já visto inúmeras vezes pela história humana, complementado pelo ódio beirando a sua forma mais irracional, em vez de uma humanidade justa e igualitária com todos os povos, tem caminhado para desaguar em uma catástrofe de proporções internacionais. O sentimento atravessa as barreiras da própria distinção de ser humano e as atrocidades ganham espaço, os massacres e barbáries são os atos mais vistos, os indivíduos sem distinção de crianças, mulheres ou homens sofrem as crueldades apenas por serem quem são, e o mesmo ciclo se torna a acontecer repetidas vezes como uma doença sem cura.

As condições mundiais elevaram o número de um tipo de migrante, os refugiados, aqueles que deixaram seu país de origem ou sua residência habitual por causa da perseguição, seja ela religiosa, social, pelas guerras ou qualquer outra razão que esteja descrita em uma



norma jurídica. Elevou também o número daqueles que não podem ser considerados refugiados, mas tentam obter dessa classificação para conseguir proteção. A complexidade de ser um refugiado é a mais apurada em se tratando de migração.

O atentado de 11 de setembro de 2001, ocorrido nos EUA, trouxe uma política mais dura em relação a figura dos refugiados. As normas internacionais não foram suficientemente fortes para impedir que normas internas, com graves violações à proteção dos direitos humanos, surgissem não apenas nos Estados Unidos, mas em vários países ao redor do planeta. O mundo generalizou em uma só figura, o de um ser perigoso para a manutenção da soberania e segurança nacional, aquele ser que é estrangeiro.

Tornando mais difícil e agravante outras questões como o tráfico humano, sequestros, questões que envolvam pessoas apátridas, o próprio deslocamento interno das pessoas, a xenofobia, grupos minoritários e tantos outros que detêm o mínimo de direito, mas não possuem meios de sua aplicabilidade, por razões diversas e que fogem ao seu alcance, pois da maneira mais necessária, seria o dever do Estado proteger essas pessoas.

As migrações trazem uma outra realidade, a situação irregular que muitos migrantes são submetidos quando fogem de seu país, que ao se encontrarem nessa situação não são passíveis de aplicação de muitos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. O temor da irregularidade ou da não documentação e das possíveis consequências ocasionadas pela descoberta de tal condição pelas autoridades, que quase sempre é a aplicação das medidas de efetivação de seu retorno ao país de origem, submetem esses migrantes a situações desumanas.

Os países detêm poderes e podem adotar normas internas a respeito dos direitos dos migrantes em seu território, devendo, primeiramente, respeitar as normas, tratados e toda a gama que tenha assumido internacionalmente nem que seja o mínimo estabelecido. A crise econômica e crescente preocupação com a segurança nacional após o aumento de ataques terroristas nos últimos 17 anos ao redor do mundo têm restringindo a proteção aos migrantes, sejam eles quais forem sua origem. Muitos países possuem o mínimo para proteger esses migrantes, porém outros não detêm quase nada ou até mesmo não possuem normas para proteger essas pessoas, tornando ainda mais crítica a sobrevivências destes.

É necessário esclarecer que a migração possui duas formas, a voluntária e a forçada. A primeira é oriunda da própria vontade e movimentação das pessoas por questões de livre escolha, sem ter intervenção externa, citando por exemplo uma pessoa que se desloca para



outro país em busca de melhores condições de vida, a escolha partiu de sua própria vontade, deixando evidente que a situação neste novo país pode ser regular ou irregular.

Já o segundo é por fatores externos a sua vontade, ele é obrigado, forçado a se deslocar, não existe o fator da livre escolha para o deslocamento, mas pode abranger inúmeros fatores externo que fazem o indivíduo se deslocar, como exemplo o ser humano que fogem de perseguições ou conflitos armados, desastres naturais ou violações dos direitos humanos, sendo esse deslocamento internamente no país ou para fora deste.

Contudo, todos esses migrantes têm proteção internacional, a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, proclamam direitos aos refugiados, quem busca refúgio, aos apátridas, retornados e os reassentados, além do dever dos Estados para com eles.

Além desses dois, existe um novo grupo de migrantes que são os refugiados ambientais. As mudanças ambientais aceleradas pelo Aquecimento Global, um acontecimento natural do planeta, mas que o ser humano está contribuindo para que ocorra mais rápido, estão provocando um deslocamento numeroso de pessoas. As mudanças climáticas que afetam toda uma gama em cadeia de fatores, como a produção agrícola e o agravamento da seca, é a principal razão de milhões de deslocamentos, essas pessoas se movimentam internamente e até avançam as fronteiras de outros países.

Assim, é preciso observar que existem vários tipos de grupos migratórios, todos com características únicas, mas com um único ideal, migraram para sobreviver. São todos amparados por normas internacionais que visam proteger e garantir a dignidade da pessoa humana.

É de suma importância destacar que não existe apenas como meio de proteção a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a sociedade internacional criou vários outros órgãos e tratados específicos para proteger determinados grupos.

A Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, de 1990, é um dos meios criados para garantir ao trabalhador migrante proteção fora do seu país de origem, sendo definida que o trabalhador migrante é aquele que desempenha uma atividade remunerada em um Estado distinto do seu de origem. Nesta definição ainda estão inclusos aqueles trabalhadores que se encontram não documentados ou irregulares, trabalhadores que atuam nas fronteiras, os sazonais, trabalhadores de instalações *offshore*, itinerantes e autônomos; e exclui os refugiados e apátridas, estudantes e *trainees*.



Têm-se, ainda, os tratados de direitos humanos que definem certos grupos, tais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, Convenção sobre Direitos das Crianças, Convenção a respeito dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, já mencionada, e a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência.

REFUGIADOS

São os migrantes forçados que possuem o sistema internacional de proteção mais completo, delimitando quem são e seus direitos e deveres, por se encontrarem nesta situação. Contam também com proteção em matéria regional, como em solo africano e americano, devido a situação de êxodo na nessas regiões no século XX, provenientes das violações de direitos humanos que alcançam níveis extremos, onde a liberdade, segurança e sua vida estavam ameaçadas.

Cada Estado é livre para agir e legislar como se quer, respeitando as normas internacionais assinadas em conjunto com o previsto na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967, estes fornecem aos membros partes a base jurídica da proteção, destacando-se o princípio do *non-refoulement*, ou seja, da impossibilidade de devolução do solicitante de refúgio ao país de origem. Em matéria internacional, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) em seu estatuto assegura a proteção internacional aos refugiados e procurar soluções duradouras para seus problemas, tendo sido adotado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

A questão migratória dos refugiados cresceu tanto nos últimos anos, que o papel da ACNUR cresceu de maneira ainda maior, sendo alargado a medida que inseriu sob sua responsabilidade categorias antes não abrangidas mas que não as tornam refugiadas. São eles as pessoas que fogem de um conflito ou de acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública (refugiados ao abrigo da Convenção Africana e da Declaração de Cartagena); refugiados sob mandato; retornados; apátridas; e, em algumas situações, as pessoas deslocadas internamente.

Uma das funções da ACNUR é a proteção as pessoas reconhecidas como refugiados, além deste órgão deter responsabilidades e funções específicas. É importante destacar que o Organismo da ONU das Obras Públicas e Socorro aos Refugiados da Palestina no Próximo Oriente (UNRWA), instituído em 1948, trata em especial as questões dos palestinos em frente ao direito internacional, devido a sua situação com o Estado de Israel.



Este organismo caracterizou refugiados palestinos todas as pessoas e seus descendentes que residiam no território da palestina dois anos antes do ocorrido em 1948 e que infelizmente perderam suas casas e seus meios de subsistência em razão do conflito.

Já os apátridas são definidos por aquelas pessoas que não possuam nenhum Estado, não têm nacionalidade. O apátrida pode ser um refugiado e assim estar sob as legislações internacionais e nacionais que tratam do tema, mas não significa que será reconhecido como tal. A Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, regulariza o estatuto dos apátridas e assegura, sem distinção, a garantia da aplicação dos direitos humanos a seu favor, e a Convenção sobre a Redução da Apatridia, em 1961, delimita as formas que uma pessoa apátrida pode adquirir ou conservar uma nacionalidade.

Todas as pessoas possuem proteção, direitos e deveres, nenhuma esta desamparada, nem que seja por instituições internacionais ou nacionais, o mínimo para cada um é garantia aplicada, e todo Estado está implicado em oferecer sob pena de sanções ou punições estabelecidas em lei. Nenhum ser é desfavorecido de direitos e deveres, os tratados e documentos são as formas concretas de sua aplicação, buscando sempre o aprimoramento do que já existe sem deixar perder o que já foi conquistado.

CONCLUSÃO

A humanidade parece caminhar por laços estreitos do que se prega em suas leis, acordos, tratados e direitos. O mundo está mudando e rapidamente, as condições políticas, sociais, econômicas e ambientais são razões mais que suficientes para que exista um grande número de pessoas se movimentando ao redor do mundo.

O que permeia todas as condições acima citadas é a falta de proteção, a falta das garantias de direitos, um Estado que não cumpri com seu dever de oferecer o mínimo existencial para sua população gera migrações. A falta do mínimo gera a aplicação do direito internacional dos direitos humanos, gera a aplicabilidade da fiscalização dos órgãos internacionais na gerência daquele Estado, gera a existência de sistemas de proteção àqueles que precisam dela.

A migração é latente no cenário internacional. Os indivíduos não suportam mais viver tendo seus direitos violados de maneira desumana e degradante. O mundo assiste a assassinatos em série, a fugas desenfreadas, a corpos de crianças a beira da praia, pessoas sendo queimadas vivas ou se afogando em mares gelados na calada da noite apenas porque querem viver e no lugar de seu pertencimento originário isso não é possível.

Essas pessoas arriscam tudo, para quando chegarem na tão almejada fonte de saída para seus problemas, encontrarem a morte, a prisão ou seu sonho sendo destruindo pela volta forçada ou a xenofobia encorpada na face, palavras e atos de um povo que não querem ou se recusam a ver o outro comoum ser necessitado de ajuda.

A crise mundial da migração força atualmente que o direito internacional encontre maneiras de garantir que as normas promulgadas a mais de 50 anos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, não passem por meras palavras em uma folha de papel ou acontecimentos que se estuda nos livros de história.

O Direito Internacional é forçado a agir contra a soberania nacional, contra os atos desumanos, contra o terror que se propaga nas campanhas radicais de grupos radicais ao redor do mundo. É forçado a buscar as maneiras da dignidade humana ser respeitada pelos Estados, por líderes religiosos, órgãos internacionais, indivíduos, no fim, por toda a sociedade internacional.

A proteção existe, as normas existem, as teorias, características, Estados signatários, órgãos competentes, tudo isso e tantas outras formas existem. O que não se tem é a sua aplicabilidade como se deve de fato. Os Direitos humanos são um dos acontecimentos mais memoráveis da humanidade. É a pura concepção que o ser humano, reconhecendo sua condição enquanto interdependente do outro e da própria natureza, preocupa-se com o outro ser humano.

Se esta preocupação existe, por que não passar a aplicar os dispositivos de proteção à vida e à dignidade de forma prévia, humana e sem discriminação? O mundo passaria a se movimentar de forma mais harmônica, a utopia de uma sociedade igualitária seria facilmente aplicada e os povos poderiam viver em completa dignidade com suas diferenças.

REFERÊNCIAS

ACNUR. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/portugues/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bpointer%25>. Acessado em 20/09/2017.

ACNUR. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/>>. Acessado em 20/09/2017.

ACNUR. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/informacao-geral/o-que-e-a-convencao-de-1951/>>. Acesso em 20/09/2017.

ACNUR. Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado. Disponível em:

<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_criterios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado> Acesso em 20/09/2017.

ACNUR. Manual de proteção aos apátridas, de acordo com a convenção de 1954 sobre o estatuto dos apátridas. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/Manual_de_protecao_aos_apatridas> Acesso em 20/09/2017.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S. **A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração.** 2010 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100013&lng=en&nrm=iso&tlng=pt> Acesso em 20/09/2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 4 ed., Editora RT, 2010.

MIRANDA, JULIANA. Disponível em: <<http://www.sitedecuriosidades.com/curiosidade/o-ser-humano-existe-na-terra-desde-quando.html>> Acessado em 20/09/2017.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Qual a diferença entre ‘refugiados’ e ‘migrantes’?. 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/qual-a-diferenca-entre-refugiados-migrantes/>> Acesso em 20/09/2017.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado – Incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário.** 4º ed. – revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM. 2012.

UNESCO. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em : <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acessado em 21/09/2017.

CAPÍTULO 19

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA PERSPECTIVA DO EPISÓDIO "QUEDA LIVRE", DE *BLACK MIRROR*

Gabriel Carvalho dos Santos, Mestrando em Direito da Sociedade da Informação, no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas

RESUMO

A Literatura e o Direito estruturam um diálogo essencial para a compreensão de aspectos da própria realidade social, e esta pesquisa visa a análise neste sentido, por intermédio da reflexão acerca do episódio “Queda livre”, da série *Black Mirror*. Desta forma, recorrendo-se mitologicamente as linhas jurídico-dogmática e jurídico-social, objetiva-se investigar a relação do episódio com a sociedade da informação, avançando para o estudo das violações aos direitos da personalidade representadas no episódio e, por fim, refletir como a contemporaneidade está se aproximando das problemáticas exibidas na literatura aqui analisada. Destarte, permitir-se-á o alcance do resultado científica de que a humanidade precisa estruturar uma interação construtiva com a tecnologia, para que esta não seja um meio de violação aos direitos da personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: *Black Mirror*, Direitos da personalidade, “Queda livre”, Sociedade da Informação, Tecnologia.

INTRODUÇÃO

O episódio “Queda livre”, da série *Black Mirror*, cristaliza a reflexão em relação as problemáticas da utilização inadequada da tecnologia, especificamente, quando a sociedade da informação projeta sua aceitação social pautada na pontuação de cada indivíduo. Neste sentido, o episódio igualmente demonstra a sistemática de violação de alguns direitos da personalidade. A pesquisa científica, portanto, esculpe o seu objeto nestas hipóteses, visando a investigação sobre esse diálogo estruturado entre a Literatura e o Direito.

Especificamente, como problema de pesquisa, tem-se a seguinte indagação: Como os direitos da personalidade podem ser refletidos na perspectiva do episódio “Queda livre”, da série *Black Mirror*? Por consequência, utiliza-se para o desenvolvimento da pesquisa, com cunho crítico e objetivo exploratório, os recursos bibliográficos, legislativos e literários. Desta

forma, permite-se o alcance do resultado científico de que a humanidade precisa escupir uma interação construtiva com a tecnologia.

Especialmente, estruturar-se-á a contextualização da sociedade da informação, visando a modulação reflexiva de que a pós-modernidade está se aproximando da realidade preceituada pelo episódio “Queda livre”. Destarte, sob este entendimento, amolda-se a justificativa da essencialidade de se analisar os direitos da personalidade na perspectiva do referido episódio, objetivando a reflexão de que a tecnologia não pode ser um meio de violação aos direitos da personalidade.

1. A Análise do Episódio “Queda Livre” no Contexto da Sociedade da Informação

A pós-modernidade está envolta pelas influências da sociedade da informação, em virtude de o cerne social manter uma constante transformação, por intermédio da própria manutenção da modernização (BAUMAN, 2007, p. 9). Neste seguimento, faz-se por essencial entender a contextualização da sociedade da informação, em que:

O conceito de Sociedade da Informação surgiu nos trabalhos de Alain Touraine (1969) e Daniel Bell (1973) sobre as influências dos avanços tecnológicos nas relações de poder, identificando a informação como ponto central da sociedade contemporânea. A definição de Sociedade da Informação deve ser considerada tomando diferentes perspectivas. (TAKAHASHI, 2000, p. 31)

A sociedade da informação, em específico, pode ser compreendida nos ensinamentos de Castells (2001, p. 21), em que a: “(...) sociedade contemporânea atravessa uma verdadeira revolução digital em que são dissolvidas as fronteiras entre telecomunicações, meios de comunicação e informática.”. Desta forma, compreende-se que a sociedade da informação envolve uma revolução digital que abrange a administração e a transmissão da informação, em que esta alcança um valor econômico (SIQUEIRA JÚNIOR, 2007, p. 2).

Contemporaneamente, permite-se a observação da sociedade da informação, em sua contextualização, em aspectos próprios das atividades cotidianas, em intermédio da interação entre o cerne social e os meios tecnológicos, conforme ensinamento de Barreto (2007, p. 5):

Uma análise mais contemporânea deve incorporar ao conceito a discussão sobre o conteúdo das comunicações que se materializam através da informatização, assim como atentar para questões ligadas à progressiva integração econômica e tecnológica de setores há pouco tempo distintos e independentes, o que se convencionou a nomear de convergência tecnológica. Esse novo fenômeno é reflexo de algumas das principais características observáveis na sociedade contemporânea que atravessa uma verdadeira revolução digital em que são dissolvidas as fronteiras entre telecomunicações, meios de comunicação de massa e informática.

A contextualização supramencionada, nos ditames preceituados por Castells (2001, p. 21), pode ser verificada na abordagem da revolução digital apresentada pelo episódio “Queda



livre”, da série *Black Mirror*, esta que ficou famosa por apresenta, com criticidade, as nuances práticas da inserção da tecnologia no cotidiano social (SILVA, 2020, p. 10). Especificamente, o episódio intitulado por “Queda Livre”, presente na 3ª temporada da série, reflexiona sobre as problemáticas de uma sociedade envolta pela avaliação pessoal, em virtude de que todo ato praticado pelo indivíduo recebe uma nota atribuída por uma outra pessoa (CAVALCANTE; FREITAS, 2019, p. 4).

Didaticamente, faz-se por importante contextualizar que o episódio demonstra uma sociedade em que os indivíduos utilizam uma lente ocular que permite verificar a nota de cada pessoa que olham e, por intermédio de uma rede social digital utilizada em um aparelho celular ou um computador, podem avaliar as condutas de seus pares, dando até 5 estrelas (NOSEDIVE, 2016). Neste contexto, a personagem principal, chamada Lacie, que no início do episódio tem uma pontuação de 4,2 e, por querer uma nova vida em um condomínio de luxo, chamado de “Enseada do Pelicano”, precisa de uma pontuação de 4,5 para conseguir uma linha de crédito que a permita morar no local, e por isso começa a estruturar uma corrida por essa pontuação (CAVALCANTE; FREITAS, 2019, p. 4). Desta forma, permite-se a compreensão de que os seres humanos que possuem avaliações superiores, a exemplo de 4,5, são consideradas exemplos para a sociedade.

Neste contexto, Lacie é convidada para fazer um discurso em um casamento de uma antiga amiga, chamada Naomi, esta que possui uma pontuação de 4,8, por consequência, o evento contaria com personalidade com avaliações altíssimas (NOSEDIVE, 2016). Nestes termos, e ao entendimento que as pessoas podem constantemente atribuir notas as condutas de seus pares, Lacie vislumbra a oportunidade de neste evento poder proferir um brilhante discurso e ser muito bem avaliada pelos convidados, por conseguinte, conseguir atingir a média avaliativa de 4,5 (NOSEDIVE, 2016).

Todavia, conforme passagens apresentadas pelo episódio, as condutas praticadas por Lacie, até que efetivamente chegue ao casamento, demonstram a estruturação de uma queda livre em suas avaliações. Em específico, conforme a personagem principal era livre para expressar o que realmente pensava, as demais pessoas a avaliavam com pontuações baixas. Em gravame, a decadência na avaliação da personagem a impedia de conseguir voar na primeira classe e poder alugar um carro com melhores tecnologias (CAVALCANTE; FREITAS, 2019, p. 4). Neste ponto, permite-se a compreensão de que a avaliação do indivíduo, naquela sociedade, era essencial para que pudesse desfrutar de recursos do cotidiano, conforme será analisado no próximo capítulo.

Avançando as passagens importantes ao desenvolvimento desta pesquisa, faz-se por essencial salientar que no caminho de Lacie para chegar ao casamento, conforme ir recebendo uma sucessão de avaliações negativas e sua nota chegar em 2,6, a personagem recebe uma ligação da anfitriã do casamento, conforme seguinte diálogo presente no episódio (*NOSEDIVE*, 2016):

Lacie: Oi Ney. Nossa, que noite louca! Mas estou quase chegando.

Naomi: Não venha.

Lacie: O quê? Só falta uma hora para eu chegar.

Naomi: Não venha. Não quero você aqui. Não sei o que houve, mas não posso receber uma 2,6 no meu casamento.

Lacie: Isso é temporário. É temporário.

Naomi: O casamento é hoje, então...

Lacie: Mas isso não muda nada.

Naomi: Lacie...

Lacie: Vou fazer o mesmo discurso.

Naomi: Lacie!

Lacie: O Rabicho...

Naomi: Não!

Lacie: Mas você me convidou!

Naomi: Você sabe quem vai. Todos têm mais de 4,5. Vão surtar vendo alguém com 2,6. Não posso arriscar isso. Não fiquei com menos de 4,7 há uns seis meses!

Lacie: Você disse que queria sua amiga mais antiga lá!

Naomi: Quando te convidei, a sua nota era 4,2. A autenticidade de uma amizade com alguém com pouco mais de 4 tinha ficado incrível nas simulações que fizemos. Teríamos subido uns 0,2. Agora você não tem nem 3. Sinto muito. É muito pouco. Pode sujar a nossa reputação.

Lacie: Você só ligava para os números?

Naomi: Não vem com essa. Você também só ligava para os números. Você queria avaliações dos valiosos. Nunca conseguiria obtê-las por conta própria.

Lacie: Eu vou conseguir as avaliações.

Naomi: Como? Vai aparecer aqui e fazer as pessoas gostarem de você?

Lacie: Exato. Vou fazer o meu discurso.

Naomi: Não, não vai.

Lacie: Sim, eu vou e eles vão me dar nota máxima quando ouvirem. Vão chorar muito.

Naomi: Vai para casa!

A passagem em questão demonstra a importância que a avaliação tinha para possibilitar a aceitação social, em que Lacie era requisitada quando era bem avaliada, contudo, tornou-se descartável conforme sua pontuação baixava. Especificamente, esta compreensão pode ser cristalizada na própria fala de Lacie, quando estava caminhando pela rodovia, em direção ao local do casamento, recebe carona da caminhoneira chamada Susan e expressa o seguinte pensamento (*NOSEDIVE*, 2016):

Lacie: Sei lá... Algo que me deixe feliz? Tipo olhar ao meu redor e pensar que eu estou bem resolvida. Ser capaz de respirar sem me sentir... Meio que... Enfim, falta muito para chegar lá. Até chegar lá, tenho que entrar no joguinho dos números. Todos temos. Estamos atolados nisso. Esse mundo funciona assim. Talvez você não se lembre. Talvez seja velha demais para entender... Eu não quis dizer isso dessa maneira.

Susan: Não se preocupa. Não vou te dar nota baixa.



A Lacie finalmente consegue chegar ao casamento, contudo, em virtude de todos os desafios de seu trajeto, o seu vestido está manchado e a personagem é recebida com desdém pelos convidados (*NOSEDIVE*, 2016). Ato contínuo, Lacie profere seu discurso e, conforme vai se libertando do seu discurso ensaiado para receber boas avaliações e expressa as suas palavras com sinceridade, simultaneamente recebe as diversas notificações de notas baixas atribuídas pelos convidados (*NOSEDIVE*, 2016).

Por consequência ao fato de ter invadido o casamento, Lacie é levada à prisão, em que tem a sua pontuação zerada e a remoção da lente ocular, não permitindo que possa visualizar as médias das outras pessoas. Na prisão, Lacie encontra um homem que reciprocamente troca ofensas com a personagem, e neste momento de encarceramento, percebe-se que Lacie fica livre para expressar os seus pensamentos sem o receio de ser reprimida e, ainda que encarcerados, as personagens expressam sorrisos verdadeiros e demonstram a essencialidade da liberdade de expressão para a manutenção da vivência humana (PEREIRA, 2017, p. 15).

Destarte, verifica-se que a sociedade representada no episódio “Queda livre” demonstra uma simulação vivencial, em que as pessoas realizam suas condutas pensando nas avaliações que irão receber, contudo, quando realizam atitudes de forma livre, como Lacie passa a fazer no final, os indivíduos tendem a avaliar de forma negativa essa transparência. Neste contexto, ao entendimento da revolução digital transcorrida na sociedade da informação, compreende-se que a sociedade de “Queda livre” se encontra em uma inserção tecnológica pautada na superficialidade das condutas, em que algumas pessoas vivem para conseguir boas pontuações (CAVALCANTE; FREITAS, 2019, p. 4). Portanto, faz-se por necessário analisar como estas problemáticas estão relacionadas com a proteção aos direitos da personalidade.

2. Os Direitos da Personalidade no Episódio “Queda Livre”

A segurança jurídica na sociedade da informação é essencial para possibilitar a própria manutenção da revolução digital. Portanto, faz-se por essencial compreender que os direitos da personalidade são imprescindíveis para possibilitar esta tutela, em que podem ser entendidos como:

(...) direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta –, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária –, e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares. (BITTAR, 2015, p. 38)

Neste contexto, os direitos da personalidade são responsáveis por estruturar a tutela das garantias individuais que são intrínsecas ao ser humano. A dignidade humana se apresenta neste

sentido, como a principiologia prevista na própria Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III (BRASIL, 1988), sendo compreendida como:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover uma participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2011, p. 73)

O episódio “Queda livre” permite a reflexão de uma sociedade pautada na valoração pessoal e que, por consequência, entende ser mais importante que um ser humano tenha uma boa pontuação a viver com dignidade (CAVALCANTE; FREITAS, 2019, p. 4). Em específico, quando a personagem Lacie tinha uma avaliação de 4,2, a sua suposta amiga chamada Naomi tinha o interesse de que se fizesse presente em seu casamento, contudo, conforme esta pontuação foi rebaixada, o interesse foi dissipado. Destarte, compreende-se nesta perspectiva uma latente à dignidade humanada da personagem principal, em que a sua presença no casamento só era interessante por questões de elevar a pontuação da anfitriã (NOSEDIVE, 2016).

Em gravame, faz-se por essencial salientar que o episódio também evidencia que a avaliação pessoal era essencial para conseguir uma linha de crédito para morar em um condomínio de luxo, da mesma forma que era importante para conseguir voar em na primeira classe e poder alugar um carro com melhores tecnologias (CAVALCANTE; FREITAS, 2019, p. 4). Por consequência, o episódio demonstra a problemática de que o indivíduo, dependendo de sua pontuação, era impossibilitado de utilizar alguns recursos sociais, fator que evidencia a latente violação ao princípio da dignidade humana.

Na mesma esteira, a reflexão do episódio “Queda livre” permite a análise sob os moldes do direito à intimidade, este que possui a inviolabilidade prevista na Constituição Federal, em seu inciso X, artigo 5º (BRASIL, 1988). Em contextualização, importante compreender que:

O direito à intimidade, aquele que resguarda o indivíduo nas suas relações subjetivas, íntimas e que não deseja torná-la pública, como por exemplo, os segredos e assuntos que só importam à sua pessoa. Também é intrínseco ao indivíduo, que deve ter a escolha e possibilidade de manter este véu de sigilo e proteção. (SANTOS; MIRANDA, 2017, p. 3)

O episódio demonstra que os indivíduos daquela sociedade tinham uma lente ocular que permitia ver a pontuação de seus pares, contudo, restou-se por evidente que somente quando Lacie foi para a prisão é que a sua lente foi retirada (NOSEDIVE, 2016). Portanto, permite-se a



compreensão de que um indivíduo que não quisesse tornar pública a sua avaliação, precisaria retirar a sua lente ocular e preservar os seus dados. Contudo, conforme supramencionado, seria impedido de conseguir uma linha de crédito para morar em um condomínio de luxo, voar em primeira classe ou conseguir alugar um carro com melhores tecnologias. Nestes termos, tem-se a cristalização da violação ao direito à intimidade, em virtude de as pessoas poderem constantemente visualizar as pontuações de seus pares, independentemente de serem avaliações baixas.

No mesmo teor, o episódio “Queda livre” permite a reflexão em relação ao direito à imagem, em que este pode ser compreendido da seguinte forma:

(...) no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa) (BITTAR, 2015, p. 94)

O episódio igualmente reflexiona no sentido de violação ao direito à imagem, especificamente, nas passagens que demonstram o fato da pontuação de um indivíduo ser mais importante que sua própria imagem. Em exemplificação, tem-se a cena em que Lacie ensaia a mordida de um biscoito para depois tirar uma foto dele, contudo, após realizar a conduta, a personagem devolve em um papel o pedaço que havia comido (*NOSEDIVE*, 2016). Portanto, o episódio demonstra a preocupação social com a pontuação que cada pessoa irá receber de seus pares, represando a importância que a imagem de cada indivíduo possui, em virtude de as pessoas buscarem realizar as suas condutas com superficialidade, buscando sempre uma boa avaliação (PEREIRA, 2017, p. 15).

Destarte, compreende-se que o episódio “Queda livre” evidencia várias problemáticas que tangenciam os direitos da personalidade. Por consequência, faz-se por essencial analisar que estas perspectivas já podem ser verificadas na contemporaneidade da sociedade da informação e que as reflexões proporcionadas pelo episódio estão muito mais próximas do cotidiano social do que as pessoas imaginam, igualmente acarretando violações aos direitos da personalidade.

3. A Crítica do Episódio “Queda Livre” Representada na Contemporaneidade

O episódio, em seu final, apresenta a passagem da personagem Lacie interagindo e trocando ofensas com outro personagem que encontrou na prisão e, quando ambos estavam sem a lente ocular que permitia ver a pontuação dos demais, foi neste momento que Lacie aparenta



estar verdadeiramente livre para expressar seus sentimentos (*NOSEDIVE*, 2016). Portanto, conforme mencionado nos capítulos anteriores, ao longo do episódio se verifica diversas passagens em que a sociedade está mais preocupada em receber boas avaliações a viver com plenitude.

Todavia, a contemporaneidade apresenta problemáticas semelhantes, a exemplo da exposição dos usuários das redes sociais que publicam diversas condutas do cotidiano buscando uma incessante aprovação social (COSTA; BARRETO JUNIOR, 2018, p. 4). Em gravame, a realidade demonstra que estes usuários apresentam a mesma superficialidade vivencial analisada no episódio “Queda livre”, em que realizam postagens que passam a imagem de um mundo perfeito, mas que muitas vezes não condizem com a verdadeira realidade (DE TEFFÉ, 2018, p. 3). Por consequência, verifica-se que os usuários expõem as suas vidas ao público que utiliza as redes sociais, em uma busca incessante por curtidas em suas postagens e pela aprovação social, demonstrando certa fragilidade aos preceitos dos direitos da personalidade, especificamente à intimidade e à imagem.

Em complementação crítica, tem-se as medidas adotadas pelo Governo chinês, em que apresentou a ideia do crédito social chinês, sendo uma forma de pontuação social em que o Estado avalia as atividades e os comportamentos dos cidadãos, e nesse monitoramento os indivíduos podem ser beneficiados com utilização de serviços diferenciados para boas avaliações ou punidos com restrições sociais para pontuações baixas (CAVALCANTE; FREITAS, 2019, p. 6-7). Por consequência, vislumbra-se nessa perspectiva chinesa que a sociedade vem caminhando para uma manutenção vivencial pautada na valoração da pontuação pessoal, conforme preceituado pelo episódio “Queda livre”.

Destarte, ao entendimento que o episódio clarifica a problemática de uma sociedade estruturada nessa superficialidade da avaliação pessoal, faz-se por imprescindível que a sociedade da informação repense a sua relação com a revolução digital. Em verdade, tem-se a imprescindibilidade do cerne social não utilizar a tecnologia como uma forma de violar os direitos da personalidade. Ao contrário, paulatinamente realidades similares ao crédito social chinês serão estruturadas em outros países e, nesta perspectiva, a sociedade caminhará para uma manutenção vivencial pautada na comparação de quem consegue tirar uma foto ou realizar uma conduta que agrada um maior número de pessoas, independentemente de que a conduta seja realizada com interesses escusos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade da informação está estruturada sob os moldes da revolução digital, e o episódio “Queda livre”, conforme analisando nesta pesquisa, evidencia as problemáticas de uma sociedade pautada na valoração da avaliação pessoa. Especificamente, o episódio cristaliza a superficialidade das relações interpessoais, em que os indivíduos realizavam as suas condutas com o escopo de receber boas avaliações, contudo, muitas vezes estas realizações eram falsas e, quando as condutas eram verdadeiras, as outras pessoas tendiam a avaliar de forma negativa.

Nestes termos, verificou-se que a sociedade representada pelo episódio “Queda livre” apresenta problemáticas que violam os direitos da personalidade. Especificamente, conforme analisado, tem-se que a dignidade humana é violada na perspectiva de que, no episódio, os indivíduos que possuíam baixas pontuações não poderiam ter linha de crédito para viver em um condomínio de luxo, voar em primeira classe ou alugar um carro com melhores tecnologias, por consequência, a avaliação pessoal era determinante para que o indivíduo pudesse ou não desfrutar de determinados recursos vivenciais.

Em complementação, restou-se por comprovado que o episódio apresenta reflexões em relação aos direitos à intimidade e à imagem, em virtude de que os indivíduos daquela sociedade tinham uma lente ocular que permitia ver a pontuação de seus pares, permitindo a compreensão de que um indivíduo que não quisesse tornar pública a sua avaliação, precisaria retirar a sua lente ocular e preservar os seus dados, mas seria impedido de desfrutar de alguns recursos vivenciais, conforme supramencionado. Da mesma forma, o episódio reflexiona no sentido de violação ao direito à imagem, especificamente, nas passagens que demonstram o fato da pontuação de um indivíduo ser mais importante que sua própria imagem.

Em gravame, a contemporaneidade demonstra uma aproximação às problemáticas evidenciadas pelo episódio “Queda livre”, especificamente nos exemplos apresentados na pesquisa, como a incessante busca dos usuários das redes sociais para conseguirem curtidas e uma boa aceitação social, e no caso prático do crédito social chinês, demonstrando uma realidade em que os indivíduos são avaliados por suas condutas e alcançam benefícios ou malefícios dependendo das suas pontuações. Por consequência, verifica-se que a sociedade pós-moderna está se aproximando da realidade apresentada pelo episódio, circunstância em que cristaliza a necessidade de a humanidade refletir a sua conexão com a tecnologia, visando uma utilização proba e que concretiza a revolução digital na sociedade da informação, contudo, sem inserir os indivíduos em uma vivência superficial e pautada na avaliação pessoal.

REFERÊNCIAS

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do Conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 mai. 2021.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**. Volume I, a sociedade em rede. 5.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CAVALCANTE, Camilla Martins; FREITAS, Ana Carla Pinheiro. **O Episódio “Queda Livre” da Série *Black Mirror* e a Política Estatal de Crédito Social Chinês: do direito à privacidade à dignidade humana em Kant**. Revista Dizer, v. 4, n. 1, p. 251-270, 2019.

COSTA, Bruna Marangoni Brancalone; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Hiperexposição Pessoal nas Redes Sociais e seus Reflexos no Direito. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 4, n. 1, p. 92-108, 2018.

DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 15, p. 93-124, 2018.

NOSEDIVE (Temporada 3, ep. 1). *Black Mirror* [seriado]. Direção: Joe Wright. Roteiro: Michael Schur, Rashida Jones. Produção: Laurie Borg. Produção executiva: Annabel Jones, Charlie Brooker. Los Gatos: Netflix. 2016. (63 min.), *son.*, *color*.

PEREIRA, Orcione Aparecida Vieira. Análise do Episódio Queda Livre da Série *Black Mirror* através de Conceitos da Tradição Durkheimiana. **CSONline-Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, n. 23, 2017.

SANTOS, Michel Carlos Rocha; MIRANDA, Michelly Cardoso. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: a proteção à intimidade e a vida privada no teletrabalho em face da Era virtual. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 175/2017, p. 95 – 115, mar., 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Igor Gacheiro da. **Isso é muito *Black Mirror*: narcisismo digital e vigilância algorítmica na composição da crise ética contemporânea**. 85 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal. 2020.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Direito Informacional: Direito da sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, vol. 859/2007, p. 743 - 759, maio, 2007.

TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil: livro verde**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

CAPÍTULO 20

DIREITO BÁSICO À EDUCAÇÃO INDÍGENA: UMA JORNADA CONTÍNUA PELA EDUCAÇÃO DIFERENCIADA²⁶

Joana D'arc Alves Paes Andrade, Mestranda em Educação pelo Programa de Pós-Graduação em Educação – PPGE, UFT

Jocyléia Santana dos Santos, Pós-doutorado em Educação, UEPA

George Leonardo Seabra, Pós-doutorado em Educação, UEPA

Dagoberto Leopoldo Paes Andrade, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Tocantins

RESUMO

O objetivo desta pesquisa é verificar se o direito dos povos indígenas a uma educação específica e diferenciada atende às suas necessidades educacionais e à proteção de sua cultura étnica. Oferece algumas reflexões sobre o direito fundamental à educação indígena específica e diferenciada, garantido pela Constituição Federal de 88. Esta pesquisa é de importância social, haja vista que os povos indígenas tornaram-se protagonistas das cláusulas individuais de seus direitos na modernidade, desde então mudanças no arcabouço legal é amplamente impulsionado pelas demandas e pressões dos movimentos indígenas que se desenvolveram no Brasil nas últimas três décadas. Para o desenvolvimento, optou-se por realizar uma pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa, descritiva, com os parâmetros de estatutos, tratados e alguns teóricos das áreas do direito e da educação indígena, tais como: SILVEIRA (2012); RIBEIRO (2015, 2017); BERGAMASHI (2012); PIMENTEL (2012); GRUPIONI (2002), dentre outros. Esta pesquisa permite que as pessoas percebam que a educação pode ser uma ferramenta poderosa para mudar a realidade, perpetuar os direitos adquiridos e alcançar novas conquistas, pois a educação é uma resposta a um direito humano básico e contribui para a difusão do conhecimento, da cultura e da promoção da mudança social. Por fim, é possível utilizar a educação intercultural como ferramenta para fortalecer o direito à educação em termos de acesso e buscar formas de conscientizar a sociedade sobre a importância da proteção das diferenças culturais e de seu patrimônio histórico.

Palavras-chave: Direito indígena. Educação específica e diferenciada. Povos indígenas.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF / 88) foi um marco que não só permitiu o respeito à diversidade, mas também confirmou a cultura dos povos indígenas, garantindo assim as características socioculturais e linguísticas de cada etnia. No cotidiano da cultura escolar

²⁶ Artigo apresentado na 3ª ANPED-NORTE – Reunião Científica Regional – UFT –Palmas- TO em 18/03/2021.

brasileira, os indígenas devem reconhecer seus saberes e respeitar suas particularidades. Portanto, é necessário ampliar a reflexão sobre a existência desses povos na constituição do povo brasileiro, sua luta, sua identidade e, principalmente, suas contribuições culturais e históricas.

Os indígenas de hoje ocupam diferentes espaços na sociedade envolvente, e o espírito aguerrido penetra na trajetória dessa luta. Por exemplo, mencionamos a primeira representante federal indígena na história do Brasil, JOÊNIA WAPICHANA (2018)²⁷, primeira deputada indígena federal do país, e também vencedora do Prêmio de Direitos Humanos da ONU em 2018. Em seu discurso, ela enfatizou as seguintes questões:

[...] aqui nesse reconhecimento prêmio de direitos humanos, que vai reforçar que os direitos indígenas precisam ser colocados na mesa como prioridade, precisam ser implementados. Não só pelos povos de Roraima, mas também pelos povos indígenas do Brasil, que nós temos as mesmas demandas. Talvez na América Latina, talvez no planeta, há o mesmo sentimento que nós temos, a relação especial com a terra, o cuidado com a natureza, a preocupação com a geração futura, são valores que muitas vezes são esquecidos. Mas para nós ainda é bem presente. E que por isso que a gente existe hoje como os povos que tem diferenças simplesmente culturais. Nós não somos superiores e nem tão pouco inferiores. O que faz que a gente ser diferente é apenas a nossa cultura. A nossa cosmovisão do mundo. Para isso, a gente precisa se unir. Essa é a mensagem. (JOÊNIA WAPICHANA, 2018)

A educação indígena específica e diferenciada possui diversidade e patrimônio cultural em seu escopo, e é garantida pelos tratados normativos da CF / 88 e pela Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) 28, que garante os direitos dos povos indígenas à diversidade e ao pluralismo sob a proteção da lei. Nesse sentido, é muito importante considerar as informações e diretrizes de JOÊNIA WAPICHANA (2018), diante do exposto, a nova ordem constitucional garante que a responsabilidade pela promoção do desenvolvimento educacional, com base na proteção da cultura indígena, seja do Estado e da sociedade. A formação deve ser realizada de acordo com as metas constitucionais de educação elencadas no art. 205. Ao garantir os direitos básicos dos povos indígenas, protegeremos a natureza para as gerações futuras.

Na CF / 88, de acordo com o disposto no artigo 205.º, o direito à educação é elevado à categoria de direito público, prevalecendo, neste sentido, qualquer situação que o Estado

27 “O Brasil imagina que o indígena é uma questão só de pintura e vestimenta”B: Entrevista exclusiva com Joênia Wapichana, a primeira indígena a ser eleita deputada federal na história do Brasil. A ativista e advogada recebeu o Prêmio de Direitos Humanos 2018 na ONU.. **Home ONU News**, [S. l.], Disponível em [HTTPS://NEWS.UN.ORG/PT/INTERVIEW/2018/12/1652611](https://news.un.org/pt/interview/2018/12/1652611), 20 dez. 2018. Acesso em: 10 out. 2020.

28 BRASIL. Decreto nº. 5.051, de 19 de abr. de 2004. Promulga a Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível na íntegra em: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2004-2006/2004/DECRETO/D5051.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ATO2004-2006/2004/DECRETO/D5051.HTM) Acesso em: 22/08/2020



se recuse a implementar. Não só deve estar próximo aos povos indígenas, mas também deve ser dada atenção especial a eles. Portanto, utilizar a educação como meio de proporcionar às pessoas melhores oportunidades sociais, políticas e econômicas e garantir a qualidade de vida é um processo baseado no princípio da igualdade de capacidade para todas as pessoas. Diante dessa realidade, buscamos compreender nesta pesquisa: como o direito a uma educação indígena específica e diferenciada pode garantir que a educação atenda plenamente às necessidades e características dos povos indígenas do Brasil?

Partimos da hipótese de que a educação desempenha um papel fundamental na difusão e formação da cultura das sociedades, e que o direito à educação indígena específica e diferenciada visa garantir uma educação adequada às necessidades e características dos povos indígenas brasileiros para proteger e fortalecer suas culturas e tradições, é sem dúvida a melhor forma de construir uma base social favorável ao desenvolvimento humano, mantendo a igualdade social de acordo com as garantias constitucionais básicas. Sabe-se que, para qualquer tipo de problema ou desafio social, a educação costuma ser indicada como solução. Partindo deste pressuposto, entendemos que a educação desempenha um papel fundamental na promoção e formação da cultura das sociedades, pelo que é compreensível confiar-lhe a responsabilidade de manter e fortalecer as tradições e promover a mudança social necessária para os povos indígenas.

Portanto, o objetivo desta pesquisa é verificar se o direito dos indígenas à educação específica e diferenciada atende às necessidades educacionais e de proteção de sua cultura nacional. Esta pesquisa também busca propor reflexões sobre o direito dos indígenas à educação diferenciada, sem pretender ser uma teoria aprofundada do assunto, mas apenas chamar a atenção para esse tema em evolução e sua perceptibilidade.

Vale ressaltar que, tendo em vista que os povos indígenas se tornaram protagonistas das diversas disposições de seus direitos, este estudo tem grande relevância social, uma vez que essas mudanças jurídicas se devem em grande parte às demandas e pressões dos movimentos indígenas em desenvolvimento. É igualmente importante no Brasil nas últimas três décadas destacar que, segundo GRUPIONI (2002), a educação é uma ferramenta para tornar os direitos humanos uma realidade. Além de fazer parte desses direitos individuais, também devem ser entendidos como um meio para o exercício de outros direitos humanos básicos. Além disso, é uma ferramenta que pode ser utilizada para desenvolver a consciência crítica e a prática consciente de seus direitos.

Portanto, para desenvolver e obter os resultados desejados, optou-se por realizar pesquisas bibliográficas em métodos qualitativos, método descritivo, com base em leis, tratados normativos, relatórios, informações disponibilizadas em sites especializados e contribuições de alguns teóricos da área do direito e da educação indígena, tais como: MUNDURUKU (2012), SILVEIRA (2012); RIBEIRO (2015, 2017); BERGAMASI (2012); PIMENTEL (2012); GRUPIONI (2002), SOUZA FILHO (2018) etc. A tecnologia utilizada para a obtenção dos resultados está baseada na análise da legislação vigente e nos materiais de leitura e revisão bibliográfica dos autores citados e outros.

Para organizar e realizar esse trabalho, é necessário primeiro discutir o direito à educação e, em seguida, propor as principais disposições legais para garantir que a educação seja um direito humano básico. Enfatiza a importância da compreensão, especialmente em nível nacional, é necessário compreender e garantir que a legislação possa fornecer e melhorar para refletir a diferença entre a prática e a teoria normativa no que diz respeito ao direito dos povos indígenas à educação específica e diferenciada. Nesse sentido, é importante dar mais atenção à CF / 88, bem como às instruções da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN). 29.

Neste artigo serão desdobradas importantes reflexões sobre a análise dos direitos à educação especial e diferenciada no contexto do direito fundamental à educação indígena, pois é evidente que a educação intercultural, quando bem direcionada, é considerada um ferramenta para fortalecer o direito à educação em termos de acesso, sustentabilidade e diversidade de mudanças relacionadas à formação das identidades dos povos indígenas, e também pode ser vista como um meio de alcançar uma educação diversificada que atenda às necessidades e características especiais dos povos indígenas.

UM GIRO PELOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS À EDUCAÇÃO BÁSICA

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) é oficialmente a primeira legislação a reconhecer os povos indígenas como pessoas de múltiplas identidades e culturas e a conceder-lhes o direito dentre outros, à sua diversidade cultural. No entanto, se o texto constitucional parece bonito, essa beleza textual não se estende à viabilidade. Neste estudo, povos indígenas

29 BRASIL. Lei nº. 9.394, de 20 de dez. de 1996. Estabelece a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN). Brasília-DF, 1996. Disponível na íntegra em: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L9394.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm) Acesso em: 10/08/2020.



e especialistas destacaram como essas pessoas ainda lutam para obter seus direitos básicos e para proteger seu estilo de vida.

A jovem indígena SAMELA SATERÉ (2020) 30, que está no centro de uma loja de artesanato familiar, usa chapéu e acessórios feitos de sementes amazônicas por todo o corpo para sentir que não perdeu sua identidade étnica. Ela diz que os povos indígenas "só querem viver".

Os direitos indígenas expressos pela CF / 88 refletem esse sentimento de pertencimento, mas ao mesmo tempo se tornaram um sentimento de pânico. SATERÉ (2020) conhece bem essas lutas do dia a dia e a percepção da luta e da resistência, SATERÉ (2020) afirma que a sensação de estar perdendo a sua cultura indígena dói muito. Segue sua narrativa dizendo que essa sensação tem causado grandes prejuízos às populações indígenas. SATERÉ (2020) conclui dizendo que há um sentimento de que a cultura indígena está se perdendo e dói, dói tanto não poder falar a sua língua, dói tanto não estar no seu território, dói ainda mais os preconceitos de não ser capaz de usar adereços que simbolizem sua cultura sem o olhar preconceituoso do não-indígena, diz a jovem.

O jovem SATERÉ (2020) é natural de Andira-Marau, entre o Amazonas e o Pará, mas atualmente mora em Manaus, no distrito de Compensa. Apesar de estar em um ambiente urbano, SATERÉ (2020) ressaltou que isso não diminui sua condição de indígena e que os indígenas continuam sendo indígenas ao deixarem sua aldeia ou território. Ela disse que o motivo é muito simples. É porque a cidade só apareceu mais tarde (depois das aldeias indígenas). Além disso, assim como as pessoas ainda são brasileiras porque falam inglês em outro país, os indígenas continuam indígenas porque falam português sem estar em suas aldeias. (SAMELA SATERÉ, 2020).

No espírito dos índios do Brasil, o preconceito urbano é um problema, porque quando os indígenas se mudam para as cidades, eles só podem ter certeza que haverá preconceito, mas os leitores podem se perguntar: então por que os índios saem de suas aldeias? CLAYTON RODRIGUES (2020), antropólogo e aluno de doutorado da Universidade Federal da Amazônia (UFAM)³¹, explicou que a resposta é simples: envolve as mesmas questões dos direitos

30 SÉRIE AMAZÔNIA. Indígenas: vozes silenciadas e direitos esquecidos. Home: emtempo. Disponível na íntegra em: [HTTPS://D.EMTEMPO.COM.BR/AMAZONAS/223704/INDIGENAS-VOZES-SILENCIADAS-E-DIREITOS-ESQUECIDOS](https://d.emtempo.com.br/amazonas/223704/indigenas-vozes-silenciadas-e-direitos-esquecidos). Acesso em: 22/08/2020

31 SÉRIE AMAZÔNIA. Indígenas: vozes silenciadas e direitos esquecidos. Home: emtempo. Disponível na íntegra em: [HTTPS://D.EMTEMPO.COM.BR/AMAZONAS/223704/INDIGENAS-VOZES-SILENCIADAS-E-DIREITOS-ESQUECIDOS](https://d.emtempo.com.br/amazonas/223704/indigenas-vozes-silenciadas-e-direitos-esquecidos). Acesso em: 22/08/2020.



indígenas, o que significa que a proteção jurídica ainda estão limitadas ao processo. Há 16 anos o antropólogo lida com questões indígenas no meio urbano.

O antropólogo revisa a história da imigração indígena para as cidades e explica que quando os indígenas foram expulsos de suas terras, a única opção era mudar para um ambiente urbano, o que impactou em aldeias inteiras se tornarem em centros urbanos, como foi o caso em Manaus-AM. Ele também descreveu em detalhes as fronteiras históricas para explicar a origem da situação atual, e disse que as cidades brasileiras já foram terras indígenas e que quase todos os núcleos de centros urbanos começaram em povoados ou aldeias indígenas.

O antropólogo RODRIGUES (2020), explicou ainda, que mesmo após o CF / 88 reconhecer o direito dos povos indígenas como populações com diversidades. Algumas pessoas e segmentos sociais ainda acreditam que os povos tradicionais devem se adaptar e se converter aos costumes e tradições da sociedade envolvente à medida que passam a morar em centros urbanos. “Quando saímos do Brasil, ainda somos brasileiros. Por que eles deixariam de ser indígenas quando deixam suas aldeias?” Questiona RODRIGUES (2020),.

O antropólogo conclui falando sobre o modelo político e econômico nacional, que se caracteriza por uma tentativa de padronização. E embora os povos indígenas tenham direito à diversidade constitucional e que não possam ser "rotulados" e que essa "rotulagem" não deva obstruir o acesso aos direitos, na verdade não funciona bem assim. E ainda há quem acredite que os povos indígenas devem ser integrados à sociedade para ter acesso à saúde, educação e outros direitos, que devem ser mais como os não-indígenas, devem falar o português e compreender os códigos e mentalidade da sociedade envolvente.

Em busca do direito à permanência dos povos indígenas no universo da diversidade cultural em que se formam esses povos, uma vez que os povos indígenas brasileiros se dividem em diferentes etnias que se diferenciam na representação de culturas, línguas e organizações sociais e políticas específicas na luta pelo seu espaço, e, apesar das etnias possuírem muitas diversidades culturais entre si, as sociedade indígenas possuem um elemento em comum, que é o longo e difícil processo de adaptações econômicas, sociais e culturais realizadas em diferentes contextos históricos de resistência.

Nesse sentido, em 1973, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001)³² foi elaborado no Brasil como a principal norma dos povos indígenas, cujo objetivo principal era integrar todo indígena à sociedade majoritária. O Art. 1º da referida lei, afirma: “Esta lei rege a situação jurídica dos índios ou florestais e comunidades indígenas, com o objetivo de proteger sua cultura e integrá-los de forma gradual e harmoniosa.” Não é uma coincidência. Ao publicar este regulamento, os legisladores brasileiros pretenderam tratar as condições dos povos indígenas como de curta duração, de forma desrespeitosa e preconceituosa.

A CF/88 e a OIT constituem marco legal dos direitos indígenas. No passado, a tutela indígena baseava-se apenas no reconhecimento de sua existência. Agora foi expandido para proteger o direito de ser diferente e preservar sua identidade. No artigo 215 (1) 33, afirma que o Estado tem o dever de garantir o gozo pleno dos direitos culturais e de proteger a cultura dos povos indígenas e demais grupos envolvidos no processo civilizatório nacional. As disposições da OIT, vai na mesma direção porque reconhece as pessoas que têm esse desejo e reconhece seu direito de se tornar e permanecer indígena. Diante disso, em consonância com a CF/88 e a Convenção da OIT, o Brasil passou a adotar um modelo pluriétnico, segundo THIMOTIE ARAGON HEEMANN (2017, p.06)³⁴,

[...] não mais pautado em pretendidas homogeneidades, garantidas ora por uma perspectiva de assimilação, mediante a qual sub-repticiamente se instalam entre os diferentes grupos étnicos novos gostos e hábitos, corrompendo-os e levando-os a renegarem a si próprios ao eliminar o específico de sua identidade, ora submetendo-os forçadamente à invisibilidade (PEREIRA, 2016 apud HEEMAN, 2017).

Dessa feita, segundo o autor, o paradigma do integracionismo tornou-se obsoleto e passou a ser regido pelo paradigma do interculturalismo.

Devido ao papel fundamental desempenhado pela educação, não só na educação do indivíduo, mas em inúmeros aspectos da sua vida, o direito de acesso à educação está relacionado com a necessidade de acesso ao desenvolvimento humano e a possibilidade de uma

32LEI Nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L6001.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm). ACESSO EM 21/10/2019.. Acesso em 23/09/2020.

33 Art. 215 da CF. Home: Senado. Federal. Disponível na íntegra em: [HTTPS://WWW.SENADO.LEG.BR/ATIVIDADE/CONST/CON1988/CON1988_07.05.2020/ART_215_.ASP#:~:TEXT=215&TEXT=DA%20CULTURA-,ART.,A%20DIFUS%C3%A3O%20DAS%20MANIFESTA%C3%A7%C3%B5ES%20CULTURAIS](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2020/art_215_.asp#:~:text=215&text=da%20cultura-,art.,a%20difus%C3%A3o%20das%20manifesta%C3%A7%C3%B5es%20culturais). Acesso em 23/ Por uma releitura do direito dos povos indígenas: do integracionismo ao interculturalismo 09/2020. 34HEEMANN, Thimotie Aragon. Por uma releitura do direito dos povos indígenas: do integracionismo ao interculturalismo. Revista de Doutrina Jurídica. Disponível em: [HTTPS://REVISTAJURIDICA.TJDFT.JUS.BR/INDEX.PHP/RDJ/ARTICLE/VIEW/164](https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/164) Acesso em 12/10/2020.

vida mais digna, a sua concretização torna-se uma garantia fundamental: os direitos de e obrigações do Estado, da família e da sociedade garantidas pela CF/88.

Este tema tem desempenhado um papel importante na atualidade, e o direito à educação tem se desenvolvido em vários campos do conhecimento. Devido às suas limitações, os trabalhos bibliográficos nesta área vão se diversificando gradativamente. Neste estudo, CARLOS ROBERTO JAMIL CURY (2002), professor e membro da Comissão Científica do Instituto de Estudos Transdisciplinares Avançados da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), aponta que o direito à educação decorre do reconhecimento das pessoas de que o conhecimento sistemático não é apenas um patrimônio cultural importante. Como parte do patrimônio cultural, os cidadãos podem gerenciar os padrões de conhecimento e formação. Por meio desses padrões, eles podem participar mais do destino de sua sociedade e fornecer cooperação para a transformação da sociedade.

Nesse sentido, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), fazem manifestação em frente ao Supremo Tribunal Federal (STF) em 5 de outubro de 2017, data histórica de promulgação da nova CF/88, um divisor de água na história do nosso país, e reconhece os povos, no capítulo VIII, “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (Art. 231) manifesta por meio desta nota pública:

A Apib lamenta, porém, que após 32 anos da Carta Magna, as diversas garantias de direitos arrancadas com articulação e pressão social, incluindo as intensas mobilizações dos povos indígenas, estejam no atual momento político em franco retrocesso, sob a égide de um governo assumidamente autoritário, racista e anti-indígena, subserviente de interesses de corporações nacionais e internacionais, e que aproveitou-se da pandemia da Covid-19 para literalmente “passar a boiada”, atropelando ou suprimindo direitos de trabalhadores, as instituições e políticas públicas de saúde, educação, entre outras (estas, diferenciadas para os povos indígenas), bem como a reforma agrária e a demarcação e proteção, enfim, o respeito aos direitos territoriais, à organização social, à identidade e cultura, o usufruto exclusivo e a autonomia dos povos indígenas.(APIB,2017) 35

Desse ponto de vista, o conhecimento sistemático torna-se condição *sine qua non* para ampliar o horizonte desse conhecimento e estabelecer novos saberes. A educação também é uma jornada ampla que permite que as pessoas tenham a chave para a autoconstrução e

35 Nota da Apib – 32 anos de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas. Site do Conselho indígena missionário, Nota publicada em 05/10/2020. Disponível em: [HTTPS://CIMI.ORG.BR/2020/10/NOTA-DA-APIB-32-ANOS-DE-RECONHECIMENTO-DOS-DIREITOS-DOS-POVOS-INDIGENAS/#:~:TEXT=A%20ARTICULA%C3%A7%C3%A3O%20DOS%20POVOS%20IND%C3%ADGENAS,CREN%C3%A7AS%20E%20TRADI%C3%A7%C3%B5ES%2C%20E%20OS](https://cimi.org.br/2020/10/nota-da-apib-32-anos-de-reconhecimento-dos-direitos-dos-povos-indigenas/#:~:TEXT=A%20ARTICULA%C3%A7%C3%A3O%20DOS%20POVOS%20IND%C3%ADGENAS,CREN%C3%A7AS%20E%20TRADI%C3%A7%C3%B5ES%2C%20E%20OS) Acesso em 12/10/2020 às 15:30.

percebam que podem fazer uma escolha. Nessa perspectiva, o direito à educação é uma oportunidade para o cidadão se desenvolver, um caminho com diferentes oportunidades e a chave para aumentar a autoconfiança. (CURY, 2002, p. 260) 36

Conforme mencionado acima, dada a importância do processo educacional, o ordenamento jurídico brasileiro vem incorporando gradativamente suas principais disposições sobre direitos e obrigações na educação. Na CF/88, a educação é um direito social fundamental. Nesse sentido, emergem do artigo 205 da CF/88, que estipula que a educação é direito de todos e responsabilidade do Estado e da família. Com a cooperação da sociedade, a educação é incentivada com vistas a alcançar o desenvolvimento integral da educação e a sua preparação para o exercício da cidadania e sua capacidade para o trabalho.

Da mesma forma, Art. 206 da CF/88³⁷ também estabelece que o ensino deve obedecer aos seguintes princípios: igualdade de condições de admissão e frequência; aprendizagem gratuita, ensino, pesquisa e disseminação de ideias, artes e conhecimento; variedade de ideias e conceitos didáticos; coexistência de instituições de ensino público e privado; educação pública gratuita; reconhecimento aos professores das escolas garantido pela Lei do Plano de Carreira, somente por meio de concursos e avaliações é que eles podem ingressar na rede pública e governança democrática da educação pública de acordo com a lei.

As regulamentações acima mencionadas se destacam por apresentarem características básicas ao sintetizar as condições gerais e os deveres relacionados à educação, especialmente à escolaridade.

Porém, no que diz respeito à CF / 88, a educação nacional é regulamentada no Capítulo III, contemplando os artigos 205 a 214, e em especial o disposto no art. 210, parágrafo 2º, do mesmo documento, menciona a particularidade do direito à educação indígena. Contudo, como a CF / 88 não é exaustiva no tratamento das normas nacionais de educação. A LDBEN/96, leis e tratados internacionais tratam desse assunto de forma mais detalhada a fim de legitimar e consolidar sua finalidade.

36 CURY, Carlos Alberto J.. Direito à Educação: direito à igualdade, direito à diferença. Cadernos de Pesquisa, n. 116, p.260, 2002. Disponível em: [HTTP://WWW.SCIELO.BR/PDF/CP/N116/14405.PDF](http://www.scielo.br/pdf/CP/N116/14405.PDF) Acesso em: 01/09/2020.

37 Art. 206. Senado Federal. Disponível na íntegra em: [HTTPS://WWW.SENADO.LEG.BR/ATIVIDADE/CONST/CON1988/CON1988_18.02.2016/ART_206_ASP#:~:text=O%20ENSINO%20SER%C3%A1%20MINISTRADO%20COM,ACESSO%20E%20PERMAN%C3%AANCIA%20NA%20ESCOLA%3B&text=VIII%20%2D%20PISO%20SALARIAL%20PROFISSIONAL%20NACIONAL,NOS%20TERMOS%20DE%20LEI%20FEDERAL.:](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_18.02.2016/art_206.asp#:~:text=O%20ENSINO%20SER%C3%A1%20MINISTRADO%20COM,ACESSO%20E%20PERMAN%C3%AANCIA%20NA%20ESCOLA%3B&text=VIII%20%2D%20PISO%20SALARIAL%20PROFISSIONAL%20NACIONAL,NOS%20TERMOS%20DE%20LEI%20FEDERAL.) Acesso em: 10 out. 2020.

Da mesma forma, o art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) 38 prevê o direito à educação quando estabelece que “a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho”³⁹. Como parte deste princípio, fortalece as responsabilidades do país, da família, da comunidade e da sociedade como um todo. Neste caso, além de outras infrações, o Conselho Tutelar⁴⁰ também é responsável por fiscalizar o registro de menores e aconselhar sobre possíveis violações de seus direitos educacionais.

Com base na educação escolar, a LDBEN / 96 alcançou resultados pedagógicos importantes. No entanto, tem contribuído para a preservação da educação padrão e exclusiva de várias maneiras, em detrimento da educação democrática, e é de abrangência limitada, pois atende aos requisitos regulamentares apenas em alguns aspectos. Mas, embora careça de revisão, ainda é suficiente para concretizar o direito à educação dos povos indígenas de acordo com as disposições da lei. Porque para além da possibilidade de uso da língua materna nas escolas indígenas e de respeito aos próprios processos de aprendizagem da comunidade, a LDBEN/96 prevê a criação de programas voltados à educação escolar, uma abordagem bilíngue e intercultural para os povos indígenas, conforme definido no artigo 78 (Lei nº 9.394 / 96):

Art. 78. O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de educação escolar bilíngue e intercultural aos povos indígenas, [...] ⁴¹

Colocamos os referidos direitos entre os dez primeiros na legislação educacional, porque não só permite que as escolas não sejam transportadas da cidade para as aldeias, mas também proporciona uma escola gerida de forma autônoma como um espaço projetado de ensino para os povos indígenas, combinando as suas necessidades, desejos e especificidades.

38 BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de jul. de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília-DF, 1990. Disponível em:

[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L8069.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm) Acesso em: 22/09/2020.

39 VER NA INTEGRA ARTIGO 53 DA LEI Nº 8.069 DE 13 DE JULHO DE 1990. HOME JUSBRASIL. DISPONÍVEL EM <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10611702/artigo-53-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990>

ACESSO EM: 10/10/2020.

40 SOUZA, ISMAEL FRANCISCO DE (16 DE DEZEMBRO DE 2013). «Conselho tutelar: do processo de participação popular à efetivação dos direitos de crianças e adolescentes.». REVISTA JUS NAVIGANDI. DISPONÍVEL EM: <https://jus.com.br/artigos/26154/conselho-tutelar> . ACESSO EM: 23/08/2020.

41 VER NA INTEGRA INCISO I DO ARTIGO 78 DA LEI Nº 9.394 DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996. HOME JUSBRASIL. DISPONÍVEL EM: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11684006/inciso-i-do-artigo-78-da-lei-n-9394-de-20-de-dezembro-de-1996>. ACESSO EM: 10/10/2020.

O Plano Nacional de Educação é a peça central do artigo 214 da CF/8842, que regulamenta as políticas e diretrizes nacionais e regionais de educação. No seu Art. 2º é adotado as seguintes diretrizes: eliminação do analfabetismo; registro universal; restauração da igualdade educacional, com foco na promoção da cidadania e eliminação de todas as formas de discriminação; melhorar a qualidade da educação; educação e ação cívica, com foco na ética empresarial e nos valores morais; promover os princípios de democratização da gestão da educação pública; humanidades, ciência, cultura e tecnologia. Publicidade; determinar a utilização da educação em recursos públicos como porcentagem do PIB para garantir padrões de qualidade e igualdade; avaliar profissionais da educação; promover o respeito pelos direitos humanos, a diversidade e os princípios de sustentabilidade social e ambiental.

O Congresso Nacional aprovou em 2016, o chamado “Teto dos Gastos Públicos” (PEC 55/2016) 43, onde a despesa pública deve estar em linha com a taxa de inflação do ano anterior. Com o anúncio da PEC, a nova lei passou a ser a 95ª alteração à CF / 88. De acordo com a avaliação da despesa pública, esta alteração terá um impacto direto e, portanto, significativo no investimento em educação nos próximos 20 anos. A questão básica é se as escolas podem funcionar normalmente e se têm as condições necessárias para o seu efetivo funcionamento, pois antes mesmo da entrada em vigor da nova lei, as condições de ensino já eram raras. Diante do exposto e das precárias condições estruturais das escolas, da falta de alimentação escolar, da falta de recursos pedagógicos e dos baixos salários dos professores, faltam políticas públicas de educação que promovam avanços efetivos nessa área.

Porém, apesar da atual conjuntura política brasileira, ainda se espera que a educação passe a ser um compromisso e uma prioridade global, e que continue a participar da formulação de convenções e tratados internacionais, pois o objetivo desses tratados internacionais é a promoção da qualidade na educação. Os direitos são válidos. Nesse sentido, o direito internacional será tratado por meio dos dois instrumentos jurídicos mais importantes

42 Art. 214. Senado Federal. Disponível na íntegra em [HTTPS://WWW.SENADO.LEG.BR/ATIVIDADE/CONST/CON1988/CON1988_05.10.1988/ART_214_.ASP](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_05.10.1988/art_214_.asp). Acesso em: 12 out. 2020.

43 PEC 55 É APROVADA NO SENADO EM 2º TURNO. TEXTO DEVERÁ SER PROMULGADO EM SESSÃO SOLENE DO CONGRESSO NACIONAL NO PRÓXIMO DIA 15/12/2017. DISPONÍVEL EM: <https://cnseg.org.br/noticias/pec-55-e-aprovada-no-senado-em-2-turno.html>. ACESSO EM 21/09/2020.

relacionados com o assunto: a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁴. e a Declaração Universal da Educação para Todos⁴⁵.

Portanto, a julgar por todo o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pode-se demonstrar que, embora tenha havido um progresso significativo na proteção dos direitos internacionais fundamentais relacionados com a dignidade humana o documento não especifica de forma objetiva. A Declaração Universal dos Direitos Humanos recomenda a disseminação do conhecimento sobre “direitos humanos” por meio da “educação escolar”. Portanto, conforme sugere o artigo 26 do documento discutido, a educação é tratada como uma espécie de objetivo do pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo e do fortalecimento de suas habilidades, bem como do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. No entanto, as disposições sobre educação contidas na “Declaração Universal dos Direitos Humanos” são apenas definidas como atos puramente administrativos, ou seja, apenas um “tutorial”.

A fim de preencher a lacuna deixada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos na educação global, aliviar as dificuldades enfrentadas por todas as partes do mundo e acompanhar os novos requisitos para o progresso tecnológico, a "Declaração Universal de Educação para Todos" de 1990, assinalou que a educação não é uma condição suficiente, mas um princípio básico do desenvolvimento humano e social, porque é necessário reconhecer que os conhecimentos tradicionais e o patrimônio cultural são essenciais para proteger e fortalecer a identidade das diferentes nações. Portanto, é necessário atingir um nível mais elevado de desenvolvimento independente e reconhecer a necessidade de proporcionar às gerações presentes e futuras uma perspectiva global da educação formal e um novo compromisso com a educação para enfrentar os grandes desafios.

É necessário definir os objetivos e compromissos assumidos pelos signatários desta Declaração em escala global para definir os objetivos e responsabilidades assumidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos para o exercício do direito à educação. Nesse sentido, este estudo enfoca a relação intrínseca entre desenvolvimento humano e educação. Portanto, mais de 40 anos após a adoção da Declaração, as pessoas acreditam que é muito importante que a educação global tenha um progresso real e positivo não apenas nos setores A

44 ONU, Declaração Universal de Direitos Humanos. Paris, 1948. Disponível em: [HTTP://WWW.ONU.ORG.BR/IMG/2014/09/DUDH.PDF](http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.PDF) Acesso em: 26/08/2020.

45 UNESCO, Declaração Universal sobre Educação para Todos. Jomtiem, 1990. Disponível em: [HTTP://UNESDOC.UNESCO.ORG/IMAGES/0008/000862/086291POR.PDF](http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000862/086291POR.PDF) Acesso em: 26/08/2020

e B, mas também em todas as nações e países. Garantindo uma vida digna, inclusiva e exequível.

A ativista CHEINE ARAÚJO (2020) 46, descendente dos povos indígenas e atual candidata a vereador da cidade de Manaus-AM, disse que para efetivar os direitos dos povos indígenas sob a CF / 88 é necessário buscar soluções que pode melhorar a vida dos povos indígenas, o que significa unificar e fortalecer a posição das comunidades e da sociedade civil. Além disso, destaca a necessidade de elaborar projetos de lei a serem submetidos ao legislador para proteger o patrimônio cultural dos povos indígenas e ampliar e fortalecer seus direitos

A EDUCAÇÃO INDÍGENA ESPECÍFICA E DIFERENCIADA: UMA JORNADA CONTÍNUA

Agora, vamos falar sobre os direitos dos povos indígenas à educação específica e diferenciada. Desde o retorno da democracia ao Brasil, o assunto vem sendo discutido e agora é regido pela Lei nº 11.645, de 2018, que classifica o ensino da cultura indígena nas escolas brasileiras como disciplina obrigatória:

Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena” 47.

No entanto, a lei ainda restringe vários fatores, incluindo a falta de treinamento nas universidades e escolas brasileiras, e o governo, gestores e professores ainda não estão totalmente preparados para implementar efetivamente a proteção dos direitos à educação específica e diferenciada em ambientes educacionais. Além disso, o principal problema não é a preparação insuficiente, mas sim a resistência em buscar o desenvolvimento profissional e a formação prevista em lei. Parece errado não entender suas próprias histórias, aprender histórias de outras pessoas, ir à escola e ensinar em outro idioma e citar exemplos que não são apropriados para sua vida. No entanto, muitas crianças e jovens indígenas são educados dessa forma. Essa é uma realidade nas escolas brasileiras ao longo dos anos, basta olhar os currículos ministrados e veremos que, embora o livro conte a história do Brasil, mesmo após a aprovação

46 POVOS INDÍGENAS RELATAM DIFICULDADE DE MORADIA E EMPREGABILIDADE NO AM. HOME: EMTEMPO. DISPONÍVEL NA ÍNTEGRA EM: <https://d.emtempo.com.br/amazonas/223667/povos-indigenas-relatam-dificuldade-de-moradia-e-empregabilidade-no-am> . PUBLICADO EM: 09 DE OUTUBRO DE 2020. ACESSO EM: 26/08/2020.

47 Brasil. LEI Nº 11.645, DE 10 MARÇO DE 2018. Disponível em: HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2007-2010/2008/LEI/L11645.HTM . Home: Planalto. Publicado em 10/03/2008. Acesso em 03/05/2020.

da Lei 1.645 em 2018, a educação formal no Brasil é predominantemente eurocêntrica. Não se trata aqui de excluir os conteúdos sobre os europeus dos livros, como alguns indivíduos contrários à lei vêm falando de forma equivocada. O professor pode e deve trabalhar a educação indígena sem deixar de lado gregos, romanos ou mesmo a Europa medieval. O que está ocorrendo, na verdade, é abrir o leque para conhecimentos que vão além do que aconteceu no continente europeu. GRUPIONI (1996-2000). 48

Os livros didáticos são uma parte importante do processo de ensino da educação indígena, pois costuma ser uma ajuda importante para professores e alunos. GRUPIONI (1996-2000), disse que embora ainda seja imperfeito, com o tempo os livros didáticos de educação indígena melhoraram muito, mas ainda há muito espaço para melhorias.

À frente da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) desde 2019, MARCELO AUGUSTO XAVIER (2020)⁴⁹ disse, em entrevista ao programa Brasil em Pauta, da TV Brasil, que o número de pedidos de acesso a cursos de ensino médio e ensino superior saltou 500% nos últimos anos. Segundo o presidente da FUNAI, os indígenas buscam formação fora das aldeias para retornarem como líderes e compartilhadores de conhecimento, o que possibilita perspectivas de desenvolvimento e avanço para os povos indígenas. Xavier informou ainda que, o órgão se prepara para anunciar um concurso público com cotas para indígenas. Segundo o presidente, a FUNAI aguarda apenas a autorização de viabilidade do Ministério da Economia para iniciar o processo de seleção de novos funcionários.

Segundo XAVIER (2020), o objetivo é utilizar os conhecimentos tradicionais para aproximar o estado dessa população que requer atenção especial do governo, afirma a FUNAI está em busca do diálogo com diversos setores da sociedade. O presidente da FUNAI continua sua declaração dizendo que o indígena buscar melhores condições de vida não significa a perda da sua identidade étnica; que os povos indígenas continuam indígenas apesar de buscarem melhores condições de vida. XAVIER (2020), explicou ainda que sua liderança à frente da FUNAI não visa privar as pessoas de escolhas e oportunidades, mas sim orientá-las na direção

48A EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA NO BRASIL. POR LUÍS DONISETE BENZI GRUPIONI. ADAPTAÇÃO DE TEXTO ORIGINALMENTE PUBLICADO NO LIVRO POVOS INDÍGENAS NO BRASIL 1996/2000 - ISA. HOME: POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. DISPONÍVEL EM: https://pib.socioambiental.org/pt/A_educac%C3%A7%C3%A3o_escolar_ind%C3%ADgena_no_Brasil. ACESSO EM: 21/09/2020

49 PEDIDOS DE EDUCAÇÃO INDÍGENA AUMENTARAM 500% AFIRMA FUNAI. HOME: AGÊNCIA BRASIL. PUBLICADO EM 27/09/2020. POR AGÊNCIA BRASIL – BRASÍLIA. DISPONÍVEL EM: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-09/pedidos-de-educacao-indigena-aumentaram-500-afirma-funai>. ACESSO EM 30/09/2020

mais segura para fazer escolhas. Por fim, afirma que o indígena deve dizer o que quer e o que não quer. Eles devem e podem fazer suas próprias escolhas.

Retornando a questão do material didático, esse é um problema enfrentado por muitos grupos indígenas, se hoje 50,5% das escolas possuem livros didáticos especiais, em 2013 esse percentual era maior e chegava a 56,7%. No entanto, em 2014, a percentagem de escolas que utilizam este material diminuiu -50,6%. O linguista JOAQUIM MANA HUNIKUIN (2016),⁵⁰ nasceu na aldeia Praia do Carapanã, no Acre, e atualmente trabalha como técnico no Ministério da Educação de Rio Branco. Ele afirma que na região amazônica, as crianças não conhecem elefante e girafa, mas mesmo não entendendo a lógica desses personagens, elas são submetidas a uma contextualização sem significado, porque a ideia é aprender a ler e escrever a língua portuguesa. O linguista afirma que a aldeia é influenciada pelo influxo de livros que não correspondem à situação real dos povos indígenas. Alguns livros vêm de fora, com imagens desconhecidas. HUNIKUIN (2016), afirma do interesse em produzir livros didáticos para a educação dos indígenas, mas o ambiente econômico é desfavorável e não há recursos para a produção desses livros.

Outro ponto importante é a formação de professores, pois só usar material didático não adianta. Os professores devem receber treinamento suficiente para usar esses materiais. As escolas indígenas podem ter muitos materiais didáticos específicos e diferenciados, mas se não houver formação ao professor ou se o professor não souber o que fazer, é inútil ter materiais que não serão utilizados, afirma a Coordenadora do Laboratório de Língua Indígena da Universidade de Brasília (UnB), ANA SUELLY ARRUDA CÂMARA CABRAL (2016).⁵¹

De acordo com o Censo Escolar de 2015 do Ministério da Educação (MEC), pouco mais da metade das escolas indígenas (53,5%) possuem material educacional especial para etnias indígenas. A educação indígena enfrenta os mesmos desafios da educação básica, que é maximizada pela natureza da diversidade do processo de educação indígena. Segundo dados do projeto Todos Pela Educação.

50 PEDIDOS DE EDUCAÇÃO INDÍGENA AUMENTARAM 500% AFIRMA FUNAI. HOME: AGÊNCIA BRASIL. PUBLICADO EM 27/09/2020. POR AGÊNCIA BRASIL – BRASÍLIA. DISPONÍVEL EM: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-09/pedidos-de-educacao-indigena-aumentaram-500-afirma-funai>. ACESSO EM 30/09/2020.

51 QUASE METADE DAS ESCOLAS INDÍGENAS NÃO TEM MATERIAL DIDÁTICO ESPECÍFICO. HOME: EMTEMPO. PUBLICADO EM 27/04/2016 - 07:03 POR MARIANA TOKARNIA. DISPONÍVEL NA ÍNTEGRA EM: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2016-04/quase-metade-das-escolas-indigenas-nao-tem-material-didatico-especifico> . ACESSO EM: 26/08/2020

Essa participação efetiva no processo da educação indígena diferenciada no processo de ensino da escola desempenha fundamentalmente um papel necessário na definição de objetivos, conteúdos didáticos e paradidáticos e metodológico para a efetivação de uma educação específica e diferenciada (RCNEI, 1998, p. 24) 52.

Dessa forma, a cultura brasileira se manifesta como um caldeirão de diferentes misturas étnicas: como indígenas, europeus e africanos e as salas de aula devem estar preparadas para administrar essa realidade. O despreparo ainda é natural, pois mesmo em universidades que formam novos professores indígenas ou oferecem formação para professores já formados, as regras obrigatórias e o debate sobre a importância do material didático no processo de formação ainda são recentes. No entanto, é preciso discutir e preparar professores para trazerem novos conhecimentos adaptados à realidade de cada etnia, pois é importante que conheçamos e protejamos nossa estrutura histórica e cultural.

Nessas circunstâncias, a educação escolar indígena se desenvolve até que o direito à educação diferenciada seja legalmente estabelecido, ou seja, no que diz respeito às características dos povos indígenas e a oferta de uma educação escolar adaptada aos seus próprios processos de aprendizagem, torna-se garantia e instrumento de direitos humanos. Assim, o direito à igualdade é considerado a primeira e mais valiosa consequência da educação intercultural.

De acordo com art. 2º da Convenção da OIT, cabe às comunidades indígenas decidir quem é indígena ou não, esse privilégio garante sua segurança, pois ninguém conhece melhor pessoas que pensam como elas do que membros de uma comunidade tradicional enraizada em sua cultura. Para implementar as questões cobertas pela CF/88, é necessário que Estados e União se fortaleçam para proteger os interesses das partes mais vulneráveis.

Nesse sentido, DANIEL SARMENTO (2013) afirma que:

Na verdade, a visão de igualdade que transparece na Constituição demanda um Estado ativista, voltado para a defesa dos interesses das pessoas e grupos vulneráveis. Isto obriga os poderes públicos a levarem em consideração os desníveis sociais existentes, [...]. E esta desigualdade, que o Estado tem que enfrentar se quiser levar a sério o projeto constitucional de construção de uma sociedade justa, solidária e sem preconceitos, possui um inequívoco componente racial. (SARMENTO, 2013, p.211)

52 BRASIL. Referencial Curricular Nacional para as Escolas Indígenas. Ministério da Educação e do Desporto. Brasília, 1998b. Disponível em: [HTTP://WWW.DOMINIOPUBLICO.GOV.BR/DOWNLOAD/TEXT0/ME002078.PDF](http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ME002078.pdf) Acesso em: 30/08/2020.



Portanto, considerando todas as adversidades vividas pelos povos indígenas na resistência implacável do passado, é compreensível que seja necessário se libertar das influências da sociedade envolvente e, então, perpetuar seu processo cultural sob a proteção da diversidade. Portanto, como parte da educação indígena, além da efetiva implementação das obrigações legais quanto à educação bilíngue, intercultural, específica e diferenciada, os ideais da educação democrática e autônoma também devem ser implementados de forma que os alunos estejam preparados para atuar em conformidade com os requisitos externos do mundo moderno.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse sentido, acreditamos que este trabalho propõe algumas reflexões no contexto dos direitos fundamentais da educação indígena, e acreditamos que isso é essencial para o direito à educação específica e diferenciada sob o pálio da diversidade. O desenvolvimento social atende aos requisitos das garantias constitucionais básicas e preserva a igualdade social. Como todos sabemos, para qualquer tipo de problema ou desafio social, a educação costuma ser usada como solução. O fato é que a educação desempenha um papel fundamental na difusão e formação da cultura social, neste sentido, a educação também deve ser responsável por mudar a educação dos povos indígenas, mantendo e fortalecendo as tradições e promovendo as mudanças sociais necessárias.

Portanto, considerando a fundamentação teórica e os resultados da pesquisa, é possível verificar que o direito à educação especial e diferenciada por si só não pode ser utilizado como meio para solucionar todos os problemas da educação indígena. Como disse GRUPIONI (2002), a educação é uma ferramenta para tornar os direitos humanos uma realidade. Além de fazer parte desses direitos individuais, também devem ser entendidos como um meio para o exercício de outros direitos humanos básicos. Além disso, é uma ferramenta que pode ser utilizada para desenvolver a consciência crítica e a prática consciente de seus direitos.

Entretanto, assume com propriedade, uma jornada que se une aos objetivos legislativos e se articula com outras medidas para encontrar meios para garantir a proteção às suas diferenças culturais e ao seu patrimônio histórico.

Nesse sentido, verifica-se que a resposta a dúvida apresentada neste estudo foi encontrada, porém, para que o direito à educação diferenciada se torne em uma forma de garantir a educação, que atenda às necessidades e particularidades dos povos indígenas no Brasil, os estudos mostram que é necessário e imprescindível:

- compreender o papel da educação como um direito humano fundamental quando, quase sempre, é usada para superar os problemas sociais. Desta feita, deve-se destacar que esta visão educacional garante a igualdade de oportunidades, sustentabilidade e qualidade do processo educacional e do desenvolvimento formal definido pelo direito internacional e tratados que subsidiam os direitos inalienáveis dos povos indígenas.
- uma educação que não apenas se reconheça como compartilhada, mas preze pela proximidade e reciprocidade com as famílias e toda a comunidade, porque exercita a escuta atenta e a construção das partes envolvidas em uma parceria da escola com a coletividade, porque incentiva que os mais novos aprendam com os mais velhos e porque respeita o território e suas gentes e os valores de suas gentes. Uma educação que é, por essência, diferenciada e específica porque se faz com e para quem pertence aos processos educativos.
- sensibilizar as pessoas para a possibilidade de tomar o direito à educação diferenciada como garantia básica e efetiva, pois implica numa força transformadora relacionada com o direito fundamental à educação indígena.
- Discutir e preparar professores para trazerem novos conhecimentos adaptados à realidade de cada etnia, pois é importante que conheçamos e protejamos nossa estrutura histórica e cultural.

A análise dos principais atributos e práticas de uma educação específica e diferenciada, permitiu imaginar uma proposta de educação em que os próprios processos de aprendizagem sejam priorizados, valorizando o patrimônio cultural e os saberes locais incluindo o interculturalismo e o bilinguismo como base dos processos educacionais dos povos indígenas.

Finalmente, após a realização da pesquisa, entendemos que embora muitos obstáculos afetem o direito à educação especial e diversificada, é possível (e necessário) que os povos indígenas adquiram conhecimentos para serem mais autônomos. O diferencial na promoção da formação intercultural é adaptar-se às condições propostas e alcançar os melhores resultados, primando constantemente pelo direito estatutário à educação diversificada. Além disso, após a implementação bem-sucedida da maioria das leis e tratados que tornam a educação indígena mais inclusiva, é preciso persistência na luta para promover uma educação indígena específica e diferenciada no contexto de grandes mudanças globais e, conseqüentemente, promover a educação no contexto da diversidade é algo desejável, esperado e necessário aos povos indígenas para garantir a salvaguarda da sua identidade étnica.

REFERÊNCIAS

BERGAMASCHI, Maria Aparecida (org.). **Povos indígenas e educação**. 2. ed. Porto Alegre: Mediação, 2012. 200 p. ISBN 978-85-7706-030-6.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. “**No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é**”. Revista Eletrônica Povos Indígenas no Brasil. Agosto, 2006.

Disponível em: HTTPS://PIB.SOCIOAMBIENTAL.ORG/FILES/FILE/PIB_INSTITUCIONAL/NO_BRASIL_TODO_MUNDO_%C3%A9_%C3%ADNDIO.PDF. Acesso em: 21 jan. de 2020.

CURY, Carlos Alberto J. Direito à Educação: direito à igualdade, direito à diferença. Cadernos de Pesquisa, n. 116, 2002. Disponível em: <HTTP://WWW.SCIELO.BR/PDF/CP/N116/14405.PDF> Acesso em: 01/09/2020.

GRUPIONI, Luis donisete benzi. **As leis e a educação escolar indígena: programa parâmetros em ação de educação indígena**. 1. ed. Brasília: MEC, 2001. 72 p.

MARFAN, Maria Almeida. **Congresso brasileiro na qualidade da educação: formação de professores: Educação Escolar Indígena**. 1. ed. Brasília: MEC, 2002. 204 p. v. 4.

MOREL, Cristina Massadar. **Almanaque Histórico. Rondon: a construção do Brasil e a causa indígena**. Brasília: Abravídeo, 2009.

MUNDURUKU, Daniel. **O caráter educativo do movimento indígena brasileiro (1970 - 1990)**. São Paulo: Paulinas, 2012.

PIMENTEL, Spency. **O índio que mora na nossa cabeça: sobre as dificuldades para entendermos povos indígenas**. São Paulo: Prumo, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática de Justiça**. São Paulo: Cortez, 2011.

RIBEIRO, Darcy. **O POVO brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 3. ed. São paulo: Global, 2015. ISBN 978-85-260-2225-6.

. **OS ÍNDIOS e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. 7. ed. São paulo: Global, 2017. ISBN 978-58-260-2366-6.

SARMENTO, Daniel “A igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa, in CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2º Edição. Bahia: Editora Juspodivm. 2007. p. 211.

SILVEIRA, Edson D. da; SILVEIRA, Stela A. D. da. **Direito fundamental a educação indígena**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012. 104 p.

CAPÍTULO 21

RACISMO, SISTEMA PENAL E CRIMINOLOGIA CRÍTICA: ALGUNS APONTAMENTOS

Karla de Paula Carvalho, Psicóloga, Universidade Federal de São João del Rei, Atua no Núcleo Ampliado de Saúde da Família/NASF-AB, vinculada a Secretária de Saúde, no município de Chapada do Norte, MG

José Rodrigues de Alvarenga Filho, Doutor em Psicologia, Universidade Federal Fluminense, Professor Adjunto do Departamento de Psicologia da Universidade Federal de São João del Rei

RESUMO

Nosso ensaio tem por alvo levantar algumas interrogações a respeito do sistema penal brasileiro e o seu caráter racista. Para tanto, lançamos mão de contribuições tanto da criminologia crítica brasileira quanto de autores da perspectiva decolonial. Em termos metodológicos, a pesquisa que deu origem a este ensaio fez uso de estratégias como a pesquisa bibliográfica e a revisão de literatura. A criminologia atualmente é atravessada pela discussão sobre seus pressupostos epistemológicos e suas implicações teóricas e práticas no campo jurídico nacional. No decorrer do trabalho ficou claro que a criminologia crítica brasileira, apesar do questionamento da seletividade do sistema penal, não aprofunda a discussão sobre o caráter racista do mesmo. A guisa de conclusão, apontamos para a potência da perspectiva decolonial e para a urgência de termos a presença de negros em espaços de formulação política e teórica com o alvo de romper as epistemologias hegemônicas e construir narrativas marginais.

Palavras-chave: criminologia, seletividade penal, prisões brasileiras, decolonialidade.

INTRODUÇÃO

A criminalização dos modos de vida da população preta é uma das principais marcas da sociedade e do sistema penal brasileiro. O racismo estrutural está presente em diferentes instituições e, cotidianamente, é naturalizado através da produção de subjetividades e corpos submissos à lógica neoliberal. Como aponta Flauzina (2006), o sistema penal brasileiro é um dispositivo de controle, contenção e genocídio da população preta.” Segundo Nascimento (1977), uma estratégia de genocídio seria o embranquecimento cultural. A classe dominante branca detém o monopólio de diferentes mídias e estas, historicamente, tem sido utilizadas na produção do silenciamento e da cooptação das vozes e dos modos de expressão negros.

Neste sentido, o medo se configura como projeto genocida estético, consolidado pelos parâmetros da pureza e da limpeza social, no qual, o racismo passa a se constituir como fundamental para a captura dos indivíduos pelo sistema. O negro tem sua imagem construída



como uma caricatura do mal, do desviante, do criminoso em potencial e um alvo a ser utilizado subalternamente, controlado ou eliminado.

O Sistema Penal é um projeto de controle social punitivo institucionalizado que atua com ocorrências (e com suspeitas de ocorrências) de delitos e execução de penas (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2011). Nilo Batista (2007), diz de uma falsa operacionalidade do sistema penal, e que ele se baseia em três características: a seletividade qualitativa, a repressão e a estigmatização. O sistema penal preocupa-se mais com o controle e a perseguição de determinados indivíduos do que com delitos. Tendo suas ações com foco em pessoas e não contra delitos criminosos.

Ademais, na atualidade, a perspectiva bélica de guerra às drogas, importada dos Estados Unidos, tem sido um fator ímpar na sinistra potencialização do genocídio do povo negro. Em nome da suposta defesa da sociedade, da manutenção de duvidosa e excludente ordem social, um contingente de milhares de negros é encarcerado e/ou exterminado através das forças repressivas do Estado. A criminalização das drogas na América pode ser considerada uma estratégia narcogenocida, porque tem em sua pauta uma política permanente de genocídio e a violação de direitos dos usuários e direitos humanos mostrando-se evidente a estratégia de controle de grupos sociais e uma criminalização da pobreza, tendo um recorte de raça e classe (FLAUZINA, 2006).

Encontra-se hoje no Brasil uma grande dificuldade ao tratar o tema racismo. A população preta sofre racismo diariamente pelas mãos do Estado e da população em geral, mas ninguém se declara racista, mais uma vez a conta não fecha. Isso se deve ao mito da democracia racial. Respalda por ela, o país deixa de ser racista, e o que fica é o mito da harmonia entre as três raças, como descrito por Gilberto Freyre em “Casa Grande e Senzala”, no documentário do Darcy Ribeiro “O Povo Brasileiro” e em “O Guarani” por José de Alencar.

Negar que o que ocorre com a população preta e pobre na América e principalmente no Brasil é um genocídio é uma estratégia de manutenção do poder. Como cita Flauzina (2006, p. 13), “o racismo foi o amparo ideológico em que o Estado se apoiou e se apoia para fazer viável nos termos de um pacto social racionalmente fundamentado, do qual as elites nunca abriram mão.” O apagamento dos vestígios do conflito de raças foi uma das estratégias das elites. Definir o que ocorre no Brasil hoje como uma luta de classe, foi extremamente importante para que o mito da democracia racial se configure.

RACISMO E CRIMINOLOGIA

A criminologia nasce como ciência com a escola positivista Italiana na década de 1870. As teorias criminológicas tradicionais, em especial a positivista, utilizam-se da perspectiva etiológica para estudar o fenômeno criminal, vinculada a teorias da raça e teorias da criminalidade. A raça era concebida como determinante para que um indivíduo cometesse uma infração. Criminólogos positivistas defendiam que negros e povos indígenas tivessem um olhar diferencial na criminologia pelo argumento da inferioridade racial em relação a outros grupos. Na década de 1960 houve uma revolução paradigmática, a transformação do paradigma etiológico do crime para o paradigma da reação social, resultando na ruptura das teorias tradicionais e o surgimento de novas teorias criminológicas (RIBEIRO, 2010).

São várias as teorias críticas que, apesar de apresentarem premissas em comum como o compromisso da transformação social, não apresentam um pensamento homogêneo. Inaugurada a partir da década de 1970, a criminologia crítica brasileira concentra-se em investigar a seletividade do sistema de justiça criminal, o apontamento das clivagens econômicas na persecução criminal e a denúncia do caráter punitivista do sistema de justiça. A criminologia crítica no Brasil organizou-se com base no “criticismo”, isto é, na crítica radicalmente estabelecida na denúncia da deslegitimidade do sistema penal; da denúncia sistemática da dimensão seletiva do sistema penal. Trata-se de uma proposta radical, na qual deve se realizar uma descida às raízes de modo superar a criminologia tradicional e apontar para uma necessidade de construir uma política criminal alternativa (MARTINS, 2014). De acordo com Martins (2014), Alessandro Barata se consolidou como um símbolo do pensamento crítico da criminologia na vertente europeia, tendo suas influências no Brasil e na América Latina. Na América Latina, a criminologia crítica caracterizou-se como uma denúncia materialista da injustiça social como resultado do sistema capitalista, sendo o sistema penal e o encarceramento apontados como consequência da estrutura econômica. Este quadro de produções possibilitou uma formulação teórica, que, ao lado de desnudar a fragilidade e o cinismo do discurso penal moderno, também colaborou para a denúncia sobre as violações de direitos humanos; às condições desumanas de encarceramento no Brasil; o caráter de extermínio largamente verificado na concepção e no funcionamento das forças policiais.

O racismo, assim como o projeto genocida, está nas bases de sustentação do processo histórico latino-americano. No Brasil, a seleção do sistema penal tem cor. Com raízes escravocratas construiu-se o estereótipo do negro criminoso. É uma constatação fática, corroborada por estatísticas, de que a população negra é mais atingida pela esfera de atuação



do sistema punitivo. Compreender as dimensões próprias da seletividade do sistema penal brasileiro pressupõe a compreensão da construção dos estereótipos de criminosos no contexto nacional, sua dimensão racial, bem como a forma de funcionamento e atuação das agências executivas (COSTA, 2016).

O colonialismo coloca em evidência as diferenças entre colonizado e colonizador, criando-se uma alusão de que são definitivas. Isto é, produzindo uma suposta essência de colonizado; a ideia da subalternidade por conta dos traços biológicos, culturais, geográficos e históricos. Aqueles que se encaixam nesses padrões devem ser controlados, reprimidos e-ou exterminados (pobres, negros e favelados), pois são eles o problema. O racismo resume a relação entre colonizado e colonizador. A força discursiva sempre beneficia o colonizador, a promessa de desenvolvimento da nação, por meio da ideologia imperialista, cria um patriotismo sobre a cidade. O patriotismo ilustra a patologia social do branco ao re (inventar) o negro como um problema, associam o caos à sua imagem (MEMMI, 2007).

O genocídio do povo negro tem nas políticas de insegurança públicas e privadas, os principais responsáveis da morte de jovens negros. As práticas racistas nos aparatos de insegurança decidem quem deve viver e quem deve deixar morrer (FOUCAULT, 2005). Criam tensões nos espaços urbanos, colocam muros ao redor das casas, câmeras de vigilância em espaços públicos, difundem estereótipos sobre determinado território e população.

O advento do liberalismo, o temor das elites com relação à população negra, “o medo branco da onda negra” como diria Azevedo (1987), faz intensificar o estado policial. A perpetuação e o aprimoramento das práticas policiais e vigilantes adentraram o século XX e ganharam um aliado no campo das ideias. Se desenvolve juntamente com a criminologia positivista a construção autointitulado de ciência da noção de “raça” aplicável à espécie humana (SOUZA, 2016).

Para Benjamin (1989) a realidade do pós-colonialismo é o embranquecimento, uma marca do período escravocrata que tem sua permanência um ataque contínuo às possibilidades e as potências da diáspora africana no país. Benjamin, introduz o conceito de “cidade negra” para pensar as zonas de racialização, controle social, da violência policial e segregação. O racismo mostra a sua primeira face na disputa pela cidade e pelo que é o urbano, tendo o sistema penal como dispositivo central na estratégia de construção de uma urbanidade branca e moderna à imagem da Europa. Para ser efetivado cria-se uma geografia de necropoder para o uso e apropriação dos espaços na busca por segurança (DUARTE, 2016).

NECROPOLÍTICA E VIOLÊNCIA POLICIAL

Mbembe (2011) cunha o termo necropolítica, elabora e conceitua a relação entre poder e a morte. Coloca no centro da reflexão política as formas pelas quais, o poder político se apropria da morte como um objeto de gestão. Deste modo, o poder não só nos limita dizendo como devemos viver, mas decide como devemos morrer, quem deve morrer e o que deve acontecer com esse corpo. Na América Latina, a necropolítica se apresenta com dispositivos de gestão da vida mais complexos como o racismo e o neoliberalismo. No Brasil, as forças de segurança são responsáveis pela gestão violenta e mortífera das populações como nas periferias. A gestão necropolítica do Estado além de fazer morrer e produzir mortes, gera condições mortíferas por meio de controle; faz com que determinadas regiões fiquem submetidas permanentemente a um controle das condições necessárias à sobrevivência mínima, marcada por um risco eminente da morte, como é o caso das periferias brasileiras. Os chamados “*espaços de exceção*” (AGAMBEN, 1998; AGAMBEN, 2002, p. 175-177).

Todos os casos de violência policial (extermínio, chacinas, assassinatos) seguem um padrão, são sempre jovens pobres, negros do sexo masculino residentes em periferias das grandes cidades brasileiras. Os casos são registrados como autos de resistência seguido de morte. Justificam a ação policial culminada em mortes por haver colocado em risco a vida dos policiais e de terceiros. Todos os casos possuem um requinte de crueldade, frieza, marcas de tortura e exposição dos corpos. Mesmo com evidências que caracterizam o genocídio, a sociedade brasileira legítima a alegação de resistência de policiais assassinos para justificar uma “licença para matar” pessoas pobres, pretas (MÃES DE MAIO, 2011).

As vítimas de intervenções policiais são representações contemporâneas das vidas nuas (AGAMBEN, 2002) cuja proteção jurídica, os direitos constitucionais fundamentais são suspensos e a vida exposta aos serviços de segurança pública quanto a atuação em milícias como a morte de jovens pelas mãos de grupos organizados, na disputa pelo controle do tráfico. O narcotráfico e as milícias são atores na produção de mortes junto ou não do Estado. A esfera política utiliza do narcotráfico para explicar a violência urbana e as intervenções políticas e militares (ARBEX, 1993).

A gestão necropolítica do espaço tem criado uma das bases para a (re) produção histórica do genocídio da juventude negra. Como a Unidade de Polícia Pacificadora (UPPs) na cidade do Rio de Janeiro, têm revelado um novo *totalitarismo* nos espaços de favela, pois são espaços militarizados e de exceção. Sobre as bases da necropolítica o Estado exerce sua função



homicida assegurado pelo racismo, gestando o território e a população, tendo a polícia o exercício da execução, podendo matar, humilhar, torturar sem que seja considerado crime. As áreas que passaram a ser dominadas pelos militares não eliminaram os problemas sociais, mas resultaram na presença de policiais corruptos, autoritários, torturadores que praticam assassinatos, modificam os cenários dos crimes e praticam ocultamentos de corpos (AREDNT, 1999).

Outro mecanismo da necropolítica é o branqueamento do território que ocorre quando a população é submetida a migração forçada para a periferia. Neste sentido, criam-se processos de espoliação, ao privar o acesso, o uso e a apropriação dos bens materiais e simbólicos do seu próprio território - como a proibição de práticas litúrgicas ligadas a Umbanda e ao Candomblé - sendo aceito somente ritos cristãos. O território, o público, a cor da pele, a cultura manifesta são o alvo das políticas de extermínio. Como a proibição de festas de funk; e a prisão do DJ Rennan da Penha⁵³. No entanto, festas em contexto de música eletrônica por exemplo, com públicos majoritariamente branco não são alvos de um olhar que criminaliza e reprime⁵⁴. Colocando em xeque que a questão da guerra às drogas, é só um disfarce. O negro independentemente de estar em uso ou não, de estar comercializando ou não, sempre será o alvo. Deste modo, produzem um branqueamento dos eventos culturais e territorial, configurando um racismo de extermínio, reafirmando o modelo eurocêntrico como superior e único (OLIVEIRA, 2015).

Os estudos da criminologia crítica brasileira mantiveram-se trabalhando somente com a ideia de classe como macro categoria para explicar o fenômeno dos processos de criminalização e das dinâmicas de seleção punitiva sem considerar as contribuições do pensamento negro, feminista e de outros grupos sociais (Oliveira, 2015). Mesmo tratando superficialmente a questão do racismo, ela nunca se interessou em investigar o racismo como parte da estrutura e da própria lógica de funcionamento do sistema penal (Freitas, 2016). Segundo Duarte (2016), esse caráter superficial em se tratar do racismo na crítica da criminologia ao sistema punitivo está relacionado às relações de poder da branquitude.

⁵³ Prisão do DJ Rennan da Penha, por suspeita de associação ao tráfico, foi inocentado em primeira instância por insuficiência de provas, mas o Ministério Público recorreu e a terceira instância Câmara Criminal do Tribunal de Justiça (TJ RJ) autorizou o mandato de prisão, evidenciando o racismo de Estado. O território, o público, a cor da pele, a cultura manifesta são o alvo das políticas de extermínio. Festas de contexto de música eletrônica, por exemplo, com públicos majoritariamente branco não são lidos desta forma, são festas que possuem um “elevado” consumo de sintéticos, mas não recebe o olhar da política proibicionista. Colocando em cheque que a questão da guerra às drogas, é só um disfarce. O negro independentemente de estar em uso ou não, de estar comercializando ou não, sempre será o alvo.

⁵⁴ São festas que possuem um significativo consumo de sintéticos, mas não são um alvo da política proibicionista.



Deixam de considerar a dimensão racial como mais um aspecto à margem da caracterização do sistema penal no Brasil, e passam a indicar a dimensão estrutural do racismo para compreender os fenômenos sociais do país, como o genocídio. De acordo com Flauzina (2006), não tem como a criminologia ampliar o repertório dos fenômenos sem colocar o racismo como um eixo estruturador das desigualdades. Assumir o racismo como o cerne de todo empreendimento é assumir que o Estado é programado para o extermínio da população negra. Deste modo, sinalizar para a existência de um sistema penal formado pelo racismo que se movimenta num primeiro plano para a produção de mortes de negros no país significa em última instância, abalar as estruturas em que repousam os termos do pacto social vigente.

O que mais dificulta produzir evidências sobre o racismo no país é a não responsabilização individual e coletiva. É diante do risco de que a denúncia do racismo importe em perda dos próprios privilégios que os críticos param de avançar. Seriam então que as críticas à criminologia não avançam pelo fato das escolhas da criminologia crítica estarem relacionadas às proposições de poder e às hierarquias? Considerar as próprias proposições raciais, de classe e de gênero dos pesquisadores tem influenciado para que a categoria raça e gênero não apareçam nos discursos metodológicos da criminologia crítica (FLAUZINA, 2008. PRANDO, 2015).

O racismo epistemológico da ciência criminológica, ao não utilizar referenciais afro-brasileiro, e o racismo estrutural da sociedade brasileira faz com que fique oculta o centro de poder da branquitude nessa ciência, essas questões estão postas pelos movimentos sociais e estudiosos da temática racial. Para Carneiro (2005), o epistemicídio possui uma tecnologia que integra o dispositivo de racialidade/biopoder, e que tem por característica compartilhar características tanto do dispositivo quanto do biopoder, com o intuito de disciplinar/normalizar e matar ou anular. É um dispositivo de extermínio que não mais se destina ao corpo individual e coletivo, mas ao controle de mentes e corações. Deste modo, o não aparecimento da questão racial como central, faz com que a criminologia crítica contribua para os processos de genocídio negro que não é só pela via da carne, mas também simbólico.

As constatações do perfil das vítimas ou clientes preferenciais do sistema punitivo não foram suficientes para tratar das questões raciais e do sistema penal. É preciso, de fato, uma aproximação da criminologia crítica ao movimento negro e suas denúncias sobre o caráter do racismo estrutural brasileiro (FREITAS, 2016). Para Duarte (2016), é preciso repensar e refundar as próprias condições materiais e raciais sob as quais se constituem as relações de poder e as técnicas de apropriação intelectual. Faz-se necessário uma renovação epistemológica

e metodológica para enfrentar a questão racial presente no sistema penal, dar destaque a produção de intelectuais negros e negras, historicamente ignorados pelo campo.

CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DECOLONEIDADES

A criminologia crítica fundamentada na perspectiva de análise marxista coloca a desigualdade de classe como ponto central nos processos de criminalização e violência dos sujeitos, a questão racial, suas desigualdades e o próprio racismo são considerados elementos secundários. A questão racial e o racismo não são pautados como incidência direta e explicativa, sendo utilizada por criminólogos críticos como um fenômeno de coincidência ou acaso. A utilização da variável *raça* no “Mapa da Violência” que analisa homicídios no país (evidente as diferenças raciais dos homicídios) ser um fato recente⁵⁵ pode ser tomada como exemplo de como as ciências ignoram a questão racial e a coloca sempre em segundo plano. Mesmo com a introdução da variável cor no “Mapa da Violência”, permanece os acontecimentos recentes de mortes de negros e negras com repercussão midiática ou não sendo vistos em segundo plano⁵⁶. Apesar da criminologia crítica se opor às teorias racialistas⁵⁷ e assumir que a questão racial é um ponto importante, não analisa com profundidade e não a coloca como ponto central. Deste modo, é impossível colocar o racismo como um fenômeno que incide diretamente nas produções das mortes da população negra (ORTEGAL, 2016).

Para Ortegal (2016), é necessário que a criminologia crítica faça um movimento de autocrítica, uma mudança não somente no objeto, mas no método e nas categorias de análise. É preciso também de uma *virada racial*, conseqüentemente, a temática racial deveria ser incorporada, não apenas como objeto de pesquisa ou como um dos agravantes de criminalização que os sujeitos-objetos possuem, mas tendo a questão racial como pilar metodológico e epistemológico.

Uma *virada cultural* é importante e necessária, mas será que colocar a *raça* como uma categoria interpretativa da realidade é o bastante para análise das produções criminalizantes da população preta, tendo em vista que ela é uma categoria criada pelos brancos para justificar as desigualdades? Visto que as ciências não são representativas, as dificuldades enfrentadas pela

⁵⁵ O Ministério da Saúde incorporou a variável *raça/cor* ao sistema de informações de mortalidade (SIM), a partir do ano 1996, constando em 2005 capítulos no Mapa da Violência. Em 2012 é lançada a primeira edição voltada para “cor dos homicídios”.

⁵⁶ Assassinato de Cláudia Silva em 2014 em uma operação da Polícia Militar e o fuzilamento com 80 tiros disparados por militares contra o veículo de uma família, que culminou na morte de Everaldo Rosa e Luciano Macedo.

⁵⁷ Teorias racistas de Césare Lombroso 1876 na Europa e Nina Rodrigues 1894 no Brasil.



criminologia crítica em colocar o racismo como ponto central é justamente por utilizar uma epistemologia da branquitude? É preciso se atentar para a representatividade no corpo de autores e pesquisadores, para não cair em um epistemicídio. Por isso, torna-se necessário uma ruptura epistemológica do pensamento europeu ocidental (FREIRE, FERREIRA, 2015). Deste modo, é preciso colocar a criminologia crítica dentro de uma narrativa capaz de analisar o genocídio da população preta não atravessada pelo olhar branco-colonizador, podendo possivelmente trilharmos um caminho diferente do que já vimos, com outras formas. Existem outros saberes, e se manter somente em um se configura como poder, e assim mantenedor da colonialidade. O referencial da criminologia crítica Latino-americano tendo como parâmetro a decolonialidade, autores latino americanos decoloniais como referência de análise, poderá contribuir para uma mudança e reconstrução do saber, deste modo descentralizar a criminologia crítica.

Hall (2003) discute com o conceito pós-colonial para enxergá-lo como uma abordagem crítica que se propõe a superar antigas teorias e categorias que são incapazes de explicar o mundo. O pós-colonialismo se apresenta como a capacidade de fazer uma releitura da colonização, bem como o tempo presente a partir de uma escrita descentrada, da diáspora, do mundo global e das grandes narrativas imperiais. Entretanto, intelectuais latino americanos foram suprimidos e silenciados dentro dessa narrativa, mesmo diante do fato da colonização da América Latina e seus efeitos. Deste modo, intelectuais latino-americanos não assumem o referencial pós-colonial pois correm um risco paradoxal de uma colonização intelectual. A crítica pós-colonial reside no risco de tornar-se um significado vazio, que poderia conter e acomodar todas as demais experiências históricas locais. Mignolo (1998, 2003), faz uma crítica ao imperialismo dos estudos pós-coloniais que não realizaram uma ruptura adequada com autores eurocêntricos. A América-Latina deveria se afastar dos estudos pós-coloniais visto que, a trajetória de dominação e resistência da América sempre esteve fora do debate. Assim, a teoria pós-colonial continuaria controlando e garantindo posições de poder para aqueles que com ela se identificasse.

A decolonialidade pode ser considerada uma contrapartida à conceituação pós-colonial. A decolonialidade para os pesquisadores latino-americanos é uma base teórica para interpretar a realidade a partir das experiências da América Latina (COSTA, GROSGOUEL, 2016). Quijano (2009), utiliza o termo colonialidade do poder para tratar da forma de dominação específica do sistema de dominação mundial capitalista. A colonialidade refere-se à classificação das populações em todo o mundo por raças, a racialização das relações entre



colonizadores e colonizados. São sistemas de controle da autoridade coletiva em torno da hegemonia do Estado que exclui as populações racializadas, sendo o eurocentrismo o novo modo de produção e controle da subjetividade.

O projeto decolonial reconhece a dominação colonial nas Américas, no sudeste da Ásia, no norte da África, bem como reconhece a dominação colonial nos negros (as) e latinos nos Estados Unidos, paquistaneses e indianos na Inglaterra, magrebinos na França, negros e indígenas no Brasil, etc (COSTA, GROSGOUEL, 2016).

Dussel (2005), trata do tema transmodernidade para ir além da versão de modernidade eurocêntrica centrada e imposta para o resto do mundo. Dussel propõe o enfrentamento dessa modernidade por meio de críticas decoloniais que partam do sul global e dos povos e culturas que foram subalternizados ao projeto colonial da modernidade, podendo possibilitar uma diversidade epistêmica, que busque soluções para o patriarcalismo, racismo e capitalismo.

A temática racial já foi um dos mais importantes pilares epistemológicos da criminologia positivista, como nos estudos de Cesare Lombroso em 1876 e Nina Rodrigues em 1894, apesar das críticas realizadas sobre eles (críticas essas realizadas pela criminologia crítica) não significam a superação do paradigma etiológico e racista. Para que haja uma ruptura epistemológica demanda mais do que a inserção da questão racial, mas mudanças estruturais no paradigma atual, é necessário a imposição do estudo sobre a questão racial em uma nova perspectiva, como chave interpretativa da realidade.

A insurgência da decolonialidade tem como proposta revolucionar a maneira de entendermos os problemas estruturais da sociedade, fazer uma análise a partir das próprias vozes dos subalternizados. A criminologia crítica volta o olhar para as características sociais como classe social, moradia, escolaridade, gênero, orientação sexual, etnia, raça, entre outras. A criminologia crítica voltada para a realidade da América Latina propõe o protagonismo de movimentos sociais marginalizados. Deste modo, não basta colocar a categoria racial como prisma analítico, é preciso que seja incluída uma diversidade representativa no corpo de autores/as, pesquisadores/as favorecendo a presença de pessoas negras como *sujeito da enunciação*⁵⁸ (CASTRO, 2018).

⁵⁸ Enunciação de um “eu”. Reivindicar este local é falar a partir dele, anunciando, no texto, o sujeito da fala e da narrativa. Esta se faz quando o *outro* se torna *eu*, no processo de conscientização de ser. Não mais uma epistemologia que coloca o negro na condição de objeto, mas feita por ele, a partir do que é particular (Bernd, 1988).



Faz-se necessário uma mudança epistemológica na criminologia crítica bem como uma autocrítica, visto que, mesmo que sua intenção seja o rompimento com a criminologia tradicional, ainda carrega dentro de si características daquela que descende. Uma criminologia crítica com o padrão de pesquisador e objeto de pesquisa, e com um recorte de classe, raça e gênero bem definido, em sua maioria homens brancos, que até então não tem demonstrado um compromisso intelectual em realizar pesquisas sobre o papel da branquitude no processo de racialização dos fenômenos criminais. Ao propor uma criminologia crítica decolonial é possível os sujeitos extrapolar a condição de objeto historicamente imposta para estabelecer condições de análise, crítica, proposição e intervenção a partir da realidade dos marginalizados. Tornando possível introduzir novos conceitos como genocídio, extermínio, tortura, encarceramento, epistemicídio, diáspora entre outros, com novas referências bibliográficas e novos autores (ORTEGAL, 2016).

O direito é um *locus* normativo do paradigma moderno, se estruturou por meio de inúmeras abordagens de poder. Difundiu-se disfarçada de salvar e resolver os problemas da sociedade, isoladamente e violentamente. A normatização do Direito na América principalmente no Brasil elegeu um público a ser controlado com uso da seletividade penal, a burocratização dos serviços públicos como forma de sustentação do Estado. O jovem negro é desprotegido e renegado pelo Direito já que já foi pensado e estruturado para lhe punir. Estudiosos do Direito decolonial vem contribuindo para mudanças, entendendo que o Direito é mais que uma norma, é um conjunto de fatos sociológicos, políticos, ambientais e éticos. Argumentam que as normas devem ser pensadas e produzidas a partir do marginal, do subalternizado, do outro. O Direito assume uma epistemologia decolonial como uma saída para superar e refundar o direito político colonial. Entende que movimentos hegemônicos da América Latina permitem a quebra do modelo jurídico tradicional permitindo a enunciação dos grupos marginalizados dentro do direito (RIBEIRO *et al*, 2019).

Os estudos subalternos questionam o modo de pensar, de viver e a apropriação do saber bem como a exploração dos seres humanos por meio de um viés crítico. Compromete com a capacitação dos indivíduos que lutam pelo outro a fim de promover um certo protagonismo social, de modo que o outro fale pela sua própria voz sem negá-lo ou vitimá-lo. O subalterno é um termo usado para nomear as camadas mais baixas da sociedade constituídas pelos modos específicos de exclusão, de representação política e legal (RIBEIRO *et al*, 2019).

O subalterno de acordo com Spivak (2010) é sempre aquele que não pode falar, pois se o fizer deixa de ser. Contribui para entender o lugar do não subalterno na ciência, pois não se



pode falar pelo subalterno, mas pode trabalhar contra a subalternidade, criando espaços nos quais o subalterno possa dizer, e como consequência ser ouvido. Deste modo, pode contribuir para a ruína do arquétipo estrutural da subalternidade que alimenta a colonialidade epistêmica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão sobre pressupostos epistemológicos e implicações teóricas e a proposta de novas práticas no campo jurídico nacional vem ganhando destaque no Brasil. É um grande salto para a crítica que a criminologia faz a si mesma, podendo discutir e colocar em análise o racismo e o extermínio bem como o papel do Estado na produção das vidas descartáveis.

O referencial da criminologia crítica Latino-americana tendo como parâmetro a decolonialidade e estudos subalternos permite que os movimentos sociais e os referenciais negros não sejam silenciados e traga o protagonismo para as diásporas.

Criminólogos críticos, estudiosos das questões de gênero, classe, raça e a crítica do papel da branquitude têm contribuído para a criminologia no momento atual, marcando a instauração de um novo período. A criação, articulação e o fortalecimento de grupos de pesquisa em criminologia em universidades, criminólogos (os) críticas (os) como professores de cursos de graduação e pós-graduação marcam esse novo período de debate. O que nos desafia a pensar, sobre como podem ser úteis novas provocações e reposicionamentos que alarguem o campo de observação e análise com o qual se tem operado para fazer, criticar e propor criminologias críticas e insurgentes (FREITAS, 2016).

A presença de negros que trabalham com a perspectiva decolonial em espaços de formulação política e formulação política e teórica é extremamente urgente e necessário para o rompimento de epistemologias hegemônicas e a construção de narrativas marginais. Caracterizando a possibilidade de outras construções narrativas acerca das formas de representar o humano podendo nos permitir questionar a privação de liberdade como forma única de intervenção nos problemas da sociedade (OLIVEIRA, 2015).

REFERÊNCIA

- ARBEX, J. *Narcotráfico: Um jogo de poder nas Américas*. São Paulo: Moderna, 1993.
- AGAMBEN, G. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 1996.
- AGAMBEN, G. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- ARENDT, H. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

AZEVEDO, C. M. M. Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites no século XIX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BATISTA, N. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BENJAMIN, W. *Charles Baudelaire: um lírico no auge do capitalismo*. Trad. José Martins Barbosa, Hemerson Alves Baptista. São Paulo: Brasiliense, 1989.

BERND, Z. Introdução à literatura negra. São Paulo: Brasiliense, 1988.

CARNEIRO, A. S. A construção do outro como não-saber como fundamento do ser. Do Epistemicídio. (Tese de Doutorado). Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil, 2005.

CASTRO, D. V. Resistências e expressividades: contribuições da literatura negra para um giro decolonial do Direito. 2018. 137 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

COSTA, J. B. Grosfoguel, R. Decolonialidade e perspectiva negra. *Revista Sociedade e Estado* – Volume 31 n1. Jan/abril, 2016.

DUARTE, E, P. Paradigmas em criminologia e relações raciais. *Cadernos do CEAS*, Salvador, n. 238, p. 500-526, 2016.

DUARTE, E, P. Editorial: direito penal, criminologia e racismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 13, ano 25. p. 17-48. São Paulo: Ed. RT, set. 2017.

DUSSEL, E. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: Lander, Edgardo (Org.) *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*, p. 55-70. Buenos Aires: Clacso, 2005.

FLAUZINA, A, L. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FREIRE, L, R. Ferreira, S, F. Bem Viver: Projeto *U-tópico* e *De-colonial*. In *territórios* Revista de Educação. Universidade Federal de Pernambuco. Caruaru, 2015.

FREITAS, F, S. Novas perguntas para criminologia brasileira: Poder, racismo e direito no centro da roda. *Cadernos do CEAS*, Salvador, n. 238, p. 488-499, 2016.

FOUCAULT, M. Em Defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GIL, A. C. Métodos e técnicas de pesquisa social. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HALL, S. Quando foi o pós-colonial? Pensando no limite. In: Hall, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. p. 101-131. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

MARTINS, F. A sustentação de um discurso criminológico na Revista de Direito Penal e Criminologia (1973 – 1983). *Revista Direito e Práxis*, vol. 5, n. 9, pp. 118, 2014.

MBEMBE, A. Necropolítica: seguido de sobre el gobierno privado indirecto. Santa Cruz de Tenerife, Melusina, 2011.

MEMMI, A. Retrato do colonizado precedido pelo retrato do colonizador. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007

MINAYO, M. C. S. (org.). Pesquisa Social. Teoria, método e criatividade. 18 ed. Petrópolis: Vozes, 2001

MIGNOLO, W. Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

MIGNOLO, Walter. "Postoccidentalismo: el argumento desde América Latina", en Castro-Gómez, Santiago & Mendieta, Eduardo (coords.). *Teorías sin disciplina: latinoamericanismo, poscolonialidad y globalización en debate*. México: Miguel Ángel Porrúa, 1998.

MÃES DE MAIO. Mães de maio: do luto à luta. São Paulo: Giramundo Artes Gráficas, 2011.

NASCIMENTO, A. O Genocídio do Negro no Brasil: Processo de um Racismo Mascarado. Editora Paz e Terra S/A. Rio de Janeiro, 1978.

OLIVEIRA, D, A. Gestão racista e necropolítica do espaço urbano: apontamentos teórico e político sobre o genocídio da juventude negra na cidade do Rio de Janeiro. In: i Copene Sudeste. Nova Iguaçu. I Congresso de pesquisadoras (es) negras (os) do Sudeste, 2015.

ORTEGAL, L. Raça, criminologia e sociologia da violência: contribuições a um debate necessário. *Cadernos do CEAS: Revista crítica de humanidades*, (238), 527-542, 2016.

PRANDO, C; Piza, E, D. Fluxo e apropriação: ausências e presenças da codificação racial como elemento de articulação dos escritos da Criminologia Positiva e da Criminologia Crítica. Texto apresentado no II Encontro do Grupo Brasileiro de Criminologia Crítica. Vitória / ES, 2015.

QUIJANO, A. Colonialidade do Poder e Classificação Social. Epistemologias do Sul. In. V. Boaventura de Sousa Santos, Maria Paula Meneses (org.). (CES) ISBN 978-972-40-3738-7 Edições Almedina. AS, 2009.

RIBEIRO, B. C., dos Santos Figueredo, G. A., & Sparemberger, R. F. L. A insurgência decolonial frente a negação do diferente: a (re) constituição de um novo direito a partir da emersão das camadas sociais marginalizadas. Acessado em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_0991_1014.pdf. Disponível em 12 de março 2020.

RIBEIRO, H. B. A Necessidade de Superação do Paradigma Criminológico Tradicional: a Criminologia Crítica como alternativa à ideologia da “Lei e Ordem”. *Encontro Nacional do Conpedi*, 19, 951-979, 2010.

RIGON, B. S., & França, L. A. As periferias brasileiras como espaços de exceção: um genocídio cotidiano pela violência policial. *Revista Profanações*, 1(2), 197-218, 2014.

SOUZA, T, D, C. Seletividade racial do sistema penal brasileiro: origem, mecanismos de manutenção e sua relação com a vulnerabilidade por culpabilidade. *Cadernos do CEAS*, Salvador, n. 238, p. 611-626, 2016.



SPIVAK, G. C. Pode o subalterno falar? Tradução de Sandra Regina Goulart Almeida, Marcos Pereira Feitosa e André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ZAFFARONI, E.; PIERANGELI, J. Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAPÍTULO 22

A TECNOLOGIA COMO FERRAMENTA DE VIGILÂNCIA E CONTROLE ILIMITADOS NO EPISÓDIO “ARKANGEL” DA SÉRIE *BLACK MIRROR*

Lhais Silva Baia, pesquisadora de Iniciação Científica, no Centro Universitário Integrado

RESUMO

Por meio da análise do episódio “*Arkangel*” da série *Black Mirror*, que retrata um futuro distópico no qual a tecnologia pode ser utilizada como ferramenta de vigilância ilimitada de uma mãe para com sua filha, é possível uma série de reflexões acerca das violações a princípios, direitos e garantias atualmente consagrados. Deste modo, surge a problematização se a vigilância mesmo que ilimitada, pode ser totalmente positiva na relação entre genitor e progêrito. Ademais, também gera a problematização se somente o desenvolvimento tecnológico, unicamente, é capaz de promover um avanço social adequado. Para tanto, a pesquisa tem por objetivo a elucidação da importância do conhecimento e da manutenção dos princípios, direitos e garantias fundamentais em um provável futuro altamente tecnológico. Assim sendo, metodologicamente, segue-se a linha jurídico-dogmática e jurídico-social, com uma abordagem qualitativa e um raciocínio dedutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, através de instrumentos legislativos, doutrinários e informacionais em relação ao objeto da pesquisa. Destarte, verificou-se que a utilização inadequada da tecnologia, em especial, como ferramenta de vigilância e consequente controle ilimitados, viabilizam a corrosão dos princípios, direitos e garantias atualmente consagrados, estes que possibilitam o devido desenvolvimento social. Por consequência, deve-se primar pela manutenção destas premissas em prol de não ser efetivo o futuro nebuloso e maléfico trazido na referida trama.

PALAVRAS-CHAVE: Controle; Direito; Futuro; Tecnologia; Vigilância.

INTRODUÇÃO

O episódio “*Arkangel*” da série *Black Mirror*, retrata um cenário de um futuro distópico, no qual, uma tecnologia ainda em fase experimental, denominada de *Arkangel* é colocada em uso. Tal dispositivo tecnológico permite que os pais vigiem e controlem seus filhos de maneira ilimitada. Neste aspecto, em razão do inadequado uso deste dispositivo tecnológico, ocorrem evidentes violações a princípios, direitos e garantias até então consagrados, especialmente, a intimidade, a privacidade, honra, imagem e a dignidade humana.

Por consequência, surge o questionamento se a vigilância mesmo que ilimitada, pode ser totalmente positiva na relação entre genitor e progêrito. Ademais, também gera a problematização se somente o desenvolvimento tecnológico, unicamente, é capaz de promover



um avanço social adequado. Assim sendo, o trabalho investiga a elucidação da importância do conhecimento e da manutenção dos princípios, diretos e garantias fundamentais em um provável futuro altamente tecnológico, de modo a evitar que tais premissas possam vir a serem destruídas em um provável futuro altamente tecnológico, como o que é apresentado no supramencionado episódio. Para tanto, o trabalho apresenta um caráter exploratório, recorrendo à utilização da pesquisa bibliográfica e documental e o método lógico-dedutivo.

1. ANÁLISE DO EPISÓDIO “*ARKANGEL*” DA SÉRIE *BLACK MIRROR*

A série *Black Mirror*, que significa “Espelho Negro”, na tradução para a língua portuguesa, é uma produção cinematográfica que retrata um futuro tecnológico e ao mesmo tempo degradado por esta mesma tecnologia, em razão do uso inadequado e da dependência extrema que os humanos passam a ter dela, o que surte consequências negativas a uma sociedade retratada como dispótica. Neste contexto, segue a linha de abordagem do episódio “*Arkangel*”, o segundo da quarta temporada da série *Black Mirror* (ARKANGEL, 2017).

Arkangel é o nome dado a um dispositivo tecnológico experimental, retratado de forma primordial no referido episódio, o qual, possibilita aos pais monitorarem seus filhos, o que acontece através de um *chip* implantado no cérebro destes, viabilizando aos pais o acompanhamento de tudo o que os filhos vivenciam, ao vivo e a cores (ARKANGEL, 2017). Por consequência, tal dispositivo possibilita que os pais possam rastrear a localização, monitorar a saúde e enxergar tudo o que seus filhos estão vendo, podendo inclusive, detectar seu nível de estresse e aflição, tendo a opção de bloquear alguma imagem ou som, que consideram inadequados para estes, tudo por meio de um tablete, chamado de “unidade parental” (ARKANGEL, 2017).

Assim sendo, por meio da utilização desta tecnologia ainda em fase experimental, os pais que vivem naquela sociedade relatada no episódio “*Arkangel*” podem controlar definitivamente tudo aquilo que os filhos podem vivenciar ou não (ARKANGEL, 2017). Neste contexto, uma mãe superprotetora chamada Marie, após um breve desaparecimento de sua filha Sara, adquire a tecnologia *Arkangel*, fazendo com que esta mãe acompanhe a filha, através do *chip* implementado no cérebro desta, tendo acesso total ao que a criança pode ver e ouvir, inclusive, tendo o poder de bloquear e filtrar o sistema sensorial da menina conforme explanado acima.

Seguidamente, assim que Marie tem em mãos o poder do completo controle de Sara, a mãe então bloqueia a visão e a audição de sua filha com relação as cenas de violência, de



sofrimento ou qualquer situação que cause medo, tristeza e afins (ARKANGEL, 2017). Desta forma, Sara já com sete anos e na escola, começa a sofrer retaliações de seus colegas, pois não conseguia viver do mesmo modo como eles viviam, vale dizer, mesmo sem sentir sentimentos negativos, isto não lhe deixava completa e nem feliz (ARKANGEL, 2017). Nestes termos, a partir do momento em que Sara passa a ter consciência de que vive uma vida limitada pelos bloqueios de sua mãe, começa a ficar cada vez mais frustrada e agressiva, o que ela Marie a parar de controlar a filha pelo *Arkangel*, excluindo os bloqueios que avia implementado nela, chegando ao um acordo com Sara de que aquele ato seria o melhor para ambas, pelo menos por enquanto (ARKANGEL, 2017).

Passado alguns anos, sendo Sara já adolescente, a mesma passa do horário de chegar em casa e já tarde da noite, sua mãe fica cada vez mais preocupada, a ponto de voltar a ativar a “unidade parental”, para que então pudesse a monitorar a filha e visualizar sua localização exata (ARKANGEL, 2017). Além de descobrir onde Sara estava, Marie também ativa a câmera, o que permitiu que visualizasse exatamente o que sua filha estava fazendo (ARKANGEL, 2017). Neste momento, Marie é surpreendida, pois acaba visualizando que Sara estava em relações sexuais e apavorada com aquela situação, logo desliga a câmera, contudo, permanece com o dispositivo tecnológico ligado para se assegurar de que a filha voltaria para casa (ARKANGEL, 2017).

Mesmo após a filha chegando em segurança em casa, Marie ainda manteve o *Arkangel* ligado e sob sua observação constante, de modo Sara não percebeu que a Mãe tinha voltado a utilizar o dispositivo (ARKANGEL, 2017). Em virtude de o *Arkangel* monitorar a saúde e alterações biológicos da pessoa portadora do *chip* implementado, certo dia a “unidade parental” mostrou a Marie que Sara estava usando entorpecente e com o auxílio da câmera, visualizou que era com o mesmo companheiro de que Sara estava mantendo relações (ARKANGEL, 2017).

A partir de então Marie, com o auxílio do próprio *Arkangel*, rastreou onde o suposto companheiro de Sara trabalhava e foi até o local exigir que ele se afastasse de sua filha, caso contrário, iria denunciá-lo a policial, pois a menina ainda é menor (ARKANGEL, 2017). Com medo das ameaças, o companheiro de Sara passou a fastar-se dela, deixando-a muito triste, esta que ainda nem sabia que a mãe a estava vigiando (ARKANGEL, 2017). Pouco tempo depois, a “unidade parental” de Marie a alertou de que sua filha estava grávida, de pronto, a mãe vai a uma farmácia e adquire um medicamento abortivo, o qual, dissolve cuidadosamente em uma bebida que preparou para Sara, e esta bebe sem notar (ARKANGEL, 2017).



No mesmo dia, durante a aula Sara passa a sentir-se mal e ao ser levada a enfermaria, a atendente relata que ela ficará bem e que logo passará o efeito do medicamento abortivo (*ARKANGEL*, 2017). Supressa, Sara volta desesperada para casa e já desconfiada de sua mãe, encontra no lixo a embalagem do medicamento, e no quarto de Marie a unidade parental, a qual notou que estava a vigiando a certo tempo (*ARKANGEL*, 2017). Totalmente frustrada com aquela situação, em gravame, pela mãe ter controlado os atos de sua vida e por ter tomado uma decisão tão importante como a vida de seu futuro filho, sem o seu consentimento, Sara após uma violenta discussão com a mãe, inclusive, a agredindo com a própria “unidade parental” na cabeça, deixando-a inconsciente, foge de casa, para tentar ter uma vida sem ser totalmente vigiada e controlado por outrem (*ARKANGEL*, 2017).

Por conseguinte, nota-se que o grau de dependência humana para com a tecnologia, especialmente, em prol de vigiar outras pessoas pode chegar em um nível de graves violações a direitos e garantias fundamentais atualmente consagrados. Destarte, imprescindível a análise das consequências do supramencionado episódio na atual sociedade da informação.

2. AS CONSEQUÊNCIAS DA VIGILÂNCIA E DO CONTROLE ILIMITADOS POR MEIO DO USO DA TECNOLOGIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

É consabido que a tecnologia foi primordial para o desenvolvimento da humanidade. Neste contexto, a denominada atual sociedade da informação pode ser compreendida no aspecto de como o desenvolvimento tecnológico reconfigurou o modo de ser, agir, se relacionar e existir dos indivíduos (MORAES; KOHN, 2007, p. 3).

Em complementação, segundo elenca Manuel Castells (1999, p. 108), “Como a informação é uma parte integral de toda atividade humana, todos os processos de nossa existência individual e coletiva são diretamente moldados pelos novos meios tecnológicos.”. Por conseguinte, com o advento da sociedade da informação, não se pode mais separar a informação da tecnologia (MORAES; KOHN, 2007, p. 3).

Nesta conjuntura, embora a tecnologia tenha sido essencial para o desenvolvimento social, ela também trouxe seus aspectos negativos, que necessitam ser observados e devidamente enfrentados ao longo da história da humanidade. Neste sentido, conforme afirma (GONÇALVES, 2013, p. 1):

Existe um desequilíbrio entre os pontos positivos e negativos que o avanço tecnológico traz para a sociedade. Está claro que esse avanço possui inúmeros pontos positivos para o nosso cotidiano, restando apenas saber administrar o fato de que os pontos negativos estão inseridos nessa mesma tecnologia.



Nestes termos, importa destacar que um ponto negativo crucial é a dependência das pessoas aos dispositivos tecnológicos cada vez mais avançados, de modo que, mesmo conscientes de tal situação, permanecem dependentes devido ao leque de possibilidades que só a tecnologia pode trazer para as relações pós-modernas (ARAÚJO; COSTA, 2018, p. 10). Nesta conjunta, dentre as referidas possibilidades que as tecnologias podem oferecer, pode-se citar a utilização de tais dispositivos tecnológicos para novas formas de controle e vigilância, o que foi retrato de forma central no episódio “*Arkangel*” da série *Black Mirror*. Para tanto, estas novas formas de vigilância e controle podem ser compreendidas conforme as precisas palavras de (BAUMAN, 2014, p. 70):

Os principais meios de obter segurança, ao que parece, são as novas técnicas e tecnologias de vigilância, que supostamente nos protegem, não de perigos distintos, mas de riscos nebulosos e informes. As coisas mudaram tanto para os vigilantes quanto para os vigiados.

Neste aspecto, a vigilância e o controle passaram a ser tornar cada vez mais possíveis e acessíveis a toda a sociedade na medida em que os recursos tecnológicos avançaram e se inseriram no cotidiano das pessoas (SILVA, 2020, p. 73). Assim sendo, se antes um número limitado de pessoas podia vigiar muitos, atualmente, muitos são os que têm condições de vigiar os passos uns dos outros, constituindo, desta forma, um sistema de monitoramento mútuo (SILVA, 2020, p. 73). Neste contexto, vale mencionar as palavras de (FERREIRA, 2014, p. 116):

Quanto à vigilância, esta nunca se mostrou de maneira mais ininterrupta, bem distribuída, geral e, ao mesmo tempo, individual. É justamente pelos recursos tecnológicos a serviço da sociedade de controle de Gilles Deleuze que olhares remotos observam a tudo e a todos sem que sejam vistos, a exemplo do episódio que, em 2013, colocou o presidente Barack Obama, Edward Snowden e a National Security Agency (NSA) no centro de um escândalo de espionagem internacional, que se estendia aos usuários de vários serviços de Internet como Google, Facebook, Twitter, Yahoo e outros, bem como gravações de chamadas telefônicas.

Em gravame, no referido episódio, nota-se que o grau de vigilância e controle foram trazidos como ilimitados, uma vez que, por meio da tecnologia denominada *Arkangel*, os genitores detinham em mãos o poder de visualizar tudo o que seus progenitores vivenciavam, podendo então, bloquear e filtrar aquilo que não consideravam adequados aos seus filhos. Assim, por meio desta tecnologia, a vigilância passou a ser ilimitada fazendo com que os pais possam controlar e moldar a vida de seus filhos como bem entenderem.

Seguidamente, por mais que a vigilância de um genitor para com seu progenito seja essencial para o devida sobrevivência e desenvolvimento deste último, este cuidado no ato de vigiar não deve ser levado ao extremo, como foi abordado na trama de ficção científica. Em



outras palavras, um aspecto positivo da vigilância trazido no episódio, foi quando a mãe pode notar que a filha estava usando drogas e a partir de então tomar medidas de prevenção. Todavia, o que corrobora que a vigilância não pode ser ilimitada e considerada ao extremo, foi na cena em que a mãe, sem o conhecimento e consentimento da filha, insere medicamento abortivo em uma bebida, fazendo com que esta perca o bebê, que sequer sabia que existia, controlando a vida de sua filha desenfreadamente.

Por consequência, embora a trama de ficção científica retrate uma realidade advinda de um provável futuro, faz-se necessário sobretudo a devida análise e reflexões para que medidas sejam tomadas, evitando que as violações vivenciadas por aqueles personagens não se tornem realidade. Para tanto, como bem colocou (FERREIRA, 2014, p. 117):

Embora na atualidade só seja possível ver a ponta do iceberg, o problema tenderá a se agravar na medida em que as liberdades individuais e a privacidade forem cada vez mais ameaçadas pelo Estado e pelo mercado quanto à utilidade futura dos dados e das informações que os indivíduos colocam em circulação sobre seus modos de pensar, de ser e de viver.

Nestes termos, as consequências da utilização da tecnologia em prol de uma vigilância e controle sobre outros indivíduos de forma ilimitada na atual sociedade da informação, são as latentes violações aos direitos e garantias fundamentais atualmente estabelecidos. Em específico, as atitudes de Marie no episódio “*Arkangel*” da série *Black Mirror*, para com sua filha Sara, agrediram o dispositivo constitucional descrito no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que dispõem:

Art. 5º (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Por conseguinte, em razão de Marie a todo momento estar vigiando a filha, tendo o poder de visualizar tudo o que Sara vivencia, evidencia-se a latente corrosão destes direitos e garantias fundamentais regulamentados na Constituição. Em exemplificação, em um dos momentos da trama, Marie consegue vigiar, inclusive, as relações sexuais de sua filha, o que constitui uma grave violação a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem deste indivíduo vigiado.

Ademais, o modo pela qual a tecnologia pode ser utilizada como ferramenta de vigilância e controle desenfreado retratado na referida trama de ficção científica, também possibilitou a agressão a um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, (BRASIL, 1988), assim sendo:



Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

O princípio da dignidade humana assegura que nenhum indivíduo deve ser instrumentalizado, em virtude de que qualquer humano, simplesmente pela qualidade de ser um humano, é merecedor de ser tratado com dignidade. Neste sentido, o princípio da dignidade humana fundamenta e limita o ordenamento jurídico no sentido de primar pelo respeito e pela efetivação máxima deste princípio fundamental. Assim sendo, imprescindível elucidar as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 62):

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

Neste contexto, é evidente a violação ao princípio da dignidade humana retratado no episódio supramencionado, essencialmente, pelo fato da mãe Marie, poder vigiar e controlar sem limitações todos os atos da vida de sua filha, em gravame, podendo inclusive, por meio da tecnologia, modificar o sistema sensorial da progênita, possibilitando um bloqueio de visão e de audição daquilo que considerada inadequado, todavia, extrapolando os limites do necessário cuidado e limitando a vivência de outro ser humano que passou a ser sentir incompleto.

Ademais, pode-se notar a violação a dignidade de Sara também no momento em que Marie, sem o conhecimento e consentimento da filha, insere medicamento abortivo em uma bebida, fazendo com que esta perca o bebê, que sequer sabia que existia, controlando a vida de sua filha desenfreadamente. Sara, teve sua dignidade afetada na medida em que, sequer teve a chance de ter o conhecimento de que estava gerando um filho, tendo em vista que, sem o seu consentimento, sua mãe que a vigiava e controlada inescrupulosamente, assumiu o controle de sua vida, tomando sozinha a decisão de ceifar a vida de seu provável futuro filho.

Destarte, embora o desenvolvimento tecnológico seja capaz de exponencialmente melhorar a qualidade de vida humana, não se pode deixar de observar e refletir sobre seus aspectos negativos, em especial, a uso de dispositivos tecnológicos como ferramenta de vigilância e consequente controle sobre outros indivíduos de forma ilimitada. Por fim, é imprescindível, sobretudo, o maior alcance do conhecimento por toda a sociedade de quais são seus direitos e garantias fundamentais, e de quais são os princípios fundamentais que sustentam

o ordenamento jurídico e por consequência, o meio social, para que estes possam ser preservados e não destruídos em um provável futuro altamente tecnológico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise do episódio “*Arkangel*” da série *Black Mirror*, verificou-se que o mal uso da tecnologia sem o respeito aos princípios, direitos e garantias atualmente consagrados, geram uma degradação a humanidade sem precedentes. Em especial, o tema central do supramencionado episódio refere-se à utilização da tecnologia como ferramenta de vigilância e controle ilimitados, que por fim, consagraram em uma violenta violação a diversos direitos e garantias atualmente protegidos.

Nesta conjuntura, somente o desenvolvimento tecnológico sem a preservação dos princípios, direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos, não promoveram um avanço social, longe disto, como na trama de ficção científica sob objeto de análise, poderá ser vivenciado um retrocesso social em que os indivíduos não se respeitaram, perdendo a dignidade que a todos é inerente. Por fim, para impedir que tal futuro distópico possa vir a ser vivenciado, são necessárias a manutenção e a consequente atualização em prol da efetivação dos princípios, direitos e garantias que regem a sociedade atual, como os abordados anteriormente, os quais possibilitam um adequado desenvolvimento social.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Alessandra Oliveira; COSTA, Ícaro Heron Ferreira da. Como a Tecnologia Abre Espaço Para o Controle Social Através do Episódio “*Arkangel*” da Série *Black Mirror*. In: **XLI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**, 2018.

ARKANGEL (Temporada 4, ep. 2). *Black Mirror* [Seriado]. Escritor: Charlie Brooker. Direção: Jodie Foster. Produtor: Nick Pitt. Produtor Executivo: Annabel Jones e Charlie Brooker. Los Gatos: Netflix. 2017. (52 min), *son, color*.

BAUMAN, Zygmunt, **Vigilância Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 maio 2021.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

FERREIRA, R. da S. A Sociedade da Informação como sociedade de disciplina, vigilância e controle. **Información, cultura y sociedad**, [s. l.], n. 31, p. 109–120, 2014.

GONÇALVES, MOISES OLIVEIRA SOUZA. Impactos da Tecnologia no Cotidiano das Pessoas. **Anais da V Semana de Iniciação Científica da Faculdade de Juazeiro do Norte, Ceará**, 2013.



KOHN, Karen; MORAES, Cláudia Herte de. O impacto das novas tecnologias na sociedade: conceitos e características da Sociedade da Informação e da Sociedade Digital. *In: XXX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação*, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Igor Gacheiro da. **ISSO É MUITO BLACK MIRROR: narcisismo digital e vigilância algorítmica na composição da crise ética contemporânea**. 85 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2020.

CAPÍTULO 23

A PREPARAÇÃO DE PESQUISADORES EM DIREITO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA FORMAÇÃO ACADÊMICA PARA A ESCRITA CIENTÍFICA

Lidiane Moura Lopes, Advogada. Pós Doutoranda em Direito do Mar pela Escola de Guerra Naval da Marinha do Brasil. Doutora em Direito e Ordem Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Mestra em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora Universitária no Centro Universitário Estácio do Ceará, lecionando nos cursos de graduação e pós-graduação

Luiz Alves de Oliveira Filho, Possui Graduação em Ciências Políticas pela Universidade de Fortaleza (2007) e Mestrado em Ciência Política pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade Técnica de Lisboa (2011). Tem experiência na área de Ciência Política, com ênfase em Economia Política e Teoria. Atualmente coordena o TCC do curso de Direito do Centro Universitário Estácio do Ceará, onde também ministra aulas na graduação e pós-graduação

“Educação não transforma o mundo.
Educação muda as pessoas.
Pessoas transformam o mundo”.
Paulo Freire

RESUMO

A pesquisa no Direito tornou-se um objetivo que poucos buscam alcançar através dos anos de formação no curso. A uma porque prioriza-se um saber mais prático e direcionado para a consecução de fins mais imediatos como a aprovação em concursos, num segundo momento, porque o próprio fomento à pesquisa é relegado em detrimento de outras atividades menos custosas. Neste sentido, verifica-se que o tripé fundado no ensino, extensão e pesquisa, mostra-se por vezes visivelmente desequilibrado quando a esta última. O artigo que ora se apresenta pretende através da experiência dos autores no ensino mostrar que as práticas docentes podem e devem incentivar os alunos na busca da produção científica. O método utilizado para a escrita do artigo foi o dedutivo, com a consistente na pesquisa bibliográfica, com a utilização de autores que trataram do tema, ainda que indiretamente. Dados também foram analisados visando mostrar que os resultados esperados são alcançados pelos acadêmicos em termos percentuais significativos. As práticas docentes são importantes a partir da ideia de que o fomento à pesquisa começa nas aulas por meio de propostas que levem os alunos à leitura e discussões de temas que podem resultar em excelentes artigos colocando o acadêmicos desde cedo com o mundo da produção científica.

PALAVRAS-CHAVE: Curso de Direito; Pesquisa; Formação de Pesquisadores; Práticas docentes.

INTRODUÇÃO

É de amplo conhecimento que o ato de escrever é bastante complexo é que demanda do acadêmico de Direito, caso do nosso objeto de estudo, o desenvolvimento de algumas habilidades que o auxiliam na escrita e, porém, nem sempre são desenvolvidas pela grade curricular nos primeiros anos do bacharelado por peculiaridades que algumas instituições de ensino apresentam, até mesmo por questões regionais.

A palavra “pesquisa” consta 23 vezes na Lei 9.394/96 que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional e, especificamente, no artigo 43, inciso III adverte que a educação superior tem por finalidade “incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive”⁵⁹.

O método utilizado na escrita do artigo foi o dedutivo, utilizando ainda a coleta e análise crítica de dados, que divulgam resultados obtidos nos últimos exames de em termos percentuais, assim como a concorrência e resultado final de concursos almejados por um grande percentual de alunos que cursam direito.

A adoção do método dedutivo deve-se ao fato de que com base na análise conjunta foi possível concluir na presente pesquisa que há um déficit no engajamento dos acadêmicos nos projetos de iniciação científica, trazendo um prejuízo direto a própria sociedade que precisa da adequação das normas e decisões aos parâmetros que mudam. Dissociar o ato de aprender da pesquisa é um erro que levam à leitura dos percentuais de reprovação como um resultado que precisa urgentemente ser revertido.

Iniciamos com uma breve digressão histórica acerca da relevante função desempenhada pela escrita no curso de direito, tradicionalmente associada à figura dos grandes acadêmicos, muitos pertencentes aos primeiros quadros da Academia Brasileira de Letra, imortais inclusive nos escritos que deixaram. Busca-se ainda discutir a função do curso de direito, cujo escopo maior, que é de composição social dos conflitos, necessita de uma constante atualização diante da mutabilidade incessante dos fatos sociais.

Antes de apresentar e discutir os resultados obtidos, a última seção presta-se a apresentar propostas de como desenvolver nos acadêmicos em direito a habilidade da escrita, que

59 Disponível em: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L9394.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm). Acesso em: 28.04.2021.



pressupõe a leitura e o engajamento com práticas docentes proativas. O estudante de hoje será o “operador” de amanhã, precisando compreender na essência o complexo mundo das relações sociais, daí a importância da pesquisa para as novas formas de pensar o direito, que repercutirão nas normas que regulam a sociedade e nas decisões judiciais daí advindas. Não há saber sem pesquisa, eis o desafio.

2 A ESCRITA E O DIREITO: UMA RELAÇÃO HISTORICAMENTE INDISSOCIÁVEL

O curso de Direito ao longo do séculos de existência se propõe a auxiliar a construção da paz no meio social. Que a sociedade não prescinde de normas que tornem possível o convívio social é de todo sabido, é algo fático. Mas qual é o significado da “função social” aplicada ao Curso de Direito? De início urge observar que trata-se de uma expressão que se consagrou nos últimos tempos, mas que possui um amplo espectro de possibilidades quanto ao preenchimento do seu conteúdo, cuja delimitação a qual nos propomos mostra-se ainda mais desafiadora.

Em artigo dedicado ao assunto lemos uma crítica que nos parece pertinente aos dias vividos, ao lembrar o autor de um ditado popular e adaptá-lo à realidade que se apresenta diante da proliferação do número de faculdades que oferecem o curso de Direito, diz-nos que

[...] com o perdão do trocadilho: “Se jogarmos uma pedra em uma árvore, caem mais advogados do que passarinhos!” Traduzindo: existem muitas faculdades de direito em nosso país, o que é fruto de uma massificação do ensino e formação de um número muito elevado de profissionais (se bacharelado em direito for uma profissão, é claro). Não se leciona mais visando a excelência na capacitação acadêmica do aluno, pois o intuito de lucro ganhou espaço excessivo na seara do saber⁶⁰.

Mas nem sempre foi assim. Outrora era visto como um curso que tinha como público alvo membros pertencente a uma elite e famílias tradicionais, surgiu no Brasil, por meio de uma lei de 11 de agosto de 1827⁶¹ e já na época Imperial, ser bacharel constituía-se em uma forma de alcançar “status social”, notadamente pelo conhecimento e pela oratória que são aptidões desenvolvidas no curso. Neste sentido temos que

[...] na estruturação do Estado Nacional Monárquico, a figura do Bacharel em Direito, que por meio de seus conhecimentos apurados, auxiliaram na construção do Estado Nacional, tornando-se uma figura que servia de modelo de conduta e de inteligência aos indivíduos de uma sociedade, em que predominava o analfabetismo em massa (BEZERRA, 2007).

60 São as considerações de Bernardo Pinto no artigo intitulado “Função social das faculdades de direito”. Disponível em: [HTTPS://PINTOBERNARDO.JUSBRASIL.COM.BR/ARTIGOS/196973593/FUNCAO-SOCIAL-DAS-FACULDADES-DE-DIREITO](https://pintobernardo.jusbrasil.com.br/artigos/196973593/funcao-social-das-faculdades-de-direito). Acesso em: 13.04.2021.

61 Disponível em: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/LIM/LIM.-11-08-1827.HTM#:~:TEXT=LEI%20DE%2011%20DE%20AGOSTO%20DE%201827](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim.-11-08-1827.htm#:~:text=LEI%20DE%2011%20DE%20AGOSTO%20DE%201827). Acesso em: 15.04.2021.



A ascensão a importantes cargos públicos e o ingresso na vida política estavam diretamente relacionados ao grau de instrução da pessoa que aquela época era reservados às pessoas com poderes aquisitivos relativamente bons. E é nesse contexto que “as Faculdades de Direito, uma em São Paulo, e outra em Recife passaram a ser as fornecedoras do pessoal qualificado para essas funções administrativas e políticas” (BEZERRA, 2007). Os primeiros bacharéis que cursaram integralmente o curso Brasil formaram-se no ano de 1832⁶².

A erudição era praticamente sinônimo do bacharel em Direito e a história aponta grandes nomes da literatura brasileira formados no curso, a exemplo do autor de “Dom Casmurro”, a propósito Machado de Assis foi o fundador e também o primeiro presidente da Academia Brasileira de Letras. Um outro exemplo é encontrado no cearense José de Alencar, que sagrou-se nos lindos versos de “Iracema” e que também formou-se em Direito. Clóvis Beviláqua, grande jurista e um dos responsáveis pelo Código Civil de 1916, também foi membro da Academia Brasileira de Letras⁶³.

Formar juristas é a missão mais nobre do curso afamado curso, mas haveria diferença entres estes e os hoje apenas proclamados “operadores do direito”? Para responder a tal questionamento trazemos as lições sempre atuais de Francesco Carnelutti, ponderando que os juristas são operadores do direito, mas explicando que tal entendimento parte da comparação cômoda entre do direito com uma fábrica, advertindo que nada tem de casual, pois [...] os juristas são aqueles que fabricam o direito. Operadores, está certo; mas operadores qualificados, e tanto é assim, que antes de fabricá-lo, o estudam; e o fazem exatamente na Universidade (CARNELUTTI, 2013, p. 13).

Verifica-se que a importância da leitura e a necessidade de acesso a bons livros confunde-se com a própria história do Brasil que viu já no ano de 1810 a criação da Biblioteca Nacional no estado do Rio de Janeiro expandindo-se hoje pelo fácil acesso às bibliotecas que disponibilizam o acervo digital, algumas vezes, independentemente da existência de vínculo acadêmico.

62 Temos que “o primeiro curso jurídico a ser proposto no Brasil foi o da Corte, por decreto de 9 de janeiro de 1825, inicialmente em caráter provisório, com o objetivo de instruir alunos com conhecimentos em “direito natural, público, das gentes, e das leis do Império” para a formação de futuros magistrados. No entanto, esse curso não chegou a funcionar e, somente em 1827, por lei de 11 de agosto, seriam instituídos cursos de ciências jurídicas e sociais, nas cidades de São Paulo e Olinda”. Disponível em: [HTTP://MAPA.AN.GOV.BR/INDEX.PHP/MENU-DE-CATEGORIAS-2/422-CURSOS-JURIDICOS](http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/422-cursos-juridicos). Acesso em: 15.04.2021.

63 Informações extraídas do site: [HTTPS://WWW.ACADEMIA.ORG.BR/ACADEMIA/FUNDACAO](https://www.academia.org.br/academia/fundacao). Acesso em: 15.04.2021.

A pesquisa funciona como um dos principais veículos formadores de bons escritores, futuros mestres e colaboradores para uma melhor adequação do direito ao mundo social que o circunda. É possível concluir, portanto, que o ato de pesquisar

[...] envolve o desenvolvimento de diferentes habilidades. O estudo, a leitura, a escrita, a capacidade de interpretação, o poder de síntese, e o de argumentação, todas essas habilidades são constantemente requeridas aqueles que se propõem a enveredar na seara do letramento científico (BARROS, 2017, p. 25).

Em síntese, nos dias hodiernos a preparação de pesquisadores, iniciada através das atividades dos cursos de direito, torna-se a fonte de criação das novas práticas jurídicas que reverberarão no futuro do direito, incluindo a adequação social das normas e a análise crítica das decisões judiciais.

2.1 O que o acadêmico espera do Curso de Direito: uma visão geral com base em dados

É fácil perceber através da experiência docente de anos⁶⁴ que a maioria dos alunos que cursam Direito escolhem o curso pela ampla possibilidade de acesso a cargos públicos que a carreira poderá proporcionar a um recém-formado. Nenhum problema nesse desiderato, o equívoco na formação ocorre pela visão limitada que cria-se em torno desse projeto.

Ao longo dos anos o acesso aos cargos públicos tornou-se cada vez mais difícil, seja pela concorrência ou pela complexidade da prova. Nesta jornada há um estímulo muito grande à dedicação à preparação para o concurso que já adentra com uma parcela significativa de discentes já no primeiro dia de aula. Continuamos concluindo até aqui que não há nenhum problema nessa busca pelo almejado sonho da carreira pública.

Nos cursos preparatórios para concursos há um discurso unânime defendendo que “apostar suas fichas em seguir uma carreira no setor público pode ser ainda a melhor opção para quem faz Direito. Afinal, são diversas as oportunidades e cargos para quem optou por cursar uma faculdade no ramo”⁶⁵. E passa a listar as muitas vantagens que o ingresso no serviço público traz e que em geral, resume-se na busca pela segurança, estabilidade e os salários que comparados com a média da iniciativa privada acabam sendo mais convidativos⁶⁶.

64 Os autores do texto têm mais de 15 anos de magistério superior.

65 Disponível em: [HTTPS://WWW.LFG.COM.BR/CONTEUDOS/ARTIGOS/GERAL/PRESTAR-CONCURSO-O-MELHOR-PARA-QUEM-FAZ-DIREITO](https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/prestar-concurso-o-melhor-para-quem-faz-direito). Acesso em: 06.04.2021.

66 Em matéria veiculada no Estadão no ano de 2016, tem-se a seguinte chamada: “Salários de Juizes no Brasil superam os dos Estados Unidos e Inglaterra”. Disponível em: [HTTPS://ECONOMIA.ESTADAO.COM.BR/NOTICIAS/GERAL,SALARIOS-DE-JUIZES-NO-BRASIL-SUPERAM-OS-DOS-ESTADOS-UNIDOS-E-DA-INGLATERRA,10000070901](https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,salarios-de-juizes-no-brasil-superam-os-dos-estados-unidos-e-da-inglaterra,10000070901). Acesso em: 07.04.2021.

As oportunidades são variadas para o recém egresso dos bancos de uma faculdade de Direito, a exemplo das carreiras para delegado de polícia (no ano de 2021 foi noticiado que o concurso para a Polícia Federal recebeu 450 mil inscrições⁶⁷, enquanto que o concurso para Polícia Civil do Estado do Pará contou com mais de 135 mil inscritos⁶⁸) que nem sempre exige um tempo de prática forense e acaba por atrair um número considerável de inscritos.

São muito concorridos também os certames para o ingresso nas carreiras da advocacia pública, contemplando aqui as procuradorias estaduais e municipais, por exemplo, a defensoria pública e as tão almejadas seleções para os concurso de promotor de justiça ou procurador da República, assim como a magistratura, nas esferas federais e estaduais.

Concursos bastante almejados e que demandam do candidato uma dedicação maior que muitas vezes requer anos de estudos, como são os concurso para a magistratura federal, que tomamos como exemplo, percebemos que há quase 20 anos os resultados já não eram tão promissores. No certame para ingresso no Tribunal Regional Federal da 3ª Região demonstra no já longínquo ano de 2002, quando foi realizado o 10.º Concurso Público para provimento de cargos de juiz federal substituto, nos estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul

[...] inscreveram-se 2.521 candidatos. Na primeira prova foram aprovados 176 candidatos. Para a segunda e terceira provas escritas, sessenta obtiveram nota superior a cinco (nota mínima), e destes, 26 foram aprovados na etapa final (prova oral), com nota de corte superior a seis. Obteve-se, portanto, um percentual de aprovação de 1,03% em relação ao número de inscrições. O TRF3 possui, atualmente, 65 vagas para o cargo de juiz federal substituto aguardando preenchimento. Com a realização do 10.º Concurso Público ficam remanescentes, ainda, 39 vagas⁶⁹.

O mesmo Tribunal na realização do XIX Concurso também para ingresso no cargo de Juiz Federal Substituto recebeu 7.441 inscrições e quando aplicou a primeira Prova Escrita Discursiva contava com apenas 144 habilitados, dos quais ao final restaram aprovados no certame apenas 25. Há na página um detalhamento das fases, onde se lê que “os candidatos passaram por um rigoroso processo seletivo”⁷⁰.

Importante observar que já há quem discuta outras formas de acesso à cargos como o da magistratura que não apenas pelo concurso, sem adentrar no mérito do debate, trazemos as considerações do então presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Jayme

67 Disponível em: [HTTPS://BLOG.GRANCURSOSONLINE.COM.BR/CONCURSO-POLICIA-FEDERAL-INSCRITOS/](https://blog.grancursosonline.com.br/concurso-policia-federal-inscritos/). Acesso em: 12.04.2021.

68 Disponível em: [HTTPS://WWW.DIRECAOCONCURSOS.COM.BR/NOTICIAS/CONCURSO-PC-PA-DEMANDA/](https://www.direcaoconcursos.com.br/noticias/concurso-pc-pa-demanda/). Acesso em: 12.04.2021.

69 Disponível em: [HTTP://WEB.TRF3.JUS.BR/NOTICIAS/NOTICIAS/NOTICIA/EXIBIR/273450](http://web.trf3.jus.br/noticias/noticias/noticia/exibir/273450). Acesso em 14.04.2021.

70 Disponível em: [HTTP://WEB.TRF3.JUS.BR/NOTICIAS/NOTICIAS/NOTICIA/EXIBIR/273450](http://web.trf3.jus.br/noticias/noticias/noticia/exibir/273450). Acesso em 14.04.2021.

de Oliveira, ponderando sobre “a importância de se discutir sobre outras formas de acesso à Magistratura para além do concurso público”⁷¹.

No caso específico do ingresso na carreira da magistratura entendemos que a Resolução 75 do Conselho Nacional de Justiça, de 12 de maio de 2009, trouxe significativas alterações nas fases e disciplinas cobradas no referido certame. Além de uniformizar as etapas, incluiu a avaliação acerca de disciplinas que tratam de noções gerais de Direito e formação humanística, tais como sociologia, psicologia, filosofia, entre outras, o que possibilitou uma maior proximidade com o contexto social em que o magistrado está inserido e para o qual decide os litígios⁷².

2.2 Os resultados obtidos nos exames de ordem e seu reflexo no ato de aprender

Aqueles que não tem a pretensão de ingressar no serviço público, mas que cursam Direito, ainda assim terão que passar por uma avaliação para que possam exercer a advocacia, o famoso “exame de ordem”, cada vez mais temido e esperado com apreensões pelos acadêmicos dos últimos semestres do curso.

Bernardo Pinto, de forma incisiva, adverte que se uma faculdade se propõe a oferecer o curso de Direito apenas como meio de aferir lucro, o resultado é desastroso, pois “saem de lá profissionais com péssima formação acadêmica, incapazes até de se submeterem ao exame da OAB”⁷³. Tal entendimento é partilhado por outros pesquisadores ao observarem que “as instituições de ensino superior vivenciam, atualmente, impactos de ordem social e econômica, que acabaram alterando o modelo educacional adotado, adaptando-se às exigências do mercado” (DENARDI; FLORENZO FILHO, 2017, p. 91).

Ou seja, a busca incessante pelo lucro faz com que se perca a própria função social que se espera de um curso como o de Direito, qual seja, um retorno à sociedade através da implementação de pesquisas que produzem alterações necessárias, cujos resultados somente aqueles que se debruçam na ciência são capazes de alcançar. E o pior, promete-se uma

71 Disponível em: [HTTPS://WWW.AMB.COM.BR/JAYME-DE-OLIVEIRA-DEFENDE-APERFEICOAMENTO-DO-MODELO-DE-INGRESSO-NA-MAGISTRATURA-EM-AUDIENCIA-DO-CNJ/](https://www.amb.com.br/jayme-de-oliveira-defende-aperfeicoamento-do-modelo-de-ingresso-na-magistratura-em-audiencia-do-cnj/). Acesso em: 14.04.2021.

72 Neste sentido observa o juiz do Estado da Bahia, João Paulo Lordelo, em obra específica sobre tais disciplinas que “Não é preciso muito esforço para perceber que os juízes de hoje são muito diferentes dos juízes de poucas décadas atrás. Sob os marcos tradicionais da inércia da jurisdição e da pretensa imparcialidade, durante muito tempo, a magistratura se caracterizou por um forte distanciamento em relação à sociedade (2017, p. 19).

73 Disponível em: [HTTPS://PINTOBERNARDO.JUSBRASIL.COM.BR/ARTIGOS/196973593/FUNCAO-SOCIAL-DAS-FACULDADES-DE-DIREITO](https://pintobernardo.jusbrasil.com.br/artigos/196973593/funcao-social-das-faculdades-de-direito). Acesso em: 13.04.2021.



mercadoria e na busca incessante de vantagens econômicas, entrega-se um resultado pouco satisfatório.

Com o passar dos anos e a aproximação da conclusão do curso surge a necessidade de submeter-se ao Exame de Ordem da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) e os resultados mostram que “durante 28 edições do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), cerca de 38,74% dos inscritos não conseguiram ser aprovados”⁷⁴. A mesma pesquisa apontou que em média cada candidato realiza a prova ao menos 3 (três) vezes até obter a aprovação.

A importância de um saber construído ao longo da formação acadêmica acaba refletindo na aprovação como advogado, cuja etimologia, remete a ideia do “indivíduo que intercede por alguém; mediador”⁷⁵. E refletirá negativamente no hoje temido exame da OAB levando à conclusão de que “40% conseguiram a aprovação na 1ª tentativa e 22% na 2ª. Portanto, pode-se observar que, como dito pela organizadora, o índice de reprovações está inteiramente ligado à falta de preparação”⁷⁶.

Interessante observar que a pesquisa revela também que a Filosofia é a disciplina com menor aproveitamento no exame, demonstrando a tese de que forma-se hoje uma maioria de alunos que não encontram nas disciplinas epistemológicas uma motivação, o que nos faz louvar a exigência de tais conteúdos em certames como os da magistratura, mostrando que um aplicador dissociado do pensar mais crítico que só é alcançado através do estudo e pesquisa.

2.3 Como desenvolver a habilidade da escrita

Por questões já observadas durante o desenvolvimento do presente estudo, o aluno do direito acaba por desenvolver a sua habilidade de escrita nas disciplinas de prática jurídica e, por este motivo, tornando a sua redação bastante limitada. A preocupação dos cursos volta-se mais uma vez apenas à obtenção de resultados práticos, sem a preocupação de instigar os alunos na busca da construção do conhecimento através da pesquisa, o que não exclui a importância das práticas, mas soma-se com a maturidade que a iniciação científica traz para o discente.

Neste sentido, as “famosas” peças jurídicas, petições, entre outras, acabam sendo tomadas como estilo de redação a ser desenvolvida pelos alunos, muitas vezes desprovidas de senso crítico e do exercício de subjetividade desses quanto aquilo que se deseja refletir. Acabam

⁷⁴ Extraído do site: [HTTPS://FOLHADIRIGIDA.COM.BR/OAB/NOTICIAS/ESTATISTICAS-OAB/POR-QUE-A-OAB-REPROVA-TANTO](https://folhadirigida.com.br/oab/noticias/estatisticas-oab/por-que-a-oab-reprova-tanto). Acesso em: 27.04.2021.

⁷⁵ Disponível em: [HTTPS://WWW.DICIO.COM.BR/ADVOGADO/](https://www.dicio.com.br/advogado/). Acesso em: 24.04.2021.

⁷⁶ [HTTPS://FOLHADIRIGIDA.COM.BR/OAB/NOTICIAS/ESTATISTICAS-OAB/POR-QUE-A-OAB-REPROVA-TANTO](https://folhadirigida.com.br/oab/noticias/estatisticas-oab/por-que-a-oab-reprova-tanto). Acesso em: 27.04.2021.



ao final por tornar-se uma mera repetição de teses possíveis a depender da área que está sendo estudada.

Como ciência, a norma jurídica é por excelência o objeto de estudo obrigatório de todo aluno que se dedica a estudá-la, sendo imprescindível ou inadmissível que este falte com a sua obrigação de trazê-la para o centro da discussão que irá desenvolver na sua problemática. Desta forma, temos o primeiro elemento a ser destacado como princípio básico para o desenvolvimento da escrita no direito: a norma jurídica.

Todo estudo jurídico deve, obrigatoriamente, abordar as normas jurídicas que se propõem disciplinar o problema escolhido e, nesse caso, leva-nos a um outro elemento obrigatório: o fato, seja ele jurídico, social, político, econômico, ambiental e entre todos os demais ramos do direito. Em síntese, o direito nasce do fato social e regula as relações que são decorrentes. Corroborando tal entendimento temos que [...] O direito não existe a não ser para os homens vivendo em sociedade, e não se pode conceber uma sociedade humana em que não haja ordem jurídica, mesmo em se tratando de um estado rudimentar” (1993, p. 54).

A análise do fato talvez seja o mais importante dos elementos pois, para além de nos levar a uma visão sociológica do direito - assim como nos ensinou Miguel Reale (2002), pois esta deriva das relações sociais das pessoas que, por sua vez, são travadas dentro da sociedade, palco de todos os litígios possíveis e inimagináveis que surgiram e que ainda estão por surgir⁷⁷ – ela determina a norma jurídica que deverá ser abordada na pesquisa, tais como direito penal, constitucional, internacional, civil, ambiental, entre outros.

Desta forma, é somente após a escolha do fato que se chega nas possíveis normas jurídicas a serem exploradas na pesquisa, bem como também nas petições e demais redações no âmbito jurídico, pois como seria possível optar por uma norma jurídica sem antes conhecer o fato a ser analisado? Eis a questão!

Como todo fato demanda uma norma jurídica que melhor se aplica a ele, é pertinente observar como os tribunais se posicionam acerca do primeiro, bem como qual melhor ou quão prática é uma norma jurídica escolhida para solucionar o litígio. Não havendo uma norma jurídica de natureza objetiva quanto ao fato, resta-nos socorrer ao entendimento dos tribunais que, desta forma, nos leva a um outro elemento: a jurisprudência.

⁷⁷ Em trabalho destinado ao estudo da norma jurídica, Arnaldo Vasconcelos, acentua que “[...] Toda conduta, a jurídica, como a antijurídica, tem significação para o Direito. Mesmo o fato natural, quando interfere com as relações sociais, tem suas consequências juridicamente reguladas. Pode dizer-se, assim, que o mundo do Direito coincide plenamente com o mundo da sociabilidade. Têm ambos as mesmas dimensões” (1993, p. 29).



Como já mencionado, as leis derivam dos fatos que ocorrem em sociedade que, por sua vez, demandam do Poder Legislativo a elaboração de normas que contemplem os diversos interesses em questão, podendo por este motivo serem mal elaboradas ou bastante abstratas de forma que se tornam difíceis de atingir o seu principal objetivo, que é estabelecer o controle social das quais elas se destinam⁷⁸. Não só por esta razão, é de extrema importância a utilização de jurisprudência para o desenvolvimento da pesquisa no direito.

Há uma responsabilidade muito grande dos docentes no despertar do interesse pelos estudos nos acadêmicos de Direito. Não por outra razão é muito comum que o aluno dedique-se mais às matérias cujos docentes procuram estimular as reflexões e abrem debates nas classes, que na maioria das vezes acostumaram-se às aulas meramente expositivas.

A primeira premissa que precisa estar estabelecida é decorrente até do senso comum, qual seja, só consegue escrever quem ler. Não há como desenvolver um raciocínio crítico sem que o acadêmico ao longo do curso acumule um quantidade significativa de leitura de boa qualidade. E nesta caminhada o papel do docente ganha especial relevo ao despertar no aluno, de início, uma mera curiosidade por assuntos, autores, textos que se transformaram paulatinamente numa análise mais investigativa com o decorrer dos semestres que serão cursados.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O artigo que ora se apresenta busca discutir um tema de grande importância nos dias atuais que é a preparação dos acadêmicos do curso de Direito. No caso específico, procuramos analisar como se dá o processo de formação acadêmica, com base nas perspectivas profissionais que os alunos têm e que acabam sendo decisivas nas escolhas feitas quanto aos métodos de estudo.

Partimos da análise de dados que revelam que a grande maioria dos discentes pretendem após a formação submeterem-se aos variados concursos públicos, sendo poucos os que veem na docência ou na pesquisa uma possibilidade de exercício profissional, prejudicando um envolvimento maior com os projetos de iniciação científica, pesquisa e monitoria que são ofertados pelas faculdades.

⁷⁸ Nos valem aqui dos ensinamentos de Carnelluti ao observar que “[...] as leis se fazem nos parlamentos, e hoje os parlamentos, mais ainda com o sufrágio universal, não se compõem unicamente de juristas. A verdade é que os projetos sobre os quais se discute e delibera o parlamento, são preparados quase sempre por juristas, mas, frequentemente, esses projetos se modificam; e, de toda maneira, os não juristas, mesmo quando não forma, por si só as leis, certamente cooperam para a sua elaboração” (2013, p. 7).



Neste processo, o papel desempenhado pelo professor mostra-se importantíssimo, sendo o mestre o principal responsável pela dedicação que alguns alunos demonstram no engajamento à pesquisa. São as práticas docentes, o incentivo à leitura, a formação de grupos de estudos que despertarão a vontade de colaborar para a produção do conhecimento, algo que para alguns parece tão abstrato e desprovido de uma maior finalidade.

Sem dúvida, o ato de ensinar é indissociável da necessidade de pesquisar, o que nos dizeres de Paulo Freire, é ínsito a própria profissão do professor a busca pela pesquisa, concluindo que ser professor é ser pesquisador (2015, p. 30). E com o presente artigo, sem a pretensão de aprofundar e tampouco exaurir o tema, analisamos de forma crítica o descompasso que se descortina entre os escopos do curso e a pretensão da maioria dos alunos, o que prejudica demasiadamente os avanços teóricos, muitos com importantes repercussões prática na seara do Direito.

Os dados demonstram que mesmo focados numa preparação que os leve a alcançar êxito nos concurso prestados, muitos reprovam diante da complexidade das provas e dos conhecimentos exigidos, que não se limitam, ao menos nos concursos mais exigentes, à mera repetição de leis ou aos chamados “macetes” que infelizmente tornaram-se objetos de consumo de um conhecimento que mostra-se por demais raso.

Com isso, não se preparam pesquisadores, ao menos no quantitativo e qualitativo que seria esperado para uma área tão importante, como é o caso do Direito que precisa adequar-se à evolução da sociedade. A uma deve-se aos fatores já acima expostos, mas percebe-se também que a pouca importância dada à disciplinas como metodologia da pesquisa e, como consta no currículo de alguns cursos, trata-se de um estudo que busca “fornecer elementos aos estudantes para desenvolverem seu raciocínio crítico, expressar sua opinião social e política com argumentos, dentro da conjuntura em que vivem” (DENARDI; FLORENZO FILHO, 2017, p. 91).

Ao mesmo tempo que a dedicação maior aos estudos direcionados para os concursos é a regra entre os acadêmicos, os dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça no relatório “Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros” publicada no ano de 2018, indicam que entre os juízes federais 14% são portadores do título de doutor e 41% são

mestres⁷⁹. Enquanto que a mesma pesquisa revela que a Justiça Estadual destaca-se pelo maior número de juizes com especialização perfazendo um percentual de 80%.

Há, portanto, um fomento à pesquisa agora na fase da carreira, mas não deveria ser esperar tanto, pois a incursão no meio acadêmico através de projetos rendem bons frutos acadêmicos e contribuem para que o Direito seja de fato um instrumento social de pacificação social, pois

A pesquisa é parte inerente do ensino universitário, como se pode depreender da própria dicção da Lei de Diretrizes e Bases do Ensino Nacional, ademais de que a iniciação científica e todas as práticas investigativas continuam sendo fatores de diferenciação e valorização do espaço acadêmico (BITTAR, 2012, p.19-20).

As práticas docentes de incentivo para um melhor engajamento dos alunos mostrou-se decisiva neste processo, pois na dinâmica do mundo moderno, o ensino precisa atrair novos olhares sobre o próprio processo de produção do conhecimento. Neste sentido, observamos que

[...] exige, dentre outros aspectos, a compreensão de reconceitualização da docência inserida num processo de redefinição identitária da Universidade, nomeadamente no que respeita à transição para a nova forma de produzir conhecimento que aponta para uma necessária consideração da complexidade das questões pedagógico-didáticas neste locus (RAMOS, 2010, p. 36)

São adaptações necessárias até para que se logre êxito em certames que exigem uma forma mais aprofundada de compreensão das matérias cobradas. Como exemplo trazemos a questão cobrada no 19º concurso para juiz federal substituto⁸⁰ que abordou a passagem do livro “A Justiça de Toga”, de Ronald Dworkin, ao ilustrar com o diálogo entre o juiz Oliver Wendell Holmes e o jovem Learned Hand, assim estabelecido

Quando Oliver Wendell Holmes era juiz da Suprema Corte, certa vez ele deu carona ao jovem Learned Hand, quando ia para o trabalho. Ao chegar a seu destino, Hand saltou, acenou para a carruagem que se afastava e gritou alegremente: Faça justiça, juiz! Holmes pediu para o condutor que parasse e voltasse, para a surpresa de Hand. Não é esse o meu trabalho! disse Holmes, debruçado na janela. A carruagem então fez meia-volta e partiu, levando Holmes para o trabalho, que, supostamente, não consistia em fazer justiça (2010, p. 13).

Trata-se de uma situação que exige do candidato um conhecimento capaz de com base no texto acima apresentar uma dissertação tratando atuação judicial na realização dos direitos fundamentais⁸¹, tomando como base ainda noções de justiça e segurança jurídica⁸². Sem

⁷⁹ Disponível em: [HTTPS://WWW.CNJ.JUS.BR/WPCONTENT/UPLOADS/2019/09/A18DA313C6FDCB6F364789672B64FCE_F_C948E694435A52768CBC00BDA11979A3.PDF](https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/09/A18DA313C6FDCB6F364789672B64FCE_F_C948E694435A52768CBC00BDA11979A3.PDF). Acesso em 28.04.2021.

⁸⁰ Disponível em: [HTTPS://WWW.TRF3.JUS.BR/DOCUMENTOS/ROCO/PROVAS/POR-CONCURSO/19_PROVA_DISCURSIVA.PDF](https://www.trf3.jus.br/documentos/roco/provas/por-concurso/19_PROVA_DISCURSIVA.PDF). Acesso em: 19.04.2021.

⁸¹ Para Bobbio “[...] juiz é aquele ao qual uma norma do ordenamento atribui o poder e o dever de estabelecer quem tem razão e quem não tem, e de tornar assim possível a execução de uma sanção” (1991, p. 27).

⁸² Renato Nalini na experiência que traz como magistrado e professor ao tratar da justiça explica que “a primeira experiência humana é com a injustiça, não com a justiça. É comum as pessoas considerarem-se injustiçadas. O



dúvida, uma questão de altíssimo nível que requer para além da mera reprodução de lei e memorização de conceitos mais rasos, conforme outrora comentamos.

CONCLUSÃO

O artigo ora apresentado não teve a pretensão de exaurir ou aprofundar o tema proposto, em razão da própria limitação de espaço, mas é sabido que vários outros temas correlatos podem ser associados à discussão acerca da pesquisa em direito, nosso macro objeto tratado, assim como da necessidade de direcionamento do acadêmico do curso para os projetos de iniciação científica.

Percebe-se nos dias atuais que os acadêmicos são fortemente influenciados para a escolha do curso de direito em razão da possibilidade de prestar variados concursos, com remunerações satisfatórias, objetivo que torna-se prejudicial quando passa a constituir-se em único fim almejado.

Há historicamente uma tradição que associa bons escritores e pessoas eruditas ao curso de direito, mas que ao longo dos anos, e diga-se passados já alguns séculos desde que o primeiro curso instalou-se aqui acabou por se perder, a uma porque a leitura, por obrigação ou como mero passatempo (e principalmente neste caso) deixou de ser a primeira opção da maioria dos alunos, acostumados que tornaram-se aos resumos poucos profundos.

Soma-se ainda a facilidade em obter informações instantâneas que se veio com a finalidade de difundir o conhecimento, muitas vezes acabou por soterrá-lo num comodismo que prejudicou maiores avanços. São contrassensos que a trazem prejuízos à renovação das ciências jurídicas, sociológica que é em sua essência.

Percebe-se também que a mercantilização do ensino praticada por alguns cursos acabam prejudicando a formação do acadêmico, transformando-o em mero repetidor de um saber acabado, pouco compreendido e não um transformador do mundo em que vive, o que só é alcançado através da pesquisa, esta sim, como um pilares fundantes da educação, é capaz não apenas de associar a teoria à prática, mas principalmente atualizar o direito diante da sociedade que não para de mudar.

clamor por justiça é o brado mais ouvido em todas as épocas da História” (2013, p. 71). Não poderia ser outra a abordagem cognitiva a ser feita acerca da compreensão de justiça por aqueles que pretendem ingressar no cargo de juiz cuja atribuição legal não traz expressamente a de promoção da justiça, mas de quem se espera a pacificação dos conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Webert Cavalcanti. **A compreensão do letramento científico a partir da análise de TCC do campo jurídico**. Tese de doutoramento apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Linguística (PROLING), da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Orientadora: Profa. Dra. Regina Celi Mendes Pereira. João Pessoa, 2017. Disponível em: <HTTPS://REPOSITORIO.UFPB.BR/JSPUI/BITSTREAM/123456789/12036/1/ARQUIVOTOTAL.PDF>.

BEZERRA, Claudiceia L.A. **HISTÓRIA DA EDUCAÇÃO E OS BACHARÉIS EM DIREITO**. In: Revista HISTEDBR On-line, Campinas, n.25, p. 86 –105, mar. 2007 - ISSN: 1676-2584. Disponível em: HTTPS://WWW.FE.UNICAMP.BR/PF-FE/PUBLICACAO/4966/ART08_25.PDF.

BITTAR, Eduardo. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Cláudio de Cicco e Maria Celeste C.J. Santos. Revisão técnica: João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o Direito**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2013.

DENARDI, Eveline Gonçalves; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. **A METODOLOGIA DA PESQUISA NOS CURSOS DE DIREITO: UMA ANÁLISE CRÍTICA**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Volume 20, número 40, 2017. Disponível no endereço eletrônico:

<HTTP://PERIODICOS.PUCMINAS.BR/INDEX.PHP/DIREITO/ISSUE/VIEW/1025>.

Acesso em: 28.04.2021.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo, revisão da tradução Fernando Santos, revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 51ª ed. Editora Paz & Terra: Rio de Janeiro, 2015.

LORDELO, João Paulo. **Noções Gerais de DIREITO e FORMAÇÃO HUMANÍSTICA**: Organizado de acordo com o programa da Resolução 7512009 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 21ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

NALINI, José Renato. **Por que Filosofia**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RAMOS, Kátia Maria da Cruz. **Reconfigurar a profissionalidade docente universitária**: um olhar sobre as ações de atualização didático-pedagógica. Porto: Universidade do Porto Editorial, 2010.



REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

CAPÍTULO 24

A APLICABILIDADE DA QUALIFICADORA DE FEMINICÍDIO ÀS MULHERES TRANSEXUAIS, A PARTIR DE UMA ANÁLISE LEGISLATIVA, COM ENFOQUE NO CASO MICHELE

Michelle Soares Garcia, Doutoranda em Direito Público, FDUC, Professora de Direito, UNISL

Gabriel de Souza Lôbo, Graduando em Direito, Centro Universitário São Lucas

Maria Clara Figueira Barbosa, Graduanda em Direito, Centro Universitário São Lucas

Pâmela de Sousa Marcondes, Graduanda em Direito, Centro Universitário São Lucas

Rebeca Bello Barbosa, Graduanda em Direito, Centro Universitário São Lucas

RESUMO

Na intenção de perceber como a violência de gênero afeta indubitavelmente as mulheres transexuais, busca-se uma análise da linha evolutiva, expondo importantes avanços no âmbito jurídico que, a *posteriori*, culminaram na garantia de uma maior igualdade de gênero e dever de proteção fundamental. A problemática como ponto norteador será a compreensão da aplicação da qualificadora do feminicídio a este grupo vulnerável. Mas antes de responder à problemática formulada, alguns objetivos precisam ser alcançados. Objetiva-se analisar a lei Maria Penha e a lei do Feminicídio tendo como ponto de convergência a flexibilização para inclusão da população trans explicitando a concepção de identidade de gênero, sexo e sexualidade. Objetiva-se ainda, abordar conquistas de direitos dessa comunidade expondo projetos de leis que corroboram para aumentá-los demonstrando, através de fundamentação teórica, dados nacionais e internacionais. E por fim, analisaram-se alguns casos jurisprudenciais da justiça brasileira que tiveram grande repercussão midiática. Contribuindo, assim, para a perpetuação da invisibilidade da comunidade trans perante o âmbito jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Mulheres transexuais. Projetos de lei. Qualificadora. Feminicídio.

INTRODUÇÃO

A violência de gênero afeta as mulheres transexuais, o Brasil mantém a liderança na classificação de países que mais matam pessoas trans no mundo, sendo necessária uma profunda reflexão da sociedade e da estrutura legislativa brasileira para uma verdadeira adequação jurídica. Nota-se que a sociedade brasileira reproduz o padrão binarista (masculino e feminino) que se mostra pouco flexível e aberto para uma adequação da legislação eficiente para impedir a violência às pessoas trans.

O presente estudo busca contribuir para a diminuição da discriminação e violência contra a comunidade trans, permitindo o desenvolvimento da problemática ao analisar a falta



de legislação específica, da qualificadora do feminicídio e sua aplicação às mulheres trans, bem como, legitimá-las perante a sociedade e o sistema jurisdicional brasileiro.

Para responder ao problema alguns objetivos são traçados, sendo: observação da legislação pátria e sua tímida linha de evolução; os diversos projetos de leis que surgiram ao longo dos últimos anos com a finalidade de buscar maior proteção a este grupo vulnerável; análise de casos concretos que tiveram grandes repercussões midiáticas sobre o presente tema.

A primeira parte do presente artigo, buscar-se-á compreender como aconteceu o processo de evolução da legislação brasileira, desde a inclusão dos direitos humanos na Constituição Federal de 1988 até a modificação do Código Penal em 2015, onde foi criada a qualificadora do feminicídio para casos de homicídio de mulheres em função do seu gênero. Consoante a isso, houve a necessidade da conceitualização da identidade de gênero, e a pesquisa derivada ao impacto gerado na construção social, que busca validar mulheres trans na inclusão dessa nova lei.

Nesse mesmo diapasão, será necessária uma análise dos direitos derivados de conquistas trans ao longo da história tais como a modificação de nome e gênero sem necessitar de processo judicial, a cirurgia de transgenitalização podendo ser realizada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o emprego da lei Maria da Penha e do feminicídio para as mulheres transgênicas, o uso de banheiro conforme a identidade de gênero e o sistema penitenciário utilizando o gênero que a pessoa se identifica.

Pretende-se ainda, enumerar os projetos de leis que surgiram ao longo dos últimos anos com a finalidade de buscar maior proteção a este grupo vulnerável, entretanto, seria supérfluo mencionar que na mesma medida surgiram proposições antagônicas, *a priori* postos como meros posicionamentos divergentes, mas que violam diversos direitos humanos instituídos na Carta Magna.

Busca-se estudar o próprio tipo penal, a partir da análise do caso concreto, no qual, tenta-se demonstrar a possibilidade da aplicabilidade da qualificadora do feminicídio.

Utilizou-se a metodologia dedutiva, partindo de uma análise bibliográfica, através de livros, dissertações, teses, artigos, legislações vigentes, bem como projetos de leis e doutrinas jurisprudenciais.

1. O PROCESSO EVOLUTIVO DO COMBATE À VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL

Estudos e projeções anuais apontam a violência de gênero como uma das principais ocorridas no Brasil, sendo considerada um problema de saúde pública. A Declaração Sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres (ONU, 1993) conceitua o tipo como sendo qualquer ato degradante, decorrente em função do gênero que, no que lhe diz respeito, possa resultar, em ofensa ou sofrimento sexual, físico ou mental para a mulher, incluindo ameaça, coerção ou privação arbitrária de liberdade, ocorrida em público ou na vida privada. Consoante a essa problemática, pertencente ao meio social brasileiro, foram instituídos e introduzidos no ordenamento jurídico alguns marcos legais com o desígnio de prevenir, erradicar e proteger a mulher.

Primordialmente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foram estabelecidos como princípios fundamentais inerentes ao ser humano o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (ONU, 1948). Na época, o Brasil foi um dos 58 Estados-membros da organização, porém, somente em 1988 essas concepções foram introduzidas de maneira plena com a criação de uma nova Constituição. Nela, pela primeira vez, estabeleceu-se a igualdade de gênero no caput de seu artigo 5º em que “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” (BRASIL, 1988).

Todavia, mesmo com a introdução de tais rudimentos ela não continha diretrizes focadas na violência de gênero de maneira personalíssima, ainda que tenha sido umas das constituições mais completas do mundo, sendo necessária a elaboração de outras legislações para auxiliar o Estado.

Somente após 18 anos, de maneira precursora, sucedeu-se então o avanço no liame à proteção da mulher com a instauração do regimento nº 11.340/2006 batizada com o nome de Lei Maria da Penha em razão do caso de Maria Da Penha Maia Fernandes que foi vítima de um ciclo de violência doméstica durante mais de duas décadas, tornando-se paraplégica após tentativa de assassinato por parte de seu ex-marido.

A lei nasceu com o fito de suprir a lacuna nas medidas legais e ações efetivas no contexto brasileiro, como acesso à justiça, proteção e garantia de direitos humanos, pois mesmo fazendo parte como um dos Estados-membros da ONU, o Brasil demonstrava-se negligente e inerte



frente a essa pauta tão crítica. A história dela significou à época mais do que um caso isolado: refletia uma sociedade cega de justiça e um ordenamento totalmente improvidente.

Dentre os principais dispositivos da Lei Maria da Penha, está a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, no qual é disponibilizado uma equipe de atendimento multidisciplinar, composta de profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e da saúde. Cônsono a isso, conta com a destinação de verba orçamentária ao Judiciário para a criação e manutenção de tal equipe, facilitando o processo de denúncia, bem como buscando evitar que a vítima não se sinta intimidada ao denunciar seus agressores (vide art. 29). Além disso, a lei alterou o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal, gerando uma grande mudança no ordenamento sendo, também, considerada um mártir na legislação brasileira, pois a partir dela derivaram-se várias discussões doutrinárias acerca do tema, fazendo com que houvesse a necessidade do reconhecimento de outras vertentes sobre gênero e modalidades de violência existentes na esfera social, como o elevado índice de assassinato de mulheres.

Congruente a isso, a Lei nº 13.104/2015 entrou em vigor, alterando o artigo 121 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940) para incluir o feminicídio como circunstância qualificadora do delito de homicídio, englobando o mesmo no rol de crimes hediondos. Ela foi criada devido à recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher (CPMI-VCM), que investigou a violência contra as mulheres nos Estados brasileiros entre março de 2012 e julho de 2013 (Senado Federal, 2013).

Ademais, é válido ressaltar o conceito do tipo penal que o Instituto Patrícia Galvão, no Dossiê Feminicídio, descreve como sendo o assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher. Suas motivações mais usuais são o ódio, o desprezo ou o sentimento de perda do controle e da propriedade sobre as mulheres, comuns em sociedades marcadas pela associação de papéis discriminatórios ao feminino, como é o caso brasileiro em que, segundo as Diretrizes Nacionais de Feminicídio (2016), as principais razões das práticas de mortes violentas das mulheres são o sentimento de posse, controle sobre o corpo, desejo e autonomia da mulher, a objetificação de seu ser, bem como a manifestação de desprezo pela representação de seu gênero - a chamada misoginia.

Dessarte, a atuação do Estado nesse instituto penal ainda se encontra de maneira escassa e, por muitas vezes, falho. Mesmo com a lei, há ainda a necessidade do reconhecimento da desigualdade social que cada mulher vive. Em comparação, existe uma disparidade na Lei



Maria da Penha, por exemplo, que é cunhada com conceitos amplos em várias esferas sociais, diferentemente da Lei do Feminicídio que é desprovida de detalhes e amplitude à diversidade de gênero, no qual estão incluídas as mulheres trans.

Sendo assim, pode-se dizer que a visão sobre gênero e a concepção da nossa própria imagem perante a sociedade é construída, redefinida e transformada a todo o momento, ou seja, não há nada definitivo. Dessa maneira, “O conceito de identidade deve ser entendido dentro de uma perspectiva socioconstrucionista, ou seja, nossa identidade é construída a partir das relações sociais, e não são “[...] definidas biologicamente ou fixas” (TILIO, 2009, p. 111).

A utilização do termo “sexo feminino” na delimitação sobre as considerações causativas do crime de Feminicídio - § 2º -A, evidencia como o sistema jurídico brasileiro apresenta moldes excludentes e aversivos às mulheres fora do padrão dual/genitálico. Além de inviabilizar a existência, a não inclusão do seu reconhecimento na norma gera o sentimento de regresso e inércia por parte do judiciário e legislativo.

2- DIREITOS TRANS

No atual ordenamento jurídico brasileiro há uma carência de normas inclusivas para as pessoas transexuais. É um sistema excludente e precário que reflete nos altos índices de violência contra tal população. Concordante a isso a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), entre 1/01/2020 e 28/02/2020 registrou no Brasil 38 notificações de assassinato ou violência cometida contra pessoas trans sendo que, no mesmo período, em 2019 houve somente 20 casos, ou seja, as ocorrências subiram em mais de 90% (ANTRA, 2020). Contudo, apesar de ainda existir preconceito e discriminação, importantes conquistas foram sendo obtidas no decorrer dos anos mediante numerosos esforços.

Uma dessas realizações foi a criação, em 2004 pelo ministério da Saúde, do Comitê Técnico (CT) para a saúde da população de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transgêneros (GLBT) que incluiu contribuições de especialistas da área da pesquisa científica e de movimentos sociais auxiliando, assim, na maior inserção desse grupo ao acompanhamento de políticas públicas voltadas a área da saúde (BRASIL, 2013, p.13).

Por conseguinte, a partir da portaria 457 de 2008 (BRASIL, 2008) e 2.803 de 2013 (BRASIL, 2013), foi instaurada e regulamentada, pelo Ministério da Saúde, a cirurgia de transgenitalização realizada pelo SUS. A primeira assegurou cuidados integrais com uma rede de acolhimento formada por equipes multidisciplinares de psicólogos, endócrinos e cirurgiões realizando, também, o tratamento hormonal pré-operatório e o acompanhamento terapêutico no



procedimento de redesignação sexual tendo 21 anos como idade mínima para realização e máxima de 75 anos (BRASIL, 2008). É importante salientar que apesar de tal conquista ser crucial para maior aceitação corporal das pessoas trans que têm disforia de gênero (sentir que não são do gênero que aparentam ser fisicamente) nem sempre a cirurgia é o meio mais adequado para atender as subjetividades da pessoa trans.

Em decorrência disso Arán, Murta e Lionço, em conformidade com o artigo 3º da mesma portaria, comentam:

“A cirurgia de transgenitalização, comumente apresentada como central na demanda de transexuais, foi problematizada como solução não-consensual entre as diferentes pessoas transexuais. Existindo realidades distintas, há também necessidades distintas quanto à característica das intervenções somáticas que seriam satisfatórias para cada indivíduo. É interessante notar que a discriminação e a conotação patologizante que recai sobre transexuais foram apresentadas como central para o segmento, demandando iniciativas que primem pela humanização do atendimento e pela viabilização e qualificação do acesso dessas pessoas ao sistema de saúde”. (ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela; LIONÇO, Tatiana. Transexualidade e saúde pública no Brasil, *Ciência & Saúde Coletiva*, 14 (4):1141-1149, 2009).

Ademais, para melhor se ajustar aos avanços tecnológicos a respeito do procedimento transgenitalizador, foi publicada, em 2013, a portaria 2.803 que redefiniu e ampliou o processo de redesignação de gênero no SUS para que se tenha acesso desde a atenção básica até a especializada - entrando em consonância à Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, e ao Relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) - além de auxiliar no desenvolvimento dos territórios quanto à regionalização da saúde e implementar a atuação das Redes de Atenção (BRASIL,2013).

Além disso, outro direito conquistado foi a modificação de nome e gênero na certidão de nascimento, casamento e óbito mesmo que não se tenha realizado o processo cirúrgico de redesignação de gênero baseando-se na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275 julgada no primeiro semestre de 2018 tendo, por unanimidade, reconhecimento da corte sobre o direito e ficando decidido, por entendimento da maioria, não se fazer necessária autorização judicial. Também é notável destacar que nove anos antes de tal julgamento, através da Portaria 1.820, o SUS garantiu a possibilidade de qualquer paciente ser identificado e atendido nas unidades de saúde pelo nome de sua escolha, não dependendo do registro civil ou de qualquer determinação judicial (BRASIL,2009).

Ainda em 2018, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu que as mulheres trans poderiam utilizar a cota de candidatura para mulheres, pois, com base na sustentação do



ministro Tarcísio Vieira, a expressão "sexo" da lei "refere-se ao gênero e não ao sexo biológico", vide Portaria Conjunta TSE nº 1, de 17 de abril de 2018.

Argumentou, ainda, que "o entendimento sufragado pelo tribunal é que as pessoas concorram nas cotas adequadas" e que "é o respeito que as pessoas, na sua dignidade humana, merecem".

Não obstante, buscando se tornar mais inclusivo, o Ministério da Educação (MEC), através da edição da Portaria 33, homologou, em janeiro de 2018, um parecer do Conselho Nacional de Educação, que reconhecia o direito do uso do nome social pelos transexuais e travestis na realização de suas matrículas efetuadas nas instituições de educação de todo o território nacional e evidenciou que caso o aluno tenha menos de 18 anos, o pedido deve ser solicitado pelos pais ou representantes legais do mesmo (BRASIL, 2018).

Outra importante vitória foi o Projeto de Lei do Senado nº 191/2017, que modificou a redação do art. 2º da Lei nº 11.340 – conhecida como Lei Maria da Penha – para estabelecer que independentemente da identidade de gênero é assegurado o direito à mulher.

Contudo, a inclusão determinada não ocorre de maneira efetiva, como acontece também nos casos de feminicídio, tornando com que mulheres transexuais fiquem à margem do amparo legal.

3- PROJETOS DE LEI

Novos projetos de lei vêm surgindo com o fito de trazer maior segurança a este grupo vulnerável, o mais antigo deles, o PL 7582/04 tipifica os crimes de ódio e intolerância, motivados por preconceito ou discriminação em virtude de orientação sexual, identidade e expressão de gênero, entre outros. Rebecca Stotzer (2007, p.01) define-os como:

“Os crimes de ódio são motivados por preconceito contra alguma característica da pessoa agredida que a identifica como parte de um grupo discriminado e socialmente desprotegido e são caracterizados pela forma hedionda como são executados, com várias facadas, alvejamento sem aviso, apedrejamento”.

Segundo dados da Antra (2021, p.09), em análise minuciosa, chegou-se ao número de 175 assassinatos contra pessoas trans em 2020, destacando-se, ainda, a subnotificação e a falta de dados governamentais. Outrossim, dados da ONG Transgender Europe (2020, p. 01) de 1 de outubro de 2019 a 30 de setembro de 2020 mostram que o Brasil é o líder no assassinato de pessoas trans.

Com isso, vemos que os alarmantes números pré-pandêmicos (TGEU, 2019, p.01) foram superados, não só pela cultura arraigada, mas também em consequência das mudanças

nas dinâmicas sociais, dentre elas, o maior convívio das mulheres trans com os seus agressores. Consoante a ONG, o problema é ainda maior do que os dados obtidos:

“[...]esses números não são completos. Devido ao fato de que os dados não são coletados de forma sistemática na maioria dos países, somado ao constante equívoco das famílias, autoridades e mídia, não é possível estimar o número de casos não notificados.” (TGEU, 2020, p.01) 83

No que se refere à aplicabilidade da qualificadora, nota-se que inicialmente o projeto de lei 8305/14, responsável por incluir o feminicídio como homicídio qualificado e classificando-o em hediondo trazia em seu bojo o termo gênero, substituído ao chegar à câmara dos deputados pelo termo sexo feminino. Nesse sentido, tal modificação baseada apenas no critério biológico contribui para haver maior violência contra o grupo trans, tendo em vista a ausência de uniformidade na interpretação da lei do feminicídio, pois, em alguns casos as mulheres trans são enquadradas na lei e em outros não.

Em consonância ao projeto de lei que visa a proteção através da qualificadora do feminicídio há outros projetos de lei como o PL 8032/14 e o PL 191/17, como anteriormente mencionado, que têm como propósito a ampliação da lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e a proteção às pessoas transexuais e transgêneras. Aquele sugere que o artigo 5º da referida lei passe a ter a seguinte redação:

“As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual e se aplicam às pessoas transexuais e transgêneros que se identifiquem como mulheres” (BRASIL, 2014, p. 01)

Apesar dos avanços no que se refere a mudança da mentalidade arraigada, muitos ainda são os preconceitos existentes na sociedade brasileira quanto às mulheres transexuais, principalmente por não serem reconhecidas como mulheres tanto pela sociedade civil como pelo Estado. Isso pode ser verificado não só pela modificação do texto original, mas também pelas justificativas apresentadas por alguns parlamentares contra o projeto supracitado alegando a desvirtuação da lei, por ser, segundo eles, inicialmente voltada à mulher. Para o senador Marcos Rogério (DEM-RO):

“A alteração legal almejada pelo PLS 191/2017 redundará em completa deturpação dos propósitos da Lei Maria da Penha, uma vez que esta foi idealizada justamente com base na desigualdade de gênero entre homens e mulheres” (SENADO, 2019).

Já para a senadora juíza Selma (PSL-MT):

83 Texto original: “However, these figures are not complete. Due to data not being systematically collected in most countries, added to the constant misgendering by families, authorities, and media, it is not possible to estimate the number of unreported cases”.



“A real intenção da Lei Maria da Penha foi de determinar, taxativamente, que somente a mulher, em face de sua fragilidade biológica natural perante o sexo masculino, pode ser resguardada pelos seus efeitos” (SENADO, 2019)

Dois projetos de lei mais recentes são o PL 7292/17 e o PL 7702/17. Aquele pretende incluir na lei que os crimes praticados contra LGBTs sejam considerados como qualificadora para o crime de homicídio e sua inclusão no rol de crimes hediondos, já este pretende incluir na lei 7.716/89 os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero.

4 O CASO MICHELE

Em atuação pioneira no Estado de São Paulo, a Promotoria de Justiça do III Tribunal do Júri da Capital ofereceu denúncia, pelo crime de feminicídio contra o ex-companheiro de Michele, uma mulher transexual, assassinada em 09 de fevereiro de 2016 na cidade de São Paulo por Luiz Henrique Marcondes dos Santos, seu cônjuge, que desferiu vários golpes de faca em seu pescoço, acarretando, assim, em seu óbito. Ao realizar seu depoimento na delegacia de polícia, Luiz Henrique, declarou que os dois mantinham um relacionamento de quase 10 anos, tendo a conhecido em uma casa de apoio para pessoas soro positivo.

Conforme depoimento do mesmo, o crime ocorreu após o casal ter ingerido bebida alcoólica que resultou em uma discussão motivada por ciúmes. Michele, no meio do desentendimento, pegou uma faca de cozinha e desferiu ameaças a seu, então, companheiro que, ao tentar se defender, ocasionou o desequilíbrio da vítima culminando na queda de ambos. Tendo em seu poder a arma branca, durante a queda, o réu atingiu Michele no pescoço, o que resultou no principal motivo de sua morte. Ele ressaltou, ainda, que sua intenção não era matar sua companheira, mas somente se defender.

Contudo, durante a investigação foi constatado que ambos viviam em um relacionamento conturbado sendo que no dia do fato o acusado ficou enfurecido e, tomado por fortes emoções, decidiu se vingar. Utilizando-se de força bruta, estrangulou-a e em seguida desferiu golpes violentos de faca em seu pescoço. Constatando que Michelle havia falecido, o acusado, temendo um linchamento, enterrou o corpo da vítima em um terreno baldio a poucos metros do local do crime.

Tendo em vista os fatos narrados, o réu foi denunciado por ocultação de cadáver e teve a aplicação da qualificadora por motivo torpe, já que o crime foi praticado pelo desejo de se vingar da vítima. Ainda consta que o crime ocorreu por razões de Michele ser do gênero feminino, envolvendo violência doméstica e familiar, haja vista que o réu e a vítima mantinham

um relacionamento conjugal e, reforça, também, entendimento do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPJ), que orienta a aplicação da Lei 11340/06 em casos de agressões a mulheres transexuais e travestis, independentemente de ter sido realizada cirurgia de redesignação de gênero, nome ou sexo no documento civil.

Em concordância a tal entendimento, o Promotor responsável pelo caso decidiu seguir a linha doutrinária de interpretação abrangente ao considerar o gênero da vítima para a aplicação da qualificadora do feminicídio. Em sua justificativa para tal posicionamento o mesmo declara que:

“Inegavelmente, a vítima se comporta como mulher, até mesmo com nome social de conhecimento notório, mantendo relação amorosa com um homem, utilizando vestes e cabelos femininos, além de já ter realizado procedimentos cirúrgicos para adequação do corpo, como a manipulação de silicone nos seios”. (MPSP, 2016).

Seguindo o mesmo entendimento, a magistrada Patrícia Inigo Funes e Silva pronunciou o Réu, fundamentada no art. 121, § 2º, incisos I e VI, §2º -A, inciso I, art. 211, ambos do Código Penal, e artigo 413 do Código de Processo Penal reconhecendo, com isso, a aplicação da Lei Maria da Penha. Argumentou, também, que a identidade da mulher transexual deve ser levada considerada, independentemente de ter realizado cirurgia ou feito qualquer alteração relacionada ao gênero em seu registro civil, bastando somente que a pessoa figure no polo passivo e se considere mulher.

Entretanto, o acusado interpôs Recurso em Sentido Estrito nº 0001798-78.2016.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, tendo como Relator Osny Pereira que, em seu voto, entendeu como procedente o pedido de afastamento da qualificadora do feminicídio, utilizando como argumento o entendimento de que tal qualificadora deve ser aplicada somente nos casos em que a vítima seja de fato do sexo feminino.

É nesse sentido que a ementa do processo determina:

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRONÚNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA FEMINICÍDIO – QUALIFICADORA SOMENTE APLICADA QUANDO O SUJEITO PASSIVO FOR MULHER POR RAZÕES DAS CONDIÇÕES DO SEXO FEMININO. PROVIMENTO AO RECURSO DA ACUSAÇÃO E PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA. (TJ-SP - RSE: 00017987820168260052 SP 0001798-78.2016.8.26.0052, Relator: Osni Pereira, Data de Julgamento: 10/09/2019, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 10/09/2019)”.

No entanto, essa exclusão das mulheres trans da qualificadora do feminicídio corrobora para um padrão limitado ao entendimento fisiológico de “homem” e “mulher” que é reflexo de uma sociedade primordialmente patriarcal. Acrescente-se que o Estado, cuja função primordial



é a proteção de seus cidadãos, é omissa no que diz respeito a esta parcela populacional, seja no processo de criação da legislação, mas também nos seus órgãos responsáveis por prestar atendimento direto ao público, como delegacias, escolas e judiciário dando origem a um processo cíclico de marginalização e vulnerabilidade constante.

Em consequência disso, não poderia ser diferente os altos índices de violência que perpetuam a transfobia nos estados do país como demonstram os dados da pesquisa realizada em 2020 pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil (ANTRA) e publicada no dossiê do primeiro semestre do ano seguinte:

“Em números absolutos, São Paulo foi o estado que mais matou a população trans em 2020, com 29 assassinatos, contando com aumento de 38% dos casos em relação a 2019 – segundo aumento consecutivo, já que, em 2019, houve aumento de 50% em relação a 2018 seguido do Ceará; com 22 casos, que aumentou em 100% o número de assassinatos em relação a 2019 [...]”. (ANTRA, 202, p.34).

Nesse sentido, tal concepção atrasada e heteronormativa em que o legislador se baseou necessita de uma grande mudança para acompanhar a evolução da sociedade. É nesses termos que o Ministro do Superior Tribunal Federal- STF Celso de Mello em decisão (ADI n. 4.275/DF) discorre-ser imprescindível a introdução de um sistema jurisdicional de forma abrangente e igualitária independente de gênero ou sexo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante disso, no que tange às mulheres transexuais, é perceptível o viés discriminatório institucionalizado a este grupo vulnerável, como demonstrado no processo de desenvolvimento do artigo e exemplificado no caso Michele, em que a divergência doutrinária reafirmou a suscetibilidade da vítima de feminicídio no momento em que não aplicou a qualificadora embasando-se em um conceito retrógrado, deturpado e excludente. Outrossim, nota-se que a normatização compulsória e os seus binarismos de gênero contribuíram para a dicotomia do feminino e masculino. Estes, conforme o entendimento de Judith Butler (2003), a partir do momento em que se constituem como um modelo de cultura, tornam-se tão deterministas quanto o próprio caráter biológico.

Nesse sentido, é dever do direito exercer papel fundamental para se ter uma evolução sobre tal entendimento ultrapassado e possibilite a erradicação do discurso que não compreende a ideia de sexo além do determinado biologicamente e a patologização do que foge ao entendimento do diferente. Portanto, hodiernamente, não há mais lugar para declarações e/ou legislações que se mostrem estagnadas em conceitos antiquados de gênero e que não se sujeitem as devidas progressões temporais de modo a modificar conceitos pré-estabelecidos. Tal

concepção está presente desde a antiguidade em filósofos pré-socráticos como Heráclito, que entendia que "nada é permanente, exceto a mudança".

Ademais, cabe ao ente estatal garantir proteção às pessoas pertencentes a comunidade transexual, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana que é um valor inerente a todo e qualquer indivíduo, por meio da aprovação de leis que culminem no término, ou ao menos na diminuição, da segregação de gênero, como alguns dos projetos de lei supracitados já visam diminuir tal omissão estatal, dentre eles o PL 191/17 que permite que os agressores sejam penalizados baseando-se na lei Maria da Penha e no reconhecimento deste grupo vulnerável como mulheres.

REFERÊNCIAS

ANTRA. **Dossiê assassinatos e violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020**. Disponível em: <file:///C:/Users/pamel/Downloads/dossie-trans-2021-29jan2021%20(2).pdf>. Acesso em: 20/04/2021.

Aran, Márcia; Murta, Daniela; Lionço, Tatiana. **Transexualidade e saúde pública no Brasil**. **SciELO**. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000400020&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 08 de abril 2021.

Benevides, Bruna. **Assassinatos de pessoas trans voltam a subir em 2020**. **Antra**, 2020. Disponível em: <<https://antrabrasil.org/category/violencia/>>. Acesso em: 27 de abril de 2021.

Bezerra, Juliana. **Heráclito. Toda Matéria**. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/heraclito/>>. Acesso em: 28 de abril de 2021.

BRASIL. 16ª Câmara de Direito Criminal. **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRONÚNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA FEMINICÍDIO – QUALIFICADORA SOMENTE APLICADA QUANDO O SUJEITO PASSIVO FOR MULHER POR RAZÕES DAS CONDIÇÕES DO SEXO FEMININO. PROVIMENTO AO RECURSO DA ACUSAÇÃO E PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA**. Recurso em sentido Estrito RSE 0001798-78.2016.8.26.0052 SP 0001798-78.2016.8.26.0052. Luiz Henrique Marcondes dos Santos e Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Osni Pereira, Data de Julgamento: 10/09/2019, Jusbrasil, Data de Publicação: 10/09/2019.

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais** / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. Brasília: 1. ed., 1. reimp. Ministério da Saúde, 2013. 32 p.: il.

Brasil. **Ministério da Educação**. Conselho nacional de educação, Brasília, 2018. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=72921-

pcp014-17-pdf&category_slug=setembro-2017-pdf&Itemid=30192 >. Acesso em: 27 de abril de 2021.

Brasil. **Ministério da Saúde**. Gabinete do Ministro, Brasília, 2009. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2021.

Brasil. **Ministério da Saúde**. Gabinete do Ministro, Brasília, 2013. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em: 27 de abril de 2021.

Brasil. **Ministério da Saúde**. Secretaria de Atenção à Saúde. Brasília, 2008. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html>. Acesso em: 27 de abril de 2021.

BUTLER, J. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de

Cajado, Sanmela. Proteção ao transexual feminino: a possibilidade de aplicação da lei maria da penha aos casos de violência doméstica contra transexuais femininos. **Conteúdo Jurídico**. Disponível em: *<<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55707/proteo-ao-transexual-feminino-a-possibilidade-de-aplicao-da-lei-maria-da-penha-aos-casos-de-violencia-domstica-contra-transexuais-femininos>>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

CAMARGOS, Marília Antunes. **A possibilidade da aplicação da qualificadora do feminicídio em casos de violência contra mulheres transexuais**. Fundação Educacional de Lavras, Minas Gerais, 2020. Disponível em: <<http://189.3.77.149/bitstream/123456789/486/1/TCC%20Mar%c3%adlia%20Antunes%20Camargo.pdf>>. Acesso em: 27/04/2021.

Dia da Visibilidade Trans: confira decisões do STF que garantiram direitos de travestis e transexuais. **Supremo Tribunal Federal**, 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=459537&ori=1>>. Acesso em: 17 de abril de 2021.

Dia da Visibilidade Trans: uma linha do tempo da luta e dos direitos de travestis, transexuais e transgêneros. **NUGEN**. Disponível em: <<https://wp.ufpel.edu.br/nugen/2021/01/29/dia-da-visibilidade-trans-uma-linha-do-tempo-da-luta-e-dos-direitos-de-travestis-transexuais-e-transgeneros/>>. Acesso em: 24 de abril de 2021.

Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020 / Bruna G. Benevides, Sayonara Naider Bonfim Nogueira (Orgs). – São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2021 136p.

Galvão, Patrícia. **Justiça aceita denúncia de feminicídio de mulher trans e decidirá se acusado vai a júri popular**. <<https://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/lgbt/noticias-lgbt/justica-aceita-denuncia-de-feminicidio-de-mulher-trans-e-decidira-se-acusado-vai-juri-popular/>>. Acesso em: 20/04/2021.

JESUS, Rafael Pereira Gacelin de; VALVERDE, Thaianna de Souza. **Mulheres trans e feminicídio: o caso Michele e o reconhecimento dos direitos das transexuais**. Disponível

em: < <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/873/1/TCCRAFAELGACELIN.pdf>>.
Acesso em: 19/04/2021.

Lei Maria da Penha poderá valer para transexuais e transgêneros. **Câmara dos deputados**, 2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/448728-lei-maria-da-penha-podera-valer-para-transexuais-e-transgeneros/>>. Acesso em: 21 de abril de 2021.

MAIA, Gustavo. TSE decide que candidatos “trans” devem contar para cotas nas eleições. **UOL**. Brasília, 2018. Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/03/01/tse-decide-que-candidatos-trans-devem-contar-para-cotas-nas-eleicoes.htm>>. Acesso em: 28 de abril de 2021.

MAUX, Filipe Gustavo Barbosa. **Averbação da alteração de prenomes e sexo direto no Cartório de Registro Civil das pessoas Naturais**. Disponível em: <<http://www.anoregrn.org.br/noticia/averbacao-da-alteracao-de-prenomes-e-sexo-direto-no-cartorio-de-registro-civil-das-pessoas-naturais/5238>>. Acesso: 26/04/2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **MPSP oferece primeira denúncia no Estado por feminicídio de mulher trans**. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=15908065&id_grupo=118>. Acesso em: 28/04/2021.

Mulheres transgênero e transexuais poderão ter proteção da lei Maria da Penha, aprova CCJ. **Agência Senado**, 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/22/mulheres-transgenero-e-transexuais-poderao-ter-protecao-da-lei-maria-da-penha-aprova-ccj>>. Acesso em 21 de abril de 2021.

O que é a disforia de gênero e como identificar. **Tua Saúde**. Disponível em: <<https://www.tuasaude.com/disforia-de-genero/>>. Acesso em: 24 de abril de 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre a eliminação da violência contra as mulheres, 1993. Disponível em: file:///C:/Users/MULTILASER/Downloads/Declara%C3%A7%C3%A3o%20Sobre%20A%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20Da%20Viol%C3%Aancia%20Contra%20As%20Mulheres%20(1).pdf. Acesso em: 30/04/21.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 30/04/21.

PL 7582/2014. **Câmara dos deputados**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=616270>>. Acesso em: 21 de abril de 2021.

PL 7702/2017. **Câmara dos deputados**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2138861>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

PL 8032/2014. **Câmara dos deputados.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=623761>>. Acesso em: 22 de abril de 2021.

REISDORFER, J. G.; PUHL, E. A aplicabilidade da qualificadora do feminicídio à mulher transexual. **Academia de Direito**, [S. l.], v. 2, p. 715–736, 2020. Disponível em: <https://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3188>. Acesso em: 28 abr. 2021.

Renato Aguiar. Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

Sousa, Felipe. Senado aprova projeto que inclui mulheres trans na Lei Maria da Penha. **Pheeno**. Disponível em: <<https://pheeno.com.br/2019/05/senado-aprova-projeto-que-inclui-mulheres-trans-na-lei-maria-da-penha/>>. Acesso em: 21 de abril de 2021.

SOUZA, Luis Henrique da Silva; BERNARDES, Anita Guazzelli. Processo transexualizador do SUS e psicologia: modos de governar populações e suas negociações. **PEPSIC**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672020000100008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo. **Supremo Tribunal Federal**, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>>. Acesso em: 17 de abril de 2021.

STOTZER, Rebecca L. **Comparison of hate crime rates across protected and unprotected groups**. Los Angeles: University of California, School of Law, 2007.

TILIO, R. Reflexões acerca do conceito de identidade. 2009. Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/reihm/article/view/529/530>>. Acesso em: 29/04/21

TMM update: Trans day of remembrance 2019. **Transgender Europe**, 2019. Disponível em: <<https://transrespect.org/en/tmm-update-tdor-2019/>>. Acesso em 27 de abril de 2021

TMM update: Trans day of remembrance 2020. **Transgender Europe**, 2020. Disponível em: <<https://transrespect.org/en/tmm-update-tdor-2020/>>. Acesso em 27 de abril de 2021

Transgêneros: a busca pela igualdade formal e material no direito brasileiro. **Brasil Escola**. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/transgeneros-busca-pela-igualdade-formal-material-no-direito-brasileiro.html>>. Acesso em: 20 de abril de 2021.

TSE publica portaria que regulamenta a inclusão do nome social no cadastro de eleitores. **Tribunal Superior Eleitoral**, 2018. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Abril/tse-publica-portaria-que-regulamenta-a-inclusao-do-nome-social-no-cadastro-de-eleitores>>. Acesso em: 27 de abril de 2021.

Violência contra mulheres trans e travestis começa em casa e continua do lado de fora. Boueri, Aline. **Gênero número**, 2019. Disponível em: <<http://www.generonumero.media/maioria-de->>



agressoes-mulheres-trans-e-travestis-ocorre-dentro-de-casa-revelam-dados-do-ministerio-da-saude/>. Acesso em: 20 de abril de 2021.

CAPÍTULO 25

O COMÉRCIO VIRTUAL À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

DOI: 10.47402/ed.ep.c202161025127

Débora Teixeira dos Santos, Especialista em Direito Processual Civil, UFN e Advogada

RESUMO

Com a expansão da rede mundial de computadores, tornou-se viável a contratação de serviços ou aquisição de bens pela internet. Dessa forma, muitas foram as facilidades adquiridas sem que o consumidor precisasse sair de casa, utilizando o conforto e tecnologia ao seu favor. Trata-se de um meio tentador, porém se faz necessário tomar as medidas de precaução. Objetivou-se demonstrar a responsabilidade civil contratual aplicada nas relações virtuais, destacando as relações virtuais de consumo o comércio eletrônico. Para confecção deste trabalho realizou-se uma ampla pesquisa bibliográfica na literatura científica atual e documental na Lei nº 8.078/90 e no Decreto Lei nº 7.962/13. Conclui-se que a verificação da responsabilidade Civil nas relações virtuais de consumo, demonstra-se relevante, pois é através dela que se busca responsabilizar a quem deve responder por falha ou vício na prestação do serviço ou aquisição do bem, cujo objetivo é a proteção do consumidor, a fim de que haja tratamento igualitário entre as partes. A linha de pesquisa acadêmica é embasada no constitucionalismo, na concretização de direitos e cidadania.

PALAVRAS – CHAVE: Responsabilidade. Civil. Contratual. Relação. Consumo.

INTRODUÇÃO

O mundo moderno trouxe ao ser humano uma tecnologia extremamente mutante, a Internet, essa que é tanto quanto avassaladora, tendo em vista a ciência e a engenharia envolvida em seu desenvolvimento, resultando no acesso lógico e rápido às ofertas e serviços disponíveis nesta via, onde tudo é muito insensível, gerando assim uma sensação de consumismo e capitalismo desenfreado.

Depara-se, dessa forma, com um aparato de preocupações, dentre elas, de como se deve pensar, agir e executar o que se objetiva e de como manter a segurança nos processos de comércio, serviços e contratações na forma eletrônica.

Ainda, a questão da peculiaridade destas relações virtuais, onde tudo é muito ágil, e que possibilitam o acesso rápido ao consumidor vulnerável e que muitas vezes não tem conhecimento de seus direitos, restando numa situação de grande desequilíbrio, frente a outra parte.

Quanto aos objetivos deste trabalho de modo geral é destacar a responsabilidade civil contratual aplicada no comércio virtual. Quanto aos objetivos específicos: destacar a contratação eletrônica; estudar a responsabilidade civil contratual aplicada às contratações eletrônicas no comércio virtual.

Dessa forma, a fim de buscar a efetiva proteção e resguardo das questões referentes as relações virtuais faz-se este estudo, atentando para o direito atrelado.

O presente trabalho teve como fonte a pesquisa bibliográfica e documental, na lei e no decreto lei, onde serão estudadas obras dos autores mais renomados do tema em enfoque. A estrutura do trabalho está organizada três sessões que discorrerá de forma comprometida com o tema. A linha de pesquisa acadêmica é embasada no constitucionalismo, na concretização de direitos e cidadania. O método utilizado é dedutivo, porque parte do geral para o específico e o histórico uma vez que é feita uma abordagem acerca dos contratos eletrônicos, a responsabilidade civil contratual nessa relação.

1 CONTRATOS ELETRÔNICOS

O contrato é um meio pelo qual as partes se utilizam ajustando prazo, condições e obrigações mútuas para a consecução de determinado fim lícito.

Para iniciar a falar do tema faz-se necessário conceituar a visão tradicional de contrato, a partir de Ronaldo Alves de Andrade:

Em nossa concepção, com os mesmos elementos do direito Francês, podemos conceituar o contrato como o negócio jurídico bilateral pelo qual duas ou mais pessoas emanam vontades convergentes para criar, modificar, transferir, extinguir direitos e obrigações-relação jurídica- e regulamentar a relação jurídica nascida do negócio jurídico (ANDRADE, R., 2004, p. 20).

No que concerne os contratos eletrônicos, Ronaldo difere do conceito anterior, assim:

Na nossa proposição, contrato por meio eletrônico é o negócio jurídico celebrado mediante a transferência de informações entre computadores, e cujo instrumento pode ser decalcado em mídia eletrônico. Dessa forma, entram nessa categoria os contratos celebrados via correio eletrônico, Internet, Intranet, EDI (ELTRONIC DATEINTERCCHANGE), ou qualquer outro meio eletrônico, desde que permita a representação física do negócio em qualquer mídia eletrônica como CD, DISQUETE, FITA DE ÁUDIO OU VÍDEO (ALVES, 2004, p. 31).

O contrato eletrônico não é um novo contrato e sim um contrato de adesão, porém o que muda é o meio pelo qual ele é realizado. É um contrato comum igual aos outros (de compra e venda, prestação de serviços), celebrados por meio eletrônico. Nesse sentido é o entendimento de Sérgio Cavarieli Filho, veja-se:

A designação contratos eletrônicos, tal como a expressão contratos de adesão, não



indica um novo tipo de contrato, ou categoria autônoma; refere-se apenas ao meio ou instrumento pelo qual é celebrado. São contratos comuns- compra e venda, prestação de serviços, locação de coisas e outros, celebrados por meio eletrônico, para o seu cumprimento ou para a sua execução. O objeto dos contratos eletrônicos, portanto é o mesmo dos contratos tradicionais (produtos, serviços, transferência de numerário, compra de ações), diferindo apenas no que diz respeito à forma de contratação ou meio de entrega (CAVARELI FILHO, 2011, p. 280).

Esse meio utilizado para formação deste contrato é a internet, conforme nos informa Marcos Relvas:

Em sua essência, o contrato eletrônico não se descaracteriza em qualquer aspecto que componha a ideia de contrato como principal fonte do direito das obrigações, apenas sua forma é diversa, e é necessário nos libertarmos dela para analisar sua natureza.[....] [...] Este ambiente conhecido como rede mundial de computadores ou internet é caracterizado por sua virtualidade, ou seja, pela emulação daquilo que concebemos como real, e ainda se caracteriza por ser uma união de meio de comunicação e local (locus), ainda que virtual, onde podem ocorrer atos ou negócios jurídicos (RELVAS, 2005, p. 68).

Sendo assim, a internet se propagou, a tecnologia ajudou a difundir e hoje muito se tem usado a rede para adquirir serviços e produtos. Em suma, o contrato eletrônico surge para facilitar a vida do consumidor que adquire bens, produtos e serviços de maneira simples e segura.

Nesse aspecto é coerente analisar as questões voltadas aos benefícios que este meio de contratação estabelece entre as partes envolvidas e para tanto, destaca-se o entendimento de Maria Eugênia Finkelstein:

O comércio eletrônico resolve um dos principais anseios dos consumidores: a facilitação da comparação de preços. Por meio da utilização da internet, o consumidor pode comparar preços sem sair de casa. A vantagem é inegável. As perspectivas são inimagináveis. É o fim da limitação geográfica a que o consumidor sempre esteve adstrito e também da falta de informação sobre os produtos a serem adquiridos (FINKELSTEIN, 2011, p. 38).

E as vantagens não param por aí os fornecedores também são beneficiados nestas relações, verifica-se:

Para os fornecedores, as perspectivas possibilitadas pelo comércio eletrônico também parecem ser muito boas. Eles terão como dimensionar a sua produção, pois que os pedidos serão feitos *on line*, mas a entrega deverá ser feita a prazo. Num futuro próximo, é bastante provável que os fornecedores reduzam, e muito, o seu custo de estocagem e de produção em face da falta de consumo. Ademais, os investimentos em instalações físicas tendem a diminuir (FINKELSTEIN, 2011, p. 38).

Pelo brilhante entendimento de Marcos Relvas, verificasse que “O contrato eletrônico é um negócio jurídico bilateral ou prurilateral que vincula as partes numa relação obrigacional, fruto de declarações convergentes de vontades, sem qualquer forma específica ou suporte físico determinado para sua constituição...” (RELVAS, 2005, p.71).

Ainda, Garcia Marques e Lourenço Martins, trazem particularidades, com relação aos

contratos eletrônicos, veja-se:

[...] Na contratação eletrônica há particularidades que não podem ser ignoradas em virtude da específica natureza do meio de comunicação utilizado e do grande desequilíbrio existente entre as partes em confronto, que devem ser tidas em consideração no momento da formação da vontade e na fase da execução contratual (MARQUES; MARTINS, 2006, p. 403).

Faz-se necessário observar certas peculiaridades em razão da tamanha discrepância em que se encontra o consumidor, seja pelo fato de ter que submeter-se ao fornecedor, seja por estar desamparado, uma vez as negociações podem ser lesivas ao consumidor. Nesse sentido é o ensinamento de Cláudia Lima Marques, considerando os contratos por meio eletrônico "automatizado", veja-se:

Os contratos a distância no comércio eletrônico seriam apenas um subtipo dos contratos "automatizados", contratos realizados diretamente com computadores (como os contratos de home-banking) ou com máquinas de respostas (como os contratos por telefone correpondedores automáticos), contratos "em silêncio" ou "sem diálogo"(expressão de IRTI), conduzidos mais pela imagem, pela conduta de apertar um botão, do que pela linguagem (MARQUES, 2006, p.111-112).

Muito bem ressalta Cláudia, uma vez que os contratos eletrônicos podem ser comparados a outros, o que vai mudar quando se refere a eles é o meio em que é utilizado para sua composição, desta forma é igual a outro contrato qualquer. Corroborando com esta questão, Cláudia Lima Marques informa:

O "específico e substancialmente diferente" aqui é o meio eletrônico utilizado, que permite de um lado interactividade , de outro, algo analógico às correspondências ou reembolso postal, no uso de *e-mail* na contratação a distância com intervalo temporal. Também há que se destacar o uso metodológico da imagem, da conduta social típica e do silêncio dos consumidores. Assim, entrando no mundo virtual dos sites (imagens), o caminho é repleto de imagens (e linguagens), e um simples tocar no teclado significa aceitação; e um simples continuar num site, em silêncio, abrindo wraps sem protestar ou cortar a conexão, pode significar um determinado tipo de contratação ou declaração negativa ou positiva (MARQUES, 2006, p.113).

É necessário observar tais questões, uma vez que o meio eletrônico destaca-se pela forma utilizada, deve se levar em conta um clique no teclado para iniciar o que chamamos de contrato e obrigações entre as partes contratantes. Conforme ressalta Ronaldo Lemos Da Silva Junior e Ivo Waisberg:

Uma das formas mais correntes de contratação eletrônica são os chamados CLICK THROUGH AGREEMENTS ou CONTRATOS POR CLIQUE, são assim chamados porque seus termos são aceitos mediante confirmação digital na tela do monitor, geralmente realizado com o uso de um mouse. Antes da realização do negócio jurídico, é aberto um arquivo eletrônico com o texto integral do contrato. A continuação do negócio somente é possibilitada mediante um clique num "botão eletrônico" que veicule uma expressão de concordância com os termos apresentados. Caso a parte não aceite os termos, a formação do contrato não se completa (SILVA JÚNIOR; WAISBERG, 2001, p. 207).

Ainda, no que concerne aos contratos eletrônicos, verificasse a venda on-line e de bens

informáticos aos consumidores, pelo entendimento de Cláudia Lima Marques:

Nos contratos de venda *on-line* e de bens informáticos aos consumidores, os produtos vendidos podem ser materiais, que serão entregues *a posteriori* no local indicado pelo consumidor, e imateriais (*software etc.*), cujo envio é imediato ou retardado no tempo, mais pelo mesmo meio eletrônico. Os problemas mais comuns são a não entrega, ou entrega em endereço errado, as transações especificadas de correio ou de recebimento, o retardo na entrega, a falta de sanção pelo retardo na entrega, a falta de garantia para o produto, a impossibilidade de executar o direito de arrependimento (produto aberto, software já enviado, endereço incongruente ou incompleto) [...] (MARQUES, 2006, p. 115).

A venda on-line é a mais comum, muitas pessoas utilizam dessa forma para adquirir bens e produtos, mais adiante será trazido duas jurisprudências envolvendo estas questões.

2 A LEI N.º 8.078/90 E O DECRETO LEI N.º 7.962

A Lei foi criada para regulamentar a proteção da parte contratante, tida como "a mais fraca", a vulnerável, abarcando direitos regularmente previstos que podem e devem ser observados quando da relação de consumo, foi o Código de Defesa Do Consumidor, conforme o entendimento de Cláudia Lima Marques:

A LEI 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa Do Consumidor CDC, entrou em vigor em 11 de março de 1991, representando uma considerável inovação no ordenamento jurídico brasileiro, uma verdadeira mudança na ação protetora do direito. De uma visão liberal e individualista do direito civil, passamos a uma visão social, que valoriza a função do direito como ativo garante do equilíbrio, como protetor da confiança e das legítimas expectativas nas relações de consumo no mercado (MARQUES, 2006, p.34).

Dessa forma, visando harmonizar e equilibrar as relações de consumo foi criada a lei, com o intuito de preservar os direitos das partes envolvidas na relação de consumo, no sentido principal de igualar consumidores e fornecedores.

Cabe ao Estado, intervir nessas relações, só que esta intervenção refere a redução de autonomia da parte, de sua vontade, uma vez que deverá observar a Lei supra referida.

O Decreto Lei 7.962 de 15 de março de 2013, regulamenta o Código de Defesa do Consumidor para dispor da contratação no Comércio Eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos: "I- informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor, II- atendimento facilitado ao consumidor, III- respeito ao direito de arrependimento".

Os sites que ofertam ou concluem contrato de consumo devem disponibilizar destacadamente de fácil visualização, conforme o Decreto Lei 7.962 de 15 de março de 2013, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor, as seguintes informações:

I- Nome empresarial e número de inscrição fornecedor, quando houver, no cadastro nacional de Pessoa Física ou no cadastro nacional de Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda.

- II- Endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias, sua localização e contato.
- III- Características essenciais do produto ou do serviço, incluindo os riscos à saúde e a segurança dos consumidores.
- IV- Discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias tais como a de entrega ou seguros.
- V- Condições integrais da oferta, incluindo as modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto.
- VI- Informações claras e ostensivas a respeito de qualquer restrição a fruição da oferta.

Ainda, no Decreto lei os artigos 6º e 7º, dispõe acerca da observância ao cumprimento das condições da oferta como a entrega dos produtos e serviços, e a inobservância das condutas, ensejará as sanções prevista no art.56 do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONTRATAÇÃO VIRTUAL

Preliminarmente, ao discutir propriamente sobre a responsabilidade civil, mister se faz referir sobre as desvantagens da contratação eletrônica, que vão muito bem ressaltadas, por Maria Eugenia:

Os contratos eletrônicos, atualmente, apresentam grandes problemas a serem superados. Destacam-se:

- 1-A presença de cláusula abusiva nos contratos eletrônicos, em face da normal falta de negociação.
- 2-O fato da maioria dos contratos eletrônicos caracteriza contratos de adesão.
- 3-A falta de segurança acarreta riscos à privacidade do usuário.
- 4-A questão da assinatura digital e da autoridade certificadora (FINKELSTEIN, 2004, p. 190).

Essas desvantagens, talvez se demonstram pela falta de conhecimento acerca de quem e como responsabilizar, por exemplo, a parte que estipula cláusula abusiva nos contratos eletrônicos, sem que a parte contratante perceba essas abusividades, para tanto necessário se faz a análise deste estudo sobre a responsabilidade Civil.

É visível a evolução pela qual a sociedade vem passando, com a qual surgem novos conflitos e novos direitos a serem defendidos, e, para tanto, necessário se faz a criação de meios que possam encontrar soluções de forma a minimizar conflitos. Surge assim, o instituto da responsabilidade civil, objetivando restaurar o equilíbrio entre as partes integrantes de um conflito, tanto na ordem moral quanto na patrimonial, no presente estudo será abordado especialmente a responsabilidade do vendedor e do provedor.

O dever jurídico sucessivo que surge para reparar o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário, chama-se, responsabilidade civil. Todos os fatos decorrentes da conduta das pessoas são de sua responsabilidade e caso venham a causar danos a outrem ficam sujeitos repará-los (CAVARIELI FILHO, 2010, p. 02).

Porém, não era essa a visão que se tinha nos primórdios da humanidade, veja-se:

A reação era imediata diante do dano causado, até instintiva e brutal do ofendido, situação em que o que dominava era a vingança privada. Em meados do Século V antes de Cristo, tais reações foram regulamentadas, no que chamaram de "olho por olho, dente por dente", ou lei do Talião (GONÇALVES, 2007, p. 04).

No período conhecido como da composição, começou a vislumbrar o ganho econômico que se poderia ter diante do dano sofrido, substituindo a vingança pela então chamada compensação econômica, que pouco depois passou a ser voluntária para obrigatória, além do que tarifada (GONÇALVES, 2007, p. 04).

Logo, tentava-se realizar acordos entre o autor do dano e a vítima, ante a observância do fato de que seria mais conveniente entrar em composição com o autor da ofensa para que ele reparasse o dano mediante o pagamento de determinada quantia (DINIZ, 1997, p.10).

Essa questão ocorreu num estágio mais avançado da evolução humana, quando já existia a figura do soberano.

Aqui era vetado a vítima fazer justiça com as próprias mãos, porém não existia a ideia de culpa, tampouco se tinha a separação de responsabilidade civil e responsabilidade penal. Verifica-se o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves:

Somente na Lei Aquilia, ano de 286 a.C., é que se vê esboçado um princípio geral regulador da reparação do dano. O direito Frances deixou mais nítidas as ideias românticas, abandonando os critérios de enumerar casos em que a reparação era obrigatória generalizando então, o princípio aquiliano, onde a culpa ainda que levíssima, obriga a indenizar (GONÇALVES, 2007, p. 06).

Tem-se a informação pelo doutrinador Fernando Noronha que:

Foi nos séculos que sucederam a idade média, em especial no século XVII, no tempo do iluminismo que sucedeu a Revolução Francesa, que, enfim, se teve a total entre ambas, quando a diferenciação entre "pena" e a "reparação" se deu em consequência da publicação da responsabilidade penal e à privatização da responsabilidade civil, assistindo-se a construção do estado moderno (metade do século XV) (NORONHA, 2007, p. 529).

No ano de 1804, quando vigorou o Código Napoleônico, onde se teve a noção de culpa in abstracto e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual, teve-se a clara ideia de que a responsabilidade civil se funda na culpa, e tal definição partiu daí para inserir-se nas legislações de todo o mundo (DIAS, 1973, p.37).

Fernando Noronha informa que foi no fim da evolução em que se estabeleceu o sistema da responsabilidade individual, veja-se:

No fim da demorada evolução foi que se estabeleceu o sistema da responsabilidade individual do agente, e se viu separada a pena imposta pela autoridade pública e a reparação do dano causado de natureza civil. No Brasil tem-se como marco dessa



evolução, onde fica clara a separação, entre as responsabilidades civil e penal (NORONHA, 2007, p. 529).

É importante verificar-se o marco da responsabilidade para o fim de se estabelecer as normas que incidirão a partir daquele momento, porém deve-se atentar as premissas que servirão de suporte doutrinário, conforme o entendimento de Sérgio Cavarieli Filho:

Há duas premissas que servirão de suporte doutrinário para verificar-se acerca da responsabilidade. Primeira: não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação de dever jurídico preexistente, segunda: para se identificar o responsável é necessário precisar o dever jurídico violado e quem descumpriu (CAVARELI FILHO, 2010, p. 05).

Portanto, é necessário a violação do dever jurídico que já exista, ademais deve haver o responsável, quem descumpriu determinado fato, corroborando com este entendimento vem os ensinamentos a seguir:

Segundo a teoria clássica, a responsabilidade civil repousa em três pressupostos: deve haver um dano; a culpa do autor do dano; e a relação de causalidade entre este e aquele (GONÇALVES, 2007, p. 04).

Assim sendo diz-se que responsabilidade civil é a obrigação que uma pessoa tem de reparar o dano causado a outra, por ela mesma ou por pessoas que dela dependam. Verifica-se o ensinamento de Sérgio Cavarieli Filho, com relação as causas jurídicas que podem gerar a obrigação de indenizar, cita-se:

As mais importantes são as seguintes: a) ato ilícito (stricto sensu), isto é lesão antijurídica e culposa dos comandos que devem ser observados por todos; b) ilícito contratual (inadimplemento), consiste no descumprimento de obrigação assumida pela vontade das partes; c) violação dos deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividade de risco ou utilizam coisas perigosas; d) obrigação contratualmente assumida de reparar o dano, como nos contratos de seguro e de fiança (garantia); e) violação de deveres especiais impostos pela lei a quem se encontra numa determinada relação jurídica com outra pessoa; f) ato que embora lícito, enseja a obrigação de indenizar (CAVARELI FILHO, 2010, p.05-06).

As causas se referem aos motivos que vão gerar a indenização e que se verifica que se tratam de descumprimentos seja com relação ao contrato, a forma, ou a inda a violação de deveres inerentes ao cumprimento.

A Constituição Federal visando sempre garantir direitos dispõe vários artigos no Âmbito dos direitos e garantias individuais a respeito do tema, como por exemplo, o art.5º, incisos V, X, XLV, entre outros dispositivos específicos, quais sejam: artigo 37, §6º, artigo 173, §5º, dentre outros, veja-se:

O 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:

Inciso V: É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X: São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XLV: Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Art.37,§6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras e serviço públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Art.173, §5º: A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com a sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

A razão que faz com que o agente causador do dano sinta-se obrigado a reparar, talvez seja o sentimento de justiça, este que move multidões diante de fatos causadores de indignação e repúdio.

Sérgio Cavarieli Filho informa que a relação jurídica é caracterizada por haver um grande desequilíbrio e que causa o dano, veja-se:

O que existe nessa relação jurídica é um visível desequilíbrio, originado do ato ilícito, causador do dano, e para que o equilíbrio seja restabelecido, é preciso recolocar o prejudicado no seu status quo ante, ou chegar o mais perto disso possível, recolocando a vítima, tanto quanto possível, na situação anterior a lesão (CAVARELI FILHO, 2010, p.13).

A fixação do quantum indenizatório cabe ao Juiz arbitrar, não podendo esquecer-se de dois princípios básicos quanto desta fixação, veja-se:

O princípio da razoabilidade é utilizado na aplicação da igualdade, para exigir uma relação de congruência entre o critério distintivo e a medida discriminatória. O exame da decisão permite verificar que há dois elementos analisados, critério e medida, e uma determinada relação de concordância exigida entre eles.

O princípio da proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim, de tal sorte, que adotava-se o meio, promove-se o fim (ÁVILA, 2006, p.146-147).

A condenação não deverá ser irrisória, sob pena de tal lesão vir a se repetir, deve, portanto, ser uma forma de punir, para que a parte não venha a cometer novamente o ilícito, ou seja seria impor a vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados, dessa forma incentivará a repetição da lesão pelo agente.

A doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, de acordo com a qualidade da violação, conforme dispõe Sérgio Cavarieli Filho:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito



contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistia qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto (CAVARELI FILHO, 2010, p.15).

Portanto, quando temos partes e o dever gerado decorre de um negócio jurídico, estamos diante da responsabilidade contratual. Quando há uma relação jurídica entre as partes e não dever jurídico preexistente estamos diante da responsabilidade extracontratual. O doutrinador Sérgio Cavarieli Filho divide a responsabilidade, dessa forma:

Quanto a questão da Responsabilidade nas relações de consumo, é possível dizer que o Código de Defesa do Consumidor trouxe a lume uma nova área da responsabilidade civil-a responsabilidade nas relações de consumo- tão vasta que não haveria nenhum exagero em dizer esta hoje a responsabilidade civil dividida em duas partes : a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo (CAVARELI FILHO, 2010, p. 17).

Portanto, as relações de consumo tomarão grande proporção, isso porque são extremamente utilizadas no dia-a-dia das pessoas, não se faz nada sem ter que contratar algo, mesmo que não seja um contrato escrito, podendo até ser verbal, as relações de consumo estão por toda parte. Ainda, no tocante à responsabilidade Arnaldo Rizzardo, traz o conceito de culpa, veja-se:

A responsabilidade civil extracontratual subjetiva, que traz como pressuposto fundamental o dano, advindo da culpa do agente. Entende-se por culpa em sentido estrito a ação ou omissão involuntária que cause danos, e que se dá por negligência ou imprudência, já a culpa em sentido amplo é a ação ou omissão voluntária, pretendida, procurada, abrangendo assim o dolo (RIZZARDO, 2009, p.1-5).

Quanto ao dano, tem-se este como elemento chave da responsabilidade civil, pois não há falar em indenização se não houve o dano, sendo este ligado à noção de prejuízo independente desse prejuízo ser material ou moral.

Isso quer dizer, lesão ou prejuízo que sofre uma pessoa em seus bens vitais e bens patrimoniais, ou seja, não econômicos e econômicos.

Ainda quanto ao dano, pode-se dizer que este deve ser atual e certo, já que sem dano ou interesse violado, não se corporifica a indenização, quer dizer, se não provado o dano sofrido, não resta esse materializado, não ensejando o direito a indenização (ARAÚJO, 2008, p.74-75)

O dano pode ser de várias formas, quais sejam: patrimonial ou material, moral, estético, coletivo e punitivo. Conceituando de forma simples cada um dos danos supramencionado, tem-se o dano patrimonial ou material caracteriza-se pela efetiva punição do patrimônio da vítima. Kant, informa sobre o dano moral e refere sobre a dignidade, veja-se:

O dano moral parece ser mais complexo, mas, em suma, é a lesão que o sujeito sofre em seu íntimo, atingindo o seu direito de personalidade, inerente ao ser humano, atingindo sua dignidade. No reino dos fins tudo possui um preço ou uma dignidade.

Aquilo que tem preço pode ser substituído por algo equivalente; por outro lado, o que se acha acima de todo o preço e, portanto, não admite nada equivalente, encerra uma dignidade (KANT, 1997, p. 99).

[...] mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não configuram por si só, dano moral, por que não agridem a dignidade humana (CAVARIELI FILHO, 2010, p.87).

Quanto a questão da dignidade humana verifica-se que esta constitui princípio pilar do direito, conforme Ronaldo Alves de Andrade:

Independe de inclusão expressa no texto normativo, pois se encontra enraizado na consciência das sociedades modernas. E mesmo aparecendo em diversos dispositivos da Constituição Brasileira, foi no art.1º, inciso III, que se consagrou, cabendo observar, por fim, que o princípio da dignidade da pessoa humana não é representativo de um "direito à dignidade" (ANDRADE, R., 2004, p. 17).

Já o dano estético caracteriza-se pela agressão à visão que esta causa, devido a uma alteração no físico da pessoa, causando assim desagrado e repulsa ao que se vê. Outrossim dano coletivo é aquele que atinge várias pessoas ligadas a um mesmo interesse de uma classe de trabalhadores (RIZZARDO, 2009, p. 24-25).

Por fim, o dano punitivo encontra-se atrelado ao dano moral, por ser talvez, um agravamento deste.

Os danos punitivos surgem como um reflexo da mudança do paradigma da responsabilidade civil e atendem a dois objetivos bem definidos: a prevenção e a punição (CAVARIELI FILHO, 2010, p. 98-100).

Devidamente entendida, o surgimento da responsabilidade Civil, bem como estudada a questão relacionada aos danos inerentes à esta, passa-se agora a verificar a questão quanto a relação virtual, no sentido de entender-se acerca de como a responsabilidade é aplicada neste caso.

No tocante a relação virtual, numa esfera de responsabilidade civil contratual, se explica nesse momento que “os fornecedores” nesta relação se tratam dos provedores.

Os provedores podem prover acesso à internet, bem como ter seu próprio *website*, sendo o meio em que os computadores se interligam, de certa forma a responsabilidade civil nas relações virtuais não se diferencia das outras, o tratamento é o mesmo aplicado em outros meios de comunicação, verifica-se o entendimento de José Aires Rover:

O código de Defesa do Consumidor será aplicado nas relações via internet, realizadas com provedor localizado no País, logo no espaço territorial pertencente ao Brasil, respondendo por qualquer vício ou defeito no fornecimento dos serviços objeto do contrato, em virtude de sua responsabilidade contratual. Havendo abusos nos contratos e nas prestações de serviços fornecidas pelo provedor de internet, será



responsabilizado o provedor ou o terceiro que porventura utilize a página oferecida pelo provedor (ROVER, 2004, p. 330).

Dessa forma, no momento em que adquire-se um produto ou serviço pela internet, realizamos um contrato, tipicamente de adesão, em que as cláusulas já estão previamente ajustadas pelo fornecedor, dando um clique efetiva-se a relação de consumo virtual. Necessário que saibamos a quem responsabilizar pelo abuso na prestação do serviço, ou qualquer outro meio que possa a vir trazer prejuízo para o consumidor. Cita-se o art.51, do CDC:

São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

XIII- autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração.

José Aires Rover destaca-se que outra situação comum seria a clonagem de cartões de crédito ao se efetivar compras via internet, em que a responsabilidade civil, nos termos do art.17 do CDC, seria do provedor onde foi efetuada a compra, veja-se:

“A responsabilidade deve esclarecer primeiramente, se ao fornecedor ligado de forma direta ou indireta ao provedor, aplica-se o disposto no art.17º do CDC, para o caso de defeito ou vício qualquer na execução de serviços ou na entrega de coisa (em caso de compra e venda online) imputado ao terceiro fabricante fornecedor: “parágrafo único. Tendo mais de um autor da ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos, previstos nas normas de consumo” (ROVER, 2004, p. 331)

Logo, todos responderão pelo defeito ou vício na execução de serviços, tornando uma maneira de proteção ao consumidor. Ainda, deve-se observar o art.18 do Código de Defesa Do Consumidor quanto a responsabilidade civil, veja-se:

Art.18 Os fornecedores de produtos de consumos duráveis ou não duráveis respondem solidadamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim, como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Dessa forma, o provedor é responsável solidariamente pelo vício, conforme o art.18 do Código de Defesa Do Consumidor.

Como já analisado alguns aspectos sobre responsabilidade civil, nesse momento verificar-se-á mais algumas questões importantes e a partir daí se efetuar o estudo da responsabilidade dos provedores e dos *websites*, conforme Sérgio Cavarieli Filho:

O código Civil divide a responsabilidade do fornecedor em responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e responsabilidade por vício do produto e do serviço.

Da primeira tratam os artigos 12 a 14, da segunda, os artigos 18 a 20. Nesta ordem ambos ocorrem de um defeito do produto ou do serviço, só que no fato do produto ou do serviço o defeito é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, causando-lhe dano material ou moral. O defeito compromete a segurança do produto ou serviço. Vício, por sua vez, é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou

serviço em si; um defeito que lhe é inerente ou intrínseco, que apenas causa o seu mau funcionamento ou não-funcionamento (CAVARIELI FILHO, 2008, p.240-241).

A doutrina divide a responsabilidade civil em subjetiva e objetiva. A responsabilidade subjetiva é aquela em que a culpa é essencial, portanto seria imoral responsabilizar alguém sem que se verificasse a culpa. Existe um nexo causal entre a conduta culposa e o dano que nos leva ao campo da responsabilidade civil.

No tocante à responsabilidade objetiva, o agente responde independentemente da existência de culpa, sendo que o Código de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade objetiva como regra.

O CDC também consagra a responsabilidade objetiva pela Teoria do Risco, risco do empreendimento que é do empresário. Veja-se o entendimento de Sérgio Cavarieli Filho:

Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como os critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos e serviços que oferece no mercado de consumo respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos (CAVARIELI FILHO, 2008, p. 240).

Em relação as contratações via internet, importante verificar este contexto que Mara Cristina Sifuentes informa:

Mais ainda se justifica a utilização da responsabilidade objetiva, já que os consumidores que contratam pela *WEB* estão em uma situação de vulnerabilidade maior que a média dos consumidores em geral.

Ainda, os fornecedores também devem observar sua responsabilidade quanto: ao sigilo sobre os dados dos consumidores; a vinculação a oferta efetuada pela internet; o dever de informação; a publicidade enganosa ou abusiva; e, a vedação a colocar no mercado produtos nocivos ou perigosos.

Quanto à responsabilidade pelos provedores, importa acrescentar as seguintes diferenciações entre os tipos de provedores que encontramos na internet: o provedor de acesso à internet é aquele já mencionado no início da pesquisa como sendo o que proporciona a conexão dos computadores que utilizam seus serviços à rede mundial de computadores; o provedor de conteúdo de terceiros, por sua vez, é aquele que atua como armazenador de sites criados por terceiros; e, por fim, o provedor de conteúdos próprios é o que proporciona acesso às informações disponibilizadas pelo próprio provedor. No que tange à existência do dano, deverá ser comprovada para que haja ressarcimento. Logo, para efetuar o ressarcimento é necessária a determinação do responsável pelo dano e a comprovação do dano alegado.

A responsabilização pelos danos é do provedor, que responderá civilmente por dano quando tiver sido o responsável pelo ato ou omissão que violou direito e causou o comprovado dano, conforme pode ser concluído pelo disposto nos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro. Ou seja, só responderá o provedor se foi este que deu caso ao fato danoso. De outra banda, os *websites* de vendas de produtos podem estar hospedado em provedor próprio ou de terceiros, e o seu estabelecimento pode ser somente virtual ou contar com lojas físicas. Eles podem ser responsabilizados de várias formas, dependendo do conteúdo e da forma pela qual essa divulgação se realiza. O website é o criador do conteúdo porquanto o responsável por ele, também



podem ser responsabilizados pela forma como enfrentam com este conteúdo, pois um site pode encaminhar para outros sites por meio de links, banners, etc., sem que muitas vezes o consumidor perceba que está em outro site (Sifuentes, 2012).

Portanto, na relação virtual quando o assunto é a responsabilidade civil, deveram serem observados os artigos 17 e 18 do Código de Defesa do Consumidor. Logo, ao verificar a questão virtual, deve-se estar atento à figura do "provedor", como sendo o fornecedor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a realização desta pesquisa foi possível conhecer e entender os contratos eletrônicos a legislação aplicável, bem como a responsabilidade civil contratual.

A expansão da rede mundial de computadores com fins comerciais impulsionou o desenvolvimento comercial eletrônico, tornando grandes preocupações com a segurança nas contratações via eletrônica.

Os contratos eletrônicos têm por objetivo principal a compra e venda e, ou prestação de serviços pela via eletrônica, sendo que no tocante as relações de consumo o provedor de internet responde relativamente ao contrato de fornecimento de acesso a mesma, e ainda solidariamente responde por todos os danos experimentados pelo consumidor, desde que haja uma cadeia direta de fornecimento.

E consagra-se a principal questão objeto do trabalho, com o comércio virtual, a responsabilidade civil contratual aplicável a relação dos contratos eletrônicos, finalmente foi possível entender toda essa questão inerente a relação de consumo virtual, para o fim de chegar a um denominador comum e estabelecer a proteção ao consumidor que deve ser amplamente analisada ao deparar-se com esse tipo de relação.

Verifica-se que o Consumidor detém da proteção jurídica, seja com relação ao Código de defesa do Consumidor, ou com relação ao Decreto lei que se tornam meios de harmonizar e equilibrar as relações de consumo.

Destaca-se a grande tentativa deste trabalho em equilibrar as relações jurídicas na relação virtual, no sentido principal de igualar consumidores e fornecedores.

Ainda, é muito importante a análise destas relações, pois como verificou-se no presente trabalho muito se tem utilizado a internet, seja para adquirir bens, ou na contratação de serviços, onde o consumidor pode vir a ser o maior lesado.

Portanto, merece atenção de todos que utilizam a internet para realizar compras ou prestação de serviço de qualquer natureza, buscando o esclarecimento das disposições

normativas que propõe segurança nas relações virtuais de consumo, na perspectiva de simplificar estas questões trazendo para o cotidiano do consumidor, para que todos possam entender esta forma de contratar, que vem tomando grandes proporções.

Constatou-se que a presente pesquisa aprimora o conhecimento na área do Direito do Consumidor, primando pela necessidade de identificar os pontos do comércio virtual, contratos eletrônicos e suas características a responsabilidade aplicada com relação ao meio virtual, buscando sempre uma proteção de todos os consumidores. Pois, se verificarmos a facilidade que temos atualmente de adquirir bens e serviços via internet, usando conforto e a tecnologia ao nosso favor, evitando filas, incômodos, trânsito, enfim, com um simples clique no mouse do computador, é tentador, porém, é necessário tomar as medidas de precaução, a fim de evitar possíveis aborrecimentos, e para tanto, todos os consumidores merecem o conhecimento de seus direitos, e dos deveres do fornecedor, dispostos no código de defesa do consumidor.

Neste sentido, o presente estudo foi elaborado pensando em toda a sociedade que utiliza *internet* para realizar compras ou prestação de serviço de qualquer natureza, buscando o esclarecimento das disposições normativas que propõe segurança nas relações virtuais de consumo, na perspectiva de simplificar estas questões trazendo para o cotidiano do consumidor, para que todos possam entender esta forma de contratar, que vem tomando grandes proporções.

O assunto em questão é, inclusive, de suma importância aos estudantes de direito, na medida em que tal vem avançando significativamente nas relações interpessoais, importando, assim, que os profissionais que estão em formação adquiram pleno conhecimento do âmbito jurídico que requer as relações do mundo moderno, como é o caso do consumo virtual.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do Common Law e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANDRADE, Ronaldo Alves. **Contrato Eletrônico**. São Paulo: Manole, 2004.

ARAÚJO, Vaneska Donato (Coord.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARRRETO, Ricardo de Macedo Menna. **Redes sociais na internet e direito: a proteção do consumidor no comércio eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. **Decreto Lei n.º 7.962 de 15 de março de 2013**. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11

de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 12 setem. 2019.

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 12 setem. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 setem. 2019.

CAVARIELI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. _____. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 1.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos jurídicos do comércio eletrônico**. Porto Alegre: Elsevier, 2004.

_____. **Direito do Comércio Eletrônico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. GAMBOGI, Ana Paula Carvalho. **Contratos via internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da Informática**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2006.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

RELVAS, Marcos. **Comércio eletrônico aspectos contratuais da relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROVER, José Aires. **Direito e Informática**. Barueri: Manole, 2004.



SIFUENTES, Mara Cristina. **Responsabilidade civil na relação de consumo em ambiente virtual.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. 15, n. 96, jan. 2012. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10971&revista_caderno=10>. Acesso em: 31 agos. 2019

SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos; WAISBERG, Ivo. **Comércio Eletrônico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SCHOUVERI, Luis Eduardo. **O Direito na era virtual.** 2. ed. São Paulo: Forense, 2001.

VENTURA, Deisy. **Monografia Jurídica:** uma visão prática. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

CAPÍTULO 26

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE: DEBATESE CONTROVÉRSIAS

DOI: 10.47402/ed.ep.c202161126127

Débora Teixeira dos Santos, Especialista em Direito Prrocessual Civil, UFN e Advogada

RESUMO

O Novo Código de Processo Civil inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o mecanismo da estabilização, que fica restrito apenas à tutela antecipada antecedente. A presente produção apresentou a inconciliável convivência entre as expressões tutela provisória e estabilização. Sendo assim, questionaram-se os debates e as controvérsias dispostas doutrinariamente diante da novidade jurídica da estabilização. Como método de abordagem aplicou-se o dedutivo, partindo-se de premissas tidas como verdadeiras para se chegar a uma conclusão lógica. Como método de procedimento empregou-se o monográfico. Observou-se a criação da possibilidade da estabilização da tutela antecipada, que deixa à conveniência das partes a instauração e prosseguimento do processo com a realização da instrução ou a imutabilidade da decisão, quando concedida em cognição sumária. Diante disso, destacou-se o esforço doutrinário em trabalhar a coexistência dos termos “tutela provisória” e “estabilização”, haja vista que o provisório, por sua natureza inerente, não poderia alcançar contornos de definitividade.

PALAVRAS-CHAVE: Estabilização. Novo Código de Processo Civil. Tutela Provisória.

INTRODUÇÃO

A estabilização da tutela antecipada refere-se a um instituto estabelecido no Novo Código de Processo Civil que permite que a tutela concedida em sede provisória possa adquirir status de definitividade potencial, em caso de inércia da parte ré. Avalia-se, neste artigo, as especificidades da descrição do instituto como meio de apresentação da estabilização no NCPC.

O viés conceitual dos termos “tutela provisória” e “estabilização” demonstra-se discordante, tendo em vista a natureza inerente das terminologias, ou seja, o provisório não teria como delinear uma definitividade. Deste modo, questiona-se os debates e as controvérsias dispostas doutrinariamente diante da novidade jurídica da estabilização.

Para tanto, estruturou-se a produção em três tópicos de análise, quais sejam: O instituto da estabilização, com a verificação de conceitos e características fundamentais; o estudo da estabilização da tutela antecipada antecedente e suas técnicas procedimentais; e, ao final, com

o embasamento das seções iniciais, a averiguação dos conflitos existentes no âmbito da estabilização da tutela concedida em caráter provisório.

Neste artigo foram utilizadas formas de abordagem e procedimento que são adequadas para responder o problema de pesquisa que, aqui, se pretende tratar. Aplicou-se o método de abordagem dedutivo, partindo-se de premissas verdadeiras para uma conclusão lógica, a partir de conceitos gerais, sobre a tutela antecipada, para, ao final, no particular, se referir à estabilização e os conflitos existentes no tocante à temática, sem ter, todavia, a intenção de esgotar a questão conceitual e processual a respeito da estabilização da tutela antecipada antecedente, devido a magnitude da problemática. Empregou-se o método de procedimento monográfico, a partir da elaboração de uma pesquisa bibliográfica doutrinária abrangente, se concentrando nas particularidades da apresentação da estabilização da tutela antecipada antecedente e suas controvérsias. A produção desenvolvida utilizou o procedimento de análise bibliográfica acerca da temática. Como técnica de coleta de dados, realizou-se a produção de fichamentos e resumos expandidos.

Por derradeiro, ressalva-se que este artigo tem relevância e encontra-se inserido no eixo temático “Teoria Jurídica, Cidadania e Globalização” da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil da Universidade Francisca, visto que se trata de um estudo que apresenta a estreita relação entre o Novo Código de Processo Civil e as demandas que envolvem a estabilização da tutela antecipada antecedente.

1 INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

Nos termos do que dispõe o art. 294 do CPC/2015, a tutela provisória⁸⁴ pode fundamentar-se em urgência ou evidência, sendo que a primeira diz respeito a tutela antecipada ou cautelar, que podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental.

A tutela antecipada⁸⁵ atribui a possibilidade de antecipação dos efeitos de uma demanda. Trata-se de uma decisão provisória que satisfaz, seja total ou parcialmente, o direito

84 “O novo Código de Processo Civil teria diversos desafios a enfrentar, em virtude de o tempo se destacar como uma questão relevante no cenário mundial e, em inúmeras situações, a urgência pode ser a questão mais relevante, procurando-se efetivar essa tutela provisória como a própria forma de solução do conflito. Nessa perspectiva, a nova legislação aprimorou o sistema do Código de Processo Civil de 1973, buscando, através da tutela provisória, solucionar os conflitos de forma mais simples e célere. Trouxe, então, uma tutela de urgência, de natureza antecipada ou cautelar, ambas antecedentes ou incidentes, e a tutela de evidência” (MENDES; DA SILVA, 2016, p. 2).

85 “A tutela antecipada tem por finalidade antecipar os efeitos da tutela definitiva com a prática de atos de caráter provisório, mas satisfativos em decorrência do perigo da morosidade. Antecipação de tutela e cautelar são espécies do gênero medidas de urgência que fazem parte da denominada tutela provisória. Ambas têm a função semelhante no sistema. Harmonizar dois valores contrapostos: celeridade e segurança jurídica” (DE SÁ, 2018, p. 408).

material, ou seja, o intuito é atender ao próprio direito (os efeitos) antes do proferimento de uma decisão final (BUENO, 2015)⁸⁶.

No que tange à estabilização da tutela antecipada, observa-se que se trata de uma permissão para que a tutela concedida de forma provisória adquira o *status* de definitividade potencial perante a inércia do réu. De início, merece destaque para o quesito de que apenas a tutela antecipada antecedente está sujeita à estabilização (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

As medidas de urgência que são concedidas de forma incidental não apresentam divergências procedimentais, considerando que subsistem enquanto perdurar a urgência do feito e, se após a cognição exauriente, for procedente o pedido do requerente.

A tutela incidental requer a apresentação do pedido por mera petição em processo em curso, com a comprovação da observância dos requisitos estabelecidos no art. 300 do CPC/2015: elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, além da reversibilidade dos efeitos da decisão.

Verifica-se que a tutela antecipada antecedente já apresenta uma maior autonomia procedimental. O foco de abordagem da presente produção diz respeito à estabilização da tutela antecipada antecedente, nos termos previstos nos artigos 303 e 304 do CPC/2015.

Na literalidade dos termos legais, a estabilização tem aplicação somente em caso de tutela antecipada concedida em caráter antecedente e não na hipótese de incidental. Além disso, não será empregada a estabilização para a tutela cautelar e nem para a tutela de evidência, conforme expõe Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Apenas a tutela provisória satisfativa fundada na urgência pode ser autonomizada e estabilizada. A tutela da evidência não pode ser autonomizada e, por conseguinte, estabilizada. A tutela cautelar, embora possa ser autonomizada, não pode ser estabilizada – dada obviamente a referibilidade que lhe é inerente (2016, p. 386).

O Novo Código de Processo Civil apresentou a estabilização como uma nova técnica que, por sua vez, deve resguardar compatibilidade com a Constituição Federal, o que revela a afinação com os objetivos gerais⁸⁷ da nova codificação.

⁸⁶ “Na tutela antecipada, como se trata da antecipação, total ou parcial, dos efeitos daquilo que se pretende na sentença, evidentemente que o conteúdo da decisão liminar e o da sentença final serão coincidentes” (DE SÁ, 2018, p. 409).

⁸⁷ “O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa. Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e



Dentre esses objetivos centrais, a previsão de estabilização da tutela antecipada antecedente se alinha, essencial e primeiramente, à necessidade de viabilizar um maior rendimento a cada processo, com otimização de seus resultados, na medida em que se permite a resolução do litígio de forma antecipada, conservando-se a eficácia da medida de urgência até eventual impugnação do réu (LESSA, 2017, p.17).

O anteprojeto do CPC de 2015 revelou a inspiração direta do sistema francês e italiano no que se refere à estabilização da tutela, tanto é assim que dispõe que:

O novo Código de Processo Civil criou, inspirado nos sistemas italiano e francês, a estabilização de tutela, [...] que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária (BRASIL, 2010).

A tentativa de ser estabelecido o mecanismo da estabilização da tutela antecipada no Brasil não é recente. Já houve proposta de projeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual, que, contudo, não teve prosseguimento para levar a efeito a proposta no CPC de 1973.

Trata-se de técnica inspirada em dispositivos presentes nos ordenamentos processuais estrangeiros – em especial do francês e do italiano – e que vem há tempos sendo debatida pela doutrina brasileira, bem como cogitada em outros anteprojetos ou projetos de lei que não vingaram [cita-se o anteprojeto encaminhado ao Senado, que discutiu a partir de 2005 o PLS n. 186/2005 e o arquivou em 2007] (SICA, 2016, p. 346).

A estabilidade da tutela antecipada antecedente, prevista de uma forma geral, para todos os procedimentos, demonstra uma preocupação do legislador com o atendimento do princípio da efetividade da tutela jurisdicional. Tanto que, Theodoro Júnior e Andrade tratam que:

A tutela sumária sai da sua condição de mera suplência da tutela de cognição plena e ganha o palco da justiça civil e passa a constituir autonomamente, ao lado dos processos de cognição plena, uma alternativa autônoma para a solução mais célere das crises de direito material, sem, contudo, eliminar-se ou suprimir-se a possibilidade de escolha da via de cognição plena (2012, p. 23).

Deste modo, estabelecidas as conceituações, de modo introdutório e geral, no que tange à tutela antecipada em caráter antecedente, prossegue-se a produção com o estudo da estabilização e suas técnicas procedimentais, por meio de uma abordagem assentada nas premissas interpretativas dispostas na primeira seção.

implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.” (BRASIL, 2010).

2 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE: TÉCNICAS PROCEDIMENTAIS

O Código de Processo Civil de 2015 promoveu inovações diversas na seara processual, um dos destaques relevantes refere-se à possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente, conforme disposto no art. 304⁸⁸ do CPC: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303⁸⁹, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”.

O instituto da estabilização deve ser analisado diante das diretrizes delineadas pelo Novo Código de Processo Civil. Merece notoriedade a existência de uma relativa independência entre a tutela antecipada antecedente e a estabilização, pois, embora esta esteja vinculada à tutela requerida pelo procedimento do art. 303 do CPC/2015, não serão todas as tutelas

88 Art. 304, CPC/2015. A tutela antecipada, concedida nos termos do **ART. 303**, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

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

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela 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 artigo.

89 Art. 303, CPC/2015. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do **ART. 334**;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do **ART. 335**.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

antecipadas antecedentes que serão consideradas estabilizadas. Não se pode omitir que a definição de estabilização se trata de uma possibilidade, o que não acarreta em uma certeza.

O procedimento previsto no art. 303 do CPC/2015 autoriza o autor a realizar uma petição simplificada sem o rigor das formalidades padrão, em razão de uma situação de urgência, com a exposição sumária do direito e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo e a indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide. Deste modo, o enfoque fica centrado na caracterização da urgência, contemporânea à propositura da ação, para a concessão da tutela antecedente.

A petição pode ser avaliada como uma peça resumida, devido a presença de uma situação de urgência. Nela deve ser indicado o valor da causa, considerando o pedido final e descrito que o requerente se pretende valer do benefício estipulado no art. 303 do CPC/2015.

Sendo assim, os requisitos para que ocorra a estabilização da tutela antecipada antecedente circundam em quatro pontos de análise, quais sejam:

- I) O autor deve manifestar, na petição inicial, a opção expressa pelo procedimento;
- II) Deve haver o deferimento judicial da medida satisfativa em caráter antecedente;
- III) A decisão deve ser proferida em sede de liminar, ou seja, *inaudita altera parte*;
- IV) Não pode haver interposição de recurso do réu em face da decisão que concedeu a tutela.

Ademais, destaca-se a disposição de Bueno (2015) que acrescenta, para além da manifestação expressa do requerente pelo procedimento, que o mandado de citação e intimação devem constar expressamente que, em caso de inércia do réu, decorrerá a estabilização da tutela, que fora concedida ao autor em caráter antecedente. Caso assim não ocorra, poderá configurar, inclusive, comprometimento dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório:

[...] é certo que o prazo para que o réu interponha agravo de instrumento da decisão concessiva da tutela antecipada fluirá de sua intimação (art. 231). É fundamental ter certeza quanto a isto porque o silêncio do réu tem tudo para ser interpretado, com fundamento no caput do art. 304, como fator suficiente para estabilizar a tutela antecipada. Tão fundamental que o mandado de citação e intimação do réu deve conter esta consequência de maneira expressa, sob pena de comprometer os princípios do contraditório e da ampla defesa. Trata-se, ademais, de decorrência necessária, no plano infraconstitucional, do disposto nos arts. 5º, 6º, 9º e 10 (BUENO, 2015, p. 231).

Além disso, salienta-se a questão referente ao que dispõe o art. 303, § 6º, do CPC/2015, que trata da emenda à inicial. Aqui, verifica-se que não há impedimento para a ocorrência da estabilização, pois o fato de existir a emenda da inicial não significa, necessariamente, que tenha existido o contraditório. A concessão da tutela antecipada, mesmo após a emenda, não

descaracteriza o caráter de *inaudita altera parte*. “Aplica-se mesma lógica na hipótese de ter havido audiência prévia de justificação com o autor e, apenas após, a sua intimação para emendar a petição inicial” (LESSA, 2017, p. 48).

As hipóteses de deferimento da tutela antecipada, seja posteriormente à emenda ou à audiência de justificação, não descaracteriza o caráter antecedente⁹⁰ ao pedido de tutela final, bem como da intimação da parte contrária, salvo se o autor passe a formular expressamente a pretensão, complementando sua argumentação com o pedido de tutela final.

É de percepção evidente que a técnica procedimental da tutela antecipada antecedente se trata de um benefício ao requerente diante de casos traçados com urgência, com a garantia de exposição sumária da lide, por meio de uma petição simplificada. Verifica-se, por sua vez, que este instituto garante uma prerrogativa que pode ser apreciada como um instrumento de cooperação, pois colabora efetivamente na satisfação da tutela jurisdicional.

Há na estabilização da tutela antecipada uma dupla face. É uma autorização ao Poder Judiciário para se abster de declarar direitos quando a mera atuação no plano dos fatos for suficiente para pacificar a relação social. Ou seja, desempenha simultaneamente tanto uma função de “interesse público” quanto de “interesse privado”. [...] Na verdade, esse é possivelmente o aspecto central da estabilização: o Judiciário se abstém de realizar uma ampla investigação para declarar um direito porque a declaração é tida como prescindível, tanto pelo autor, satisfeito com a mera atuação no plano dos fatos, quanto pelo réu, que se conformou com a tutela concedida à aparência de direito do autor (GOMES, 2016, p. 283).

Logo, pode ser considerada a estabilização como um direito do autor e, por sua vez, uma vantagem ao réu, nas hipóteses de sujeição ao direito concedido ao requerente, sem arcar com ônus processuais.

Deste modo, a partir das ponderações expostas até aqui, passa-se, a seguir, para a averiguação de determinados conflitos existentes no âmbito da estabilização da tutela concedida em caráter provisório.

90 “Pergunto-me, prezado leitor, no que consiste a determinação de emenda à inicial regradada pelo dispositivo aqui analisado [art. 303, § 6º, CPC/15]: trata-se de instigar o autor a trazer, ao conhecimento do magistrado, outros elementos conducentes à concessão da tutela antecipada (antecedente) ou, muito diferentemente, de determinar ao autor que deixe o pedido de tutela antecipada (antecedente) de lado e que, desde já, formule o “pedido de tutela final”, nos moldes do inciso I do § 1º do art. 303. Não vejo como recusar aprioristicamente a juridicidade das duas alternativas. Justamente por isso, entendo que cabe ao magistrado, por força do precitado art. 321, esclarecer no que consiste precisamente a emenda da inicial por ele pretendida, justificando o seu entendimento: trata-se de ‘reforçar’ o pedido de tutela antecipada antecedente, visando, até mesmo, a sua estabilização, nos termos do art. 304 ou, diferentemente, trata-se de deixar de lado aquele pedido antecedente, em prol da tutela ‘final’, hipótese em que, isso é irrecusável, poderá o autor formular incidentalmente pedido de tutela antecipada” (BUENO, 2015, p. 231-232).

3 OS CONFLITOS DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA CONCEDIDA EM CARÁTER PROVISÓRIO

Um dos requisitos para a estabilização da tutela antecipada antecedente é que o réu não interponha recurso contra a decisão de concessão. O ponto de debate neste âmbito diz respeito a qual atitude do réu poderia obstar a estabilização, se o impedimento decorreria apenas da interpretação literal e restritiva do art. 304 do CPC/2015, referindo-se somente à interposição de recurso, em sentido estrito, ou se seria, de uma forma mais ampla, um direcionamento para qualquer meio de impugnação.

Como se vê, pela literalidade do dispositivo, o único meio de impugnação apto para obstar a estabilização seria a interposição de recurso, notadamente o agravo de instrumento (art. 1.015, I, CPC/15), no caso de decisão de 1ª instância, agravo interno (art. 1.02157, CPC/15), no caso de decisão monocrática do relator, ou, ainda, os recursos excepcionais no caso de decisão colegiada (LESSA, 2017, p. 51).

O termo recurso se trata de uma das espécies de meios de impugnação das decisões, contudo, gera-se o questionamento no que se refere à contestação, reclamação, pedido de reconsideração, suspensão de segurança e sucedâneos recursais, que, sendo assim, também poderiam ser utilizados pelo réu em face da concessão da tutela antecipada antecedente⁹¹. Neste seguimento, afirma Ribeiro:

Outra questão que merece ser considerada está relacionada à ausência de recurso e suas consequências. Com efeito, o caput do art. 304 traz a informação de que a tutela antecipada requerida de forma antecedente, nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. Numa interpretação literal, o que terá condão de ditar, ou não, a estabilização, será a providência recursal. Não havendo recurso, a decisão que antecipou a tutela tornar-se-á estável e o processo será extinto (§ 1º do art. 303). Frise-se: pela letra da lei, não basta que o réu conteste a demanda. Se não houver recurso da decisão que antecipou a tutela, esta se tornará estável e o processo, com ou sem contestação, será extinto. Essa forma de interpretação, a nosso ver, não pode prevalecer. Qualquer forma de oposição (v.g., contestação, reconvenção) deve ter o condão de evitar a extinção do processo. Basta a resistência do réu, a manifestação de inconformismo do réu, a qual pode se dar de várias formas, não só pelo recurso. [...] De qualquer forma, citado o réu, ele poderá, se quiser, adiantar a contestação (2016, p. 205).

Nesta perspectiva, filia-se a restrição legal do art. 304 do CPC/2015, sendo assim, apenas com a interposição de recurso, em sentido estrito, estaria obstada a estabilização e a extinção do processo. Conforme, inclusive, afirma Theodoro Júnior:

91 “Não obstante essa modificação de nomenclatura ao longo do procedimento legislativo, a interpretação constitucional mais adequada, à luz das garantias do contraditório e da ampla defesa, é a de que qualquer ato impugnativo lato sensu do réu, apresentado dentro do prazo do recurso, deve servir ao condão de impedir a estabilização da tutela antecedente e a extinção do processo: seja a interposição de agravo de instrumento, seja a apresentação de sucedâneo recursal (v.g., suspensão de segurança), seja a propositura de demanda impugnativa autônoma (no caso, apenas a reclamação, já que ação rescisória seria descabida por ainda inexistir coisa julgada, sendo também descabido mandado de segurança pelo fato de a lei prever agravo de instrumento contra dita decisão), seja ainda a apresentação, em primeiro grau, de contestação ou reconvenção” (REDONDO, 2015, p. 15).

Contra a medida liminar acaso deferida, a defesa imediata do réu deverá ser feita apenas por meio do agravo de instrumento. A discussão por meio da contestação poderá ocorrer, mas a eventual cassação da liminar não recorrida dependerá da sentença que resolver a demanda principal. O procedimento da tutela satisfativa provisória antecedente segue, sem dúvida, a técnica monitoria, voltada para efeitos práticos imediatos, os quais só serão inibidos pelo demandado se empregada a medida específica prevista em lei, que não é a contestação e tampouco uma impugnação qualquer, sem forma nem figura de juízo. Admitir que o réu fuja da técnica monitoria legalmente traçada implicaria frustrar o empenho do legislador de abreviar a solução do conflito, mediante desestímulo à litigiosidade desnecessária e incentivo à estabilização da medida liminar (2016, p. 676).

Reconhece-se que a técnica da estabilização da tutela antecipada é semelhante ao procedimento monitorio, tendo em vista que a instauração de cognição ampla deve ser realizada pelo réu, caso assim manifeste interesse. Na monitoria, se assim não suceder, a demanda se converte em executiva.

Impende repisar que a estabilização da tutela antecipada denota o gigantismo da tutela monitoria, a qual esconde em si o futuro do processo – a sumarização. As vozes contrárias à sumarização/ monitorização do processo/ estabilização da tutela antecipada exaltam a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Riscos sempre existirão. Eventuais riscos, todavia, não podem impedir que o processo caminhe para frente. A prolação de decisões socialmente justas e adequadas ao caso concreto depende da criação de instrumentos efetivos capazes de dar a cada uma das partes, em tempo hábil, o que lhe pertence. Não bastasse isso, não pode o direito sempre socorrer àqueles que dormem ou negligenciam em seu uso ou defesa a pretexto de manter o contraditório hígido (DALLA; MARIOTINI, 2017, p. 11).

Em prosseguimento aos debates, menciona-se a previsão referente ao desarquivamento do feito e a demanda com a finalidade de rever, invalidar ou reformar a tutela estabilizada nos mesmos autos da concessão. Salienta-se que essa ação não é restrita e pode discutir a causa de forma ampla.

Porém, a lei estabelece o prazo de dois anos – prazo decadencial-, para essa ação, a contar da ciência da decisão que gerou a extinção do processo. Observa-se que a decisão não faz coisa julgada⁹², conforme dispõe o art. 304, § 6º, do CPC/2015, dessa forma, não seria cabível a ação rescisória, sendo, inclusive o que dispõe o Enunciado 33 do FPPC: “não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência”. Contudo, poderia ser analisado, por meio de uma interpretação extensiva do art. 966 do CPC, 2015⁹³, a

92 “Caso não seja proposta ação no prazo de dois anos, há o argumento de que teria se formado a coisa julgada material sobre a decisão provisória estabilizada. Por conta disso, seria cabível ação rescisória após esses dois anos de estabilização. Porém, esse argumento não prospera: a existência da coisa julgada teria por base a relação entre coisa julgada material e a cognição exauriente, que não se adequaria às previsões do CPC/2015 (LGL/2015/1656) de cognição sumária para tutela antecipada antecedente. Como consequência da incompatibilidade da cognição em que foi proferida com a formação da coisa julgada material, também não poderia se cogitar, após o prazo de dois anos de sua estabilização, que fosse objeto de ação rescisória. Haveria, apenas, como já abordado, a estabilização definitiva da decisão sumária, conforme expressamente previsto no § 6.º do art. 304 do novo Código de Processo Civil” (MENDES; DA SILVA, 2016, p. 13).

93 Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

possibilidade de cabimento da ação rescisória, haja vista se estar diante de uma decisão de mérito definitiva quando se refere à estabilização.

Observa-se que a estabilidade extrai o elemento da revogabilidade, previsto no art. 296 do CPC/2015, que é considerado inerente às tutelas provisórias. Diante do exposto, a doutrina debate questões referentes à ofensa ao devido processo legal a decisão se tornar estável sem a participação do réu; e, questionam se as decisões em juízo sumário poderiam adquirir contorno de definitividade.

Filia-se ao posicionamento de que não há ofensa ao contraditório, já que é garantido à parte a possibilidade de recorrer ou, ainda, demandar no prazo de dois anos. Desse modo, pode ser estabelecido que o procedimento concernente à estabilidade intenta preservar a efetividade e evitar o prolongamento de tramitações processuais em situações de réus desinteressados em se defenderem. Portanto, o não exercício do contraditório diz respeito a uma opção que é assegurado à parte, sendo que o não exercício refletirá na cognição sumária, que se tornará exauriente⁹⁴.

Além disso, destacam-se considerações quanto às circunstâncias de cumulação subjetiva e objetiva da demanda perante a estabilização. Diante das possibilidades de litisconsórcio passivo na tutela provisória antecipada antecedente, na hipótese de concessão da medida, o posicionamento adotado é de que todos os litisconsortes devem agravar para afastar os efeitos da estabilização. Merece atenção especial o fato de que, se houver recurso de apenas um dos réus, a estabilização será afastada para todos – efeito expansivo subjetivo -, conforme dispõe o art. 1.005⁹⁵ do CPC/2015.

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

⁹⁴ “É, de certa forma, o que acontece com a revelia, que opera seu efeito material (presunção de veracidade) (DE SÁ, 2018, p. 414).

⁹⁵ Art. 1.005. O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses.

Parágrafo único. Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns.

Na condição de diversos pedidos antecipados, mas apenas o deferimento de alguns, somente a tutela antecipada concedida se tornará estável. Os demais requerimentos terão que seguir o curso regular do processo, incorporados ao pedido principal, que contemplarão os termos do art. 301, § 1º, inciso I do CPC/2015. Outrossim, apresentam-se outras problemáticas no tocante à estabilização que dizem respeito às seguintes análises:

- a) Se o réu agravar e o autor emendar a petição inicial não haverá estabilização, pois o réu se manifestou;
- b) Se o réu não agravar, mas o autor emendar a petição inicial, estaria o autor abrindo mão da estabilização em detrimento de o magistrado conceder decisão em cognição exauriente? Acreditamos que não se pode presumir essa conduta. Como se disse, o prazo de emenda vem antes do prazo recursal, de modo que o autor não sabe se haverá ou não interposição de recurso. Nesse caso é recomendável que o magistrado intime o autor para que este manifeste se deseja prosseguir com a demanda (= desistir da ação) ou usufruir dos benefícios da estabilização fixada em cognição sumária;
- c) Se o autor não emendar, o juiz poderá extinguir a demanda (art. 303, § 2º, CPC/2015) sem oportunizar a interposição de recurso pelo réu? Acreditamos que nesse caso deverá aguardar o escoamento do prazo do agravo, para, somente após (em não havendo recurso), proceder a extinção. Seria ilógico proceder a extinção sem permitir o prazo para agravo. Nessa situação, com a interposição do recurso, haverá cassação da tutela e o agravo ficará prejudicado (art. 932, III, CPC/2015);
- d) Se o autor não emendar e o réu não agravar, presume-se que o autor se contentou com a estabilização da cognição sumária (DE SÁ, 2018, p. 415).

À vista disso, depara-se com determinados conflitos da estabilização da tutela concedida em caráter provisório, tais como os citados acima. Verifica-se que ainda são diversas as divergências doutrinárias em distintas particularidades de reflexão. Contudo, na presente produção foram explanadas as de maior destaque, no que diz respeito a uma avaliação ampla da estabilidade da tutela antecipada antecedente.

Deparou-se com o afincado doutrinário na abordagem referente à coexistência da tutela provisória com a estabilização. Embora tal conciliação terminológica não seja tecnicamente a forma mais adequada de tratamento, a finalidade da estabilidade demonstra-se atingida ao ser verificado os aspectos de simplificação e efetividade no tocante à atividade judiciária, além da redução de custos decorrentes da tramitação processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente produção avaliou as particularidades do instituto da estabilização da tutela antecipada antecedente. Com a perspectiva do Novo Código de Processo Civil, foi introduzida

96 “Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo: I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar”.



a estabilização como uma nova técnica que deve resguardar compatibilidade com a Constituição Federal.

A estabilização da tutela antecipada diz respeito a uma permissão para que a tutela concedida de forma provisória adquira o *status* de definitividade potencial na hipótese de inércia do réu. Salientou-se que apenas a tutela antecipada antecedente estará sujeita à estabilização.

A estabilidade da tutela antecipada antecedente, de uma forma geral, para todos os procedimentos, reflete uma preocupação do legislador com o atendimento do princípio da efetividade da tutela jurisdicional. Ela repercute como um meio de solução mais célere diante das crises de direito material, sem retirar a garantia da via de cognição plena.

Apontou-se que a estabilização deve ser analisada de acordo com as diretrizes delineadas pelo Novo Código de Processo Civil. Destacou-se a relativa independência entre a tutela antecipada antecedente e a estabilização, que, não obstante, esteja vinculada à tutela requerida pelo procedimento do art. 303 do CPC/2015, não será, em regra, considerada estabilizada, pois a definição de estabilização se trata de uma possibilidade, o que não condiciona em uma certeza.

A petição da tutela antecedente deve ser elaborada como uma peça simplificada, já que se trata da presença de uma situação de urgência. Deste modo, referendou-se os seguintes requisitos para que ocorra a estabilização da tutela antecipada antecedente, quais sejam:

- I) O autor deve manifestar, na petição inicial, a opção expressa pelo procedimento;
- II) Deve haver o deferimento judicial da medida satisfativa em caráter antecedente;
- III) A decisão deve ser proferida em sede de liminar, ou seja, *inaudita altera parte*;
- IV) Não pode haver interposição de recurso do réu em face da decisão que concedeu a tutela.

À vista do exposto, relatou-se como indiscutível que a técnica procedimental da tutela antecipada antecedente se refere a um benefício ao requerente diante de casos traçados com urgência, com a garantia de exposição sumária da lide, por meio de uma petição simplificada.

Verificou-se, ainda, que este instituto garante uma prerrogativa que pode ser apreciada como instrumento de cooperação, já que colabora efetivamente na satisfação da tutela jurisdicional

Portanto, destacou-se a estabilização como um direito do autor e uma vantagem ao réu, nas hipóteses de sujeição ao direto concedido ao requerente, sem arcar com ônus processuais.

A produção deparou-se com determinados conflitos que dizem respeito à estabilização da tutela concedida em caráter provisório, sendo assim, assevera-se que ainda são diversas as divergências doutrinárias em distintas particularidades de reflexão. Contudo, foi dado destaque para as de maior evidência, haja vista se tratar de uma avaliação ampla da estabilidade da tutela antecipada antecedente.

Diante disso, observou-se a aplicação doutrinária na abordagem referente à coexistência da tutela provisória com a estabilização. Averiguou-se que tal conciliação terminológica não é tecnicamente a forma mais adequada de tratamento, porém, a finalidade da estabilidade tem se demonstrado atingida nos aspectos referentes à simplificação e à efetividade no tocante à atividade judiciária, além da redução de custos decorrentes da tramitação processual.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília. Disponível em: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2015/LEI/L13105.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ATO2015-2018/2015/LEI/L13105.HTM). Acesso em: 27 set 19.

BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília, 2010. Disponível em: [HTTPS://WWW2.SENADO.LEG.BR/BDSF/BITSTREAM/HANDLE/ID/496296/000895477.PDF?SEQUENCE=1&ISALLOWED=Y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isallowed=y). Acesso em: 30 set 19.

DALLA, Humberto; MARIOTINI, Marcello Gonçalves. Ação monitória: o embrião da estabilização das tutelas antecipadas. É justificável a existência autônoma das ações monitórias após o NCPC?. **Revista de Processo**, v. 271, p. 1-18, set. 2017. Disponível em: [FILE:///C:/Users/MARIA/Downloads/RTDOC%2005-10-2019%209_13%20\(AM\).PDF](file:///C:/Users/MARIA/Downloads/RTDOC%2005-10-2019%209_13%20(AM).PDF). Acesso em: 05 out 19.

DE SÁ, Renato Montans. **Manual de Direito Processual Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GOMES, Frederico Augusto. Estabilização da tutela antecipada antecedente contra o poder público. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo. **Coleção repercussões do novo CPC: Processo e Administração Pública**. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 10.

LESSA, Flávio Romero de Oliveira Castro. **A estabilização da tutela antecipada antecedente contra a Fazenda Pública**. 2017 126 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade do Espírito Santo, Vitória, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; DA SILVA, Larissa Clare Pochmann. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973. **Revista de Processo**, v. 257, p. 1-20, jul. 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, v. 244, p. 1-19, jun. 2015.

Disponível

em:

[HTTP://WWW.MPSP.MP.BR/PORTAL/PAGE/PORTAL/DOCUMENTACAO_E_DIVULGACAO/DOC_BIBLIOTECA/BIBLI_SERVICOS_PRODUTOS/BIBLI_BOLETIM/BIBLI_BOL_2006/RPRO_N.244.07.PDF](http://www.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/rpro_n.244.07.pdf). Acesso em: 05 out 19.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. In: TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (orgs.). **Temas essenciais do novo CPC**: Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização” da tutela antecipada. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa. (orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC**: tutela provisória. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 6.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57. ed. São Paulo: Forense, 2016. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomia e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 37, v. 206, abr. 2012.

CAPÍTULO 27

A ATUAÇÃO DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS NO PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO

DOI: 10.47402/ed.ep.c202151227127

Fernanda Gonçalves Kossatz, Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, Pós Graduada em Direito Contemporâneo, Universidade Candido Mendes, Pós Graduada em Direito Aplicado, EMAP

RESUMO

O sistema judiciário brasileiro de longa data enfrenta o congestionamento de processos e recursos litigiosos, que o caracteriza como moroso e ineficiente decorrente do controle social exercido pelo Estado por intermédio da jurisdição na demanda de conflitos de pretensão resistida substituindo as partes envolvidas evitando a autotutela arbitrária. Assim, estudiosos do Direito, juristas e o próprio novo Código de Processo Civil sugerem a desjudicialização como forma de amenizar esta realidade. A desjudicialização é o acesso à justiça por instrumentos não judiciais, meios autônomos de solução de conflitos: mediação e conciliação, ambos integram a autocomposição com a interferência de um terceiro conciliador. A Mediação ou conciliação são instrumentos que podem ser delegados a entes privados indicados pelo próprio sistema. Esta política de sistema de mediação e conciliação para atuação pré processual de conflitos ou para demandas judiciais em curso é concretizada pelos seguintes órgãos: Centros Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania (Cejusc de cada Tribunal de Justiça); Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação ou órgãos semelhantes o que se estende as serventias extrajudiciais. A proposição do estudo justifica-se porque a desjudicialização é um instituto proposto com o intuito de dar celeridade nas decisões e no resguardo do interesse jurídico do cidadão que busca o Estado para dirimir conflitos. E, também, para reconhecer a possibilidade dos notários e registradores como agentes desjudicializadores, tendo em vista que as serventias extrajudiciais estão situadas em todas as localidades do país, sejam municípios ou distritos próximos ou distantes de grandes centros.

Palavras-chave: desjudicialização, serventias extrajudiciais, mediação, conciliação

INTRODUÇÃO

O homem quando passa a viver em sociedade enfrenta a desordem social em razão da insatisfação das pretensões individuais ou até mesmo coletivas. Segundo o autor Eriberto Junior (BARROSO JUNIOR, Eriberto Gomes. A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DA DESJUDICIALIZAÇÃO E PACIFICAÇÃO SOCIAL. Disponível em <[HTTP://WWW.FCR.EDU.BR/OJS/INDEX.PHP/ANAISSEMANADEDIREITO/ARTICLE/VIEW/47](http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/anaissemanadedireito/article/view/47)>. Acesso em 10 de julho de 2020):



embora haja reconhecimento de que o ser humano é um ente social por natureza e depende da colaboração mútua para o sucesso da sua existência e sobrevivência, as disputas se multiplicam ao longo da vida, inserindo-se no cotidiano do indivíduo, abarcando a esfera pública, laboral, inclusive familiar, demonstrando que até mesmo o mais pacífico dos seres encontrará resistência em algum de seus interesses.

O sistema judiciário brasileiro de longa data enfrenta o congestionamento de processos e recursos litigiosos, que o caracteriza como moroso e ineficiente decorrente do controle social exercido pelo Estado por intermédio da jurisdição na demanda de conflitos de pretensão resistida substituindo as partes envolvidas evitando a autotutela arbitrária.

Diante da situação difícil para juristas e a sociedade em geral todos clamam por meios que permitam a celeridade processual das demandas judiciais. Assim, estudiosos do Direito, juristas e o próprio novo Código de Processo Civil sugerem a desjudicialização como forma de amenizar esta realidade.

A desjudicialização é o acesso a justiça por instrumentos não judiciais, meios autônomos de solução de conflitos: mediação e conciliação, ambos integram a autocomposição com a interferência de um terceiro conciliador. Na conciliação o terceiro age diretamente para influenciar na decisão das partes, apresenta solução e esta pode ser ou não acatada pelos interessados. Já na mediação as partes possuem autonomia de encontrarem por si a solução do conflito, o mediador contribui na promoção do diálogo entre as partes envolvidas no conflito e a visão correta da relação jurídica.

A possibilidade de mediar e conciliar é uma alternativa prevista no Código de Processo Civil. A Mediação ou conciliação são instrumentos que podem ser delegados a entes privados indicados pelo próprio sistema. Esta política de sistema de mediação e conciliação para atuação pré processual de conflitos ou para demandas judiciais em curso é concretizada pelos seguintes órgãos: Centros Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania (Cejusc de cada Tribunal de Justiça); Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação ou órgãos semelhantes.

A resolução 125 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça estabelece a política de tratamento adequado de problemas jurídicos e dos conflitos de interesses em larga escala na sociedade, através da mediação e conciliação prestados por outros profissionais da sociedade e que atuam como instrumentos de pacificação social, solução e prevenção de litígios diminuindo a judicialização e quantidade de recursos e execução de sentença.

A proposição do estudo justifica-se porque a desjudicialização é um instituto proposto com o intuito de dar celeridade nas decisões e no resguardo do interesse jurídico do cidadão que busca o Estado para dirimir conflitos. E também, para reconhecer a possibilidade dos

notários e registradores como agentes desjudicializadores, tendo em vista que as serventias extrajudiciais estão situadas em todas as localidades do país, sejam municípios ou distritos próximos ou distantes de grandes centros, embora com um panorama de tendências à propostas legais para atender as demandas judiciais há diferentes posições favoráveis e contrárias.

A respeito da mediação e da conciliação prestados por outros profissionais da sociedade e que atuam como instrumentos de pacificação ainda dão margem para muitas críticas. O presente estudo busca identificar as possibilidades das práticas extrajudiciais pelos tabeliões e registradores. A metodologia empregada neste artigo estudo é de cunho qualitativo com uma abordagem indutiva a partir da pesquisa bibliográfica.

DEFINIÇÃO DO INSTITUTO DA DESJUDICIALIZAÇÃO

A desjudicialização é um instituto discutido, no âmbito do direito, como solução para o excesso de demandas litigiosas e recursos na seara judicial, que dificultam a celeridade, e adequada prestação jurisdicional promovendo mediação e conciliação estatal.

A desjudicialização segundo o jurista autor Francisco Carlo Duarte, é um movimento que retira da esfera dos tribunais os atos e procedimentos que possam ser eliminados ou transferidos para outras entidades, salvaguardando o núcleo essencial da função jurisdicional (DUARTE, Francisco Carlos. Direito e Justiça. In: XIX Conferência Nacional de Advogados aprova teses sobre Reforma da Justiça. Disponível em:<[HTTP://WWW.PARANAONLINE.com.br/canal/direito-e-justica/news/147765](http://WWW.PARANAONLINE.com.br/canal/direito-e-justica/news/147765)>. Acesso em 10 de julho de 2020.

A advogada, Mestre em Direito pela FADISPE Norma Marques (MARQUES, Norma Jeane Fontenelle. A desjudicialização como forma de acesso à Justiça. Disponível em: <[HTTPS://AMBITOJURIDICO.COM.BR/CADERNOS/DIREITO-PROCESSUAL-CIVIL/A-DESJUDICIALIZACAO-COMO-FORMA-DE-ACESSO-A-JUSTICA/#_FTN3](https://AMBITOJURIDICO.COM.BR/CADERNOS/DIREITO-PROCESSUAL-CIVIL/A-DESJUDICIALIZACAO-COMO-FORMA-DE-ACESSO-A-JUSTICA/#_FTN3)>. Acesso em 10 de julho de 2020), em seu artigo expõe que:

o termo desjudicialização diz respeito à propriedade de facultar às partes comporem seus conflitos fora da esfera judicial, desde que sejam juridicamente capazes e que tenham por objeto direitos disponíveis, na busca de soluções sem tramitação habitual dos tribunais, considerada morosa. A desjudicialização indica o deslocamento de algumas atividades que eram atribuídas ao poder Judiciário e, portanto, previstas em lei como de sua exclusiva competência, para o âmbito das serventias extrajudiciais, admitindo que estes órgãos possam realizá-las, por meio de procedimentos administrativos.

Este instituto não afasta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, apenas ele passa a ser interpretado de forma mais ampla, nas palavras da Tabela de Notas e Protesto de

Coração Maria - BA,82 Marcia Zavataro “não assegurando o acesso formal ao órgão do judiciário mas, sim, o acesso à justiça que proporciona efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa.” (ZAVATARO, Marcia Cristina. FERRO JÚNIOR, Izaías e SCHWARZER, 2019. p.82)

Portanto, o princípio da inafastabilidade da jurisdição não será desrespeitado se setores da sociedade tomarem frente da conciliação e mediação de conflitos e realizarem atos jurídicos com eficiência, segurança jurídica, responsabilidade e resultados céleres e efetivos para todos os envolvidos.

O escritor e Notário Registrador do Estado de São Paulo, Luiz Guilherme Loureiro (LOUREIRO, Luiz Guilherme. 2017, p. 182), define desjudicialização:

A desjudicialização é um neologismo e significa a retirada ou diminuição de causas e atribuições da esfera de ação do Judiciário, sem prejudicar o princípio constitucional do livre acesso do cidadão a esse poder para a efetivação de seus direitos subjetivos. Além dos modos alternativos de solução de litígios, tal objetivo pode ser obtido por meio da transferência de competência dos juízos para outros profissionais.

Segundo o Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina Mathias Silva, a desjudicialização também recebe o nome de administrativização de procedimentos, pois conflitos são resolvidos fora do judiciário, citando as serventias extrajudiciais com partícipes deste mecanismo (SILVA, Mathias Foletto. Acesso à Justiça pela Usucapião extrajudicial: análise do procedimento no Ofício de Registro de Imóveis de Florianópolis, Tijucas, São João Batista e Porto Belo. Disponível em <[HTTPS://REPOSITORIO.UFSC.BR/BITSTREAM/HANDLE/123456789/205431/PDPC-P0009-D.PDF?SEQUENCE=-1](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/205431/PDPC-P0009-D.PDF?SEQUENCE=-1)>. Acesso em 10 de julho de 2020)

AS FERRAMENTAS DESJUDICIALIZADORAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

A resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça estabelece a política de tratamento adequado de problemas jurídicos e dos conflitos de interesses em larga escala na sociedade, através da mediação e conciliação prestados por outros profissionais da sociedade e que atuam como instrumentos de pacificação social, solução e prevenção de litígios diminuindo a judicialização e quantidade de recursos e execução de sentença.

Esta política de sistema de mediação e conciliação para atuação pre processual de conflitos ou para demandas judiciais em curso é concretizada pelos seguintes órgãos: Centros Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania (Cejusc de cada Tribunal de Justiça); Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação ou órgãos semelhantes.



Os órgãos semelhantes, portanto, são as serventias extrajudiciais. Na resolução está sedimentado que a fiscalização deste serviço público técnico administrativo científico é realizada pela Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal e as práticas de mediação e conciliação praticadas submetem-se ao aperfeiçoamento e avaliação dos usuários (artigo 12, parágrafo segundo da Resolução 125/2010).

No Estado de São Paulo, após a Resolução 175 de 2010 do CNJ, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através do Provimento 17 de 2013 de maneira inédita delega aos cartórios a prática de atos conciliatórios. Ao cidadão paulista foi dada a possibilidade de escolher qualquer das 1535 serventias da época: Registro de Imóveis, Registro Civil de Pessoas Naturais, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, Registro de Títulos e Documentos, Tabelionato de Protesto e Notas.

De acordo com o citado provimento do Tribunal de São Paulo, Notários e Registradores, são profissionais do direito com experiência e notório saber jurídico, devido a este fato estão autorizados a conciliar e mediar conflitos sobre direitos disponíveis. O citado provimento prevê em seus artigos o mecanismo da conciliação e mediação. O artigo 6 dispôs que o requerimento de mediação pelo usuário interessado pode ser dirigido a qualquer tabelionato ou registro independente da especialidade da serventia, sendo admitido o requerimento em conjunto pelos interessados.

Esse requerimento deve ser protocolado, então o titular ou preposto da serventia designa a data e horário da sessão de mediação, conciliação e científica o interessado requerente. Fase posterior é a intimação da parte contrária por correio com Aviso de Recebimento, meio eletrônico, notificação feita pelo oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca de quem deva recebê-la.

O notário ou registrador deve analisar e identificar a viabilidade jurídica do eventual acordo, podendo designar novas datas para continuidade da sessão de conciliação e mediação.

Efetuada o acordo este será transcrito em termo de mediação ou conciliação, registrado em livro próprio da serventia Livro de Mediação e Conciliação. O Termo transladado do livro próprio, é documento público e tem força de título executivo extrajudicial.

O provimento 17 de 2013 da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo reitera e incorpora os princípios previstos no anexo III da Resolução 125 de 2010 de: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.



O princípio de Confidencialidade é o dever de sigilo de todas as informações da sessão, salvo autorização expressa das partes, violação a ordem pública, as leis vigentes; não podendo o tabelião ou registrador ser testemunha do conflito, nem atuar como advogado dos envolvidos.

O princípio de Decisão informada é o dever de manter os conflitantes cientes de seus direitos e ao contexto fático no qual estão inseridos.

O princípio de Competência diz respeito a habilitação para atuação, aperfeiçoamento da formação continuada. Eles são competentes por serem profissionais do direito, cuja função foi delegada pelo Estado para praticar a título privado e por sua conta em risco, sendo *longa manus* do Estado, fazendo suas vezes.

O princípio de Imparcialidade diz respeito ao assessoramento sem favoritismo sem preconceito, sem preferência, e compreendendo a realidade e buscando respeito a ordem pública, e aplicação da equidade.

O princípio de autonomia, e respeito à ordem pública e leis vigentes, é não sujeição a pressão interna ou externa podendo recusar, interromper ou suspender a sessão se ausentes as condições necessário do bom desenvolvimento, tampouco instrumentalizar vontades em acordo ilegal ou inexecutável, ou que viole a legislação vigente e ordem pública.

O princípio de Empoderamento é dever de estimular os interessados aprenderem a melhor resolver seus conflitos futuros pela experiência da justiça vivenciada na sessão de mediação e conciliação extrajudicial.

O princípio de Validação é o dever do mediador e conciliador extrajudicial estimular os interessados a respeitarem uns aos outros.

As palavras do juiz assessor da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, Gustavo Henrique Bretas Marzagão sintetizam a importância do provimento na busca da Desjudicialização:

notários e registradores são pessoas de elevado saber jurídico de modo que se encontram plenamente habilitados a receber e orientar aqueles que, antes de se valerem da última ratio que é a via judicial, buscam na mediação e na conciliação uma solução mais rápida, menos onerosa e, as vezes, até mesmo mais satisfatória” (associação de registradores de pessoas naturais do estado de são paulo. provimento nº 17/2013 da cgj-sp autoriza registradores e notários a praticarem atos de conciliação e mediação. disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100549982/provimento-n-17-2013-da-cgj-sp-autoriza-registradores-e-notarios-a-a-praticarem-atos-de-conciliacao-e-mediacao>>. acesso em 10 de julho de 2020.)



Em síntese, ambas as normativas trazem uma nova política judiciária nacional de tratamento aos conflitos de interesses, incumbindo aos órgãos judiciários de oferecer mecanismos de soluções de controvérsias em especial os chamados meios consensuais, bem como prestar atendimento e orientação ao cidadão. Função que pode ser desempenhada pelas serventias extrajudiciais.

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E RESOLUÇÕES DO CNJ POSTERIORES NO PERCURSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO

O Novo Código de Processo Civil mantém essa contemporânea política de pacificação social. O advogado Pedro Fernandes, elucida em seu artigo que “a sistemática do novo Código de Processo Civil foi desenvolvida para garantia de uma prestação jurisdicional mais justa, de modo a solucionar o problema do acesso à justiça e da crise que afronta o Poder Judiciário.” (FERNANDES, Pedro. Meios consensuais de resolução de conflitos no novo Código de Processo Civil: a conciliação e a mediação. Disponível em: <[HTTPS://JUS.COM.BR/ARTIGOS/59938/MEIOS-CONSENSUAIS-DE-RESOLUCAO-DE-CONFLITOS-NO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-A-CONCILIACAO-E-A-MEDIACAO](https://jus.com.br/artigos/59938/meios-consensuais-de-resolucao-de-conflitos-no-novo-codigo-de-processo-civil-a-conciliacao-e-a-mediacao)>. Acesso em 14 de julho de 2020).

O Código de Processo Civil de 2015 dispõe no artigo terceiro parágrafo segundo e terceiro sobre os métodos de desjudicialização pelo sistema multiportas “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público.”

O sistema multiportas tem como premissa de que conflitos podem ser pacificados, e ocorre antes de instauração de demanda judicial de direitos negociáveis ou transigíveis. Através da autocomposição as partes estabelecem um diálogo e negociação pelo estímulo e auxílio de mediadores e conciliadores capacitados.

O citado sistema tem como objetivo demonstrar a sociedade que atividade jurisdicional não é única opção para as partes colocarem fim ao litígio. Portanto a sociedade pode contar com Notários e registradores são particulares em colaboração com o Estado, profissionais do direito que estão atuando na prevenção e resolução de litígios e prestando para o cidadão um serviço técnico jurídico com rapidez, economia, dotado de fê pública e segurança jurídica.



A desjudicialização por intermédio das serventias extrajudiciais é possível, pois estão situadas em todo território brasileiro, nas capitais, regiões metropolitanas, cidades médias ou pequenas e, também, em distritos.

Desempenham diversas competências sobre titularidade de profissionais dotados de capacidade técnica e jurídica, particulares em colaboração com o Estado que nas palavras do jurista Gustavo César: “tem o condão de conceder publicidade, segurança jurídica, eficácia, autenticidade aos atos jurídicos, tornando-os *erga omnes* ou, em outras palavras, ao alcance de todos”. (CÉSAR, Gustavo Sousa. A função social das serventias extrajudiciais e a desjudicialização. Disponível em: <[HTTP://WWW.ANOREGPR.ORG.BR/ARTIGO-A-FUNCAO-SOCIAL-DAS-SERVENTIAS-EXTRAJUDICIAIS-E-A-DESJUDICIALIZACAO-POR-GUSTAVO-SOUSA-CESAR/](http://www.anoregpr.org.br/artigo-a-funcao-social-das-serventias-extrajudiciais-e-a-desjudicializacao-por-gustavo-sousa-cesar/)>. Acesso em 14 de julho de 2020).

Em 2015 o Novo Código de Processo Civil fortalece e publicita a importância do notário e registrador como mediador, conciliador em seu artigo cento e setenta e cinco: As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Os oficiais delegados, são profissionais do direito dotados de fé pública e regidos pela Lei 8.935 de 18 de novembro de 1994 e nos termos do artigo vinte oito gozam de independência no exercício de suas atribuições, são fiscalizados pelo poder judiciário estatal, enquadrando-se totalmente ao disposto pelo referido diploma.

Também a lei 13.140 (treze mil cento e quarenta) de 2015 no artigo 9 evidencia que o notário e registrador atendem suas determinações: Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se. Tais profissionais exercer funções por meritocracia do concurso público de provas e títulos, tem o dever de assessorar as partes portanto detém sua confiança.

Ademais, segundo Zavataro, hoje além das competências e atribuições elencadas no artigo 6 e 7 da Lei 8.935/1994, renomada doutrina especializada defende que a mediação se inclui no dever de assessoramento. (ZAVATARO, Marcia Cristina. FERRO JÚNIOR, Izaías e SCHWARZER, 2019. p.85)



O provimento 67/2018 do CNJ dispõe a regulamentação dos procedimentos de conciliação e mediação nos serviços notariais e de registro no Brasil. Tem sedimentação na Resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de justiça, a necessidade de organização e uniformização de normas e procedimentos afetos aos serviços de conciliação, mediação e a outros métodos consensuais de solução de conflitos, a serem prestados, de forma facultativa, pelos serviços notariais e de registro como integrantes da uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios.

O citado provimento 67/2018 inova quanto ao objeto de transação em seu artigo 12 aduz:

Os direitos disponíveis e os indisponíveis que admitam transação poderão ser objeto de conciliação e de mediação, o qual poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele. 1º A conciliação e a mediação que envolvam direitos indisponíveis, mas transigíveis, deverão ser homologadas em juízo, na forma do art. 725, VIII, do CPC e do art. 3º, § 2º, da Lei n. 13.140/2015. 2º Na hipótese do parágrafo anterior, o cartório encaminhará ao juízo competente o termo de conciliação ou de mediação e os documentos que instruíram o procedimento e, posteriormente, em caso de homologação, entregará o termo homologado diretamente às partes.

A regulamentação dos notários e registradores como mediadores ou conciliadores, agentes de pacificação social, resolução de conflitos nos termos do Provimento 67 de 2018 do Conselho Nacional de Justiça objetiva descongestionar o judiciário tornar célere, eficaz, e assegurando a estabilidade, segurança jurídica. Esse congestionamento é consequência da cultura da demanda, Mancuso, expõe:

A cultura demandista ou judiciarista instalou-se de forma crescente na sociedade brasileira, em boa medida por conta de uma leitura exacerbada, quiçá ingênua, e irrealista, da garantia de acesso a justiça (CF art, 5º, XXXV), por modo que o judiciário converteu-se no desaguadouro geral e indiscriminado de toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita, albergando até mesmo as desavenças que beiram o mero capricho ou espírito de emulação, passando pelas controvérsias de mínima expressão pecuniária o nenhuma complexidade jurídica. (BELMIRO, Celso. EL DEBS, Martha – coordenadora, 2020. p.46).

Mas esta cultura da demanda, pode ser modificada com a formação de uma mentalidade social e aberta ao diálogo e compreensão mediante atuação dos serviços extrajudiciais que tem compatibilização com a mediação e conciliação, decorre da interpretação teológica do artigo 6º da Lei 8.935/1994 inciso I: formalizar juridicamente a vontade das partes, intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes queiram da forma legal ou autenticidade.

A interpretação teológica acima está em consonância com o pensamento do professor da Universidade de São Paulo, Celso Campilongo:

O notário desenvolve função facilitadora das transações, sejam elas relativas a uma escritura de compra e venda ou uma escritura de mediação e conciliação. Por isso mediar e conciliar são atribuições insitas, inerentes, inatas aos notários e registradores.



O notário é verdadeiro “engenheiro” das soluções consensuais, exatamente como o faz o melhor dos mediadores [...] gozam de fé pública, investidos nos postos por concurso, gozam de elevadas garantidas de imparcialidade e neutralidade, são fiscalizados e regulados, sem ingerências que desnaturem suas independências – pelo poder judiciário, possuem formação jurídica atestada por exames rigorosos, tem deveres comuns a confidencialidade, sigilo, publicidade de seus atos, procuram eliminar e reduzir incertezas quanto aos direitos das partes, possuem familiaridade e experiência no tratamento de conflitos de direitos e procedimentos para sua resolução, gozam de confiança das partes e estão submetidos a rígidos controle de responsabilidade. É dessa base comum a notários e registradores que nascem os fundamentos institucionais que os qualificam e os recomendam aos papéis de mediadores e conciliadores. (BELMIRO, Celso. EL DEBS, Martha – coordenadora, 2020. p.60)

Os notários e registradores são agentes das relações jurídicas, indicados para prestação de serviços de mediação e conciliação extrajudicial, pois recebem suas atribuições por meio da delegação, são reconhecidos como particulares em colaboração com Estado, seus atos possuem natureza híbrida, são pessoa físicas privadas, mas que devem observância aos princípios da administração pública previsto constitucionalmente.

São profissionais do direito com autonomia financeira, independentes, imparciais, compõe o poder judiciário e estão em todas as cidades, independentemente do tamanho, até mesmo distritos.

As serventias extrajudiciais são conhecidas pela idoneidade das atribuições dispostas em Lei Federal, zelam pela segurança jurídica e a eficácia dos instrumentos.

Sendo assim, de acordo com Carla Faria Souza:

temos então na instituição notarial, um importantíssimo instrumento de garantia da segurança jurídica e da paz social, mediante a prevenção de litígios, fornecendo o notário a conclusão de acordo claros e equilibrados, assegurando as partes sua livre manifestação de vontade sem descuidar da observância dos preceitos legais que asseguram a dignidade da pessoa humana e a boa-fé objetiva (ALMEIDA, Maria Celeste Tosta. FERRO JÚNIOR, Izaías e SCHWARZER, 2019. p.38)

A desjudicialização, por meio das vias extrajudiciais, no âmbito notarial e registral são uma realidade ativa e presente na sociedade brasileira. Porém, instrumentalização prática decorre da publicação e vigência de diplomas jurídicos com esta finalidade a serem tratados a seguir.

PRÁTICAS NOTARIAIS E REGISTRAIS DESJUDICIALIZADORAS

A Lei 11.441/2007 trouxe a permissão de separação consensual ou divórcio e do inventário e a partilha em tabelionato de notas mediante escritura pública desde que todas as pessoas sejam maiores capazes, concordes e que não exista testamento.

Contudo o Tribunal no Rio Grande do Sul desde 2007 em seu provimento 04 da Corregedoria Geral de Justiça prevê a realização pelo tabelião da partilha amigável mesmo

com a existência de testamento desde que homologada judicialmente (ALMEIDA, Maria Celeste Tosta. FERRO JÚNIOR, Izaías e SCHWARZER, 2019. p.39).

No corrente ano a Consolidação Normativa Registral e Notarial do TJRS97 preceitua:

Art. 899 – A partilha amigável de bens, entre herdeiros capazes e concordes, e a adjudicação, quando houver herdeiro único, podem ser promovidas por escritura pública, nos termos do art. 2.015 do Código Civil e dos arts. 610 parágrafos primeiro e segundo e 659 e parágrafos do Código de Processo Civil. § 3º – Poderão ser feitos o inventário e a partilha por escritura pública, também, nos casos de testamento revogado ou caduco, ou quando houver decisão judicial com trânsito em julgado declarando a invalidade do testamento, observadas a capacidade e a concordância dos herdeiros. (Parágrafo incluído pelo Provimento nº 20/20-CGJ/RS, art. 4º) § 4º – Nas hipóteses do parágrafo anterior, o Tabelião de Notas solicitará, previamente, a certidão do testamento e, constatada a existência de disposição reconhecendo filho ou qualquer outra declaração irrevogável, a lavratura de escritura pública de inventário e partilha ficará vedada, e o inventário será realizado judicialmente. (Parágrafo incluído pelo Provimento nº 20/20-CGJ/RS, art. 4º)

A normativa também preponderante no TJSP Provimento 40/2012 em plena vigência, está em consonância com a posição do STJ recente, oriunda de julgamento de REsp 1.808.767 na data de 15/10/2019. A quarta turma seguiu o voto do Relator Luis Felipe Salomão. Em seu voto o ministro pontuou:

a partilha extrajudicial é instituto compatível com o aspecto teleológico do **CPC/15**, que busca concretizar os mecanismos extrajudiciais de pacificação de conflitos, reduzindo as formalidades e burocracias, com o incremento do maior número de procedimentos alternativos ao Judiciário. Dentro desse contexto, havendo a morte, estando todos os seus herdeiros e interessados, maiores e capazes, de pleno e comum acordo quanto à destinação e partilha dos bens, não haverá necessidade de judicialização do inventário, podendo a partilha ser definida e formalizada conforme a livre vontade das partes no âmbito extrajudicial[...]E prosseguiu aduzindo que só o fato de existir testamento não pode impedir que o inventário siga pela via administrativa.

Assim, denota-se que a decisão mitigou o disposto no artigo 610 do CPC com o objetivo de concretizar a finalidade do novo código de processo civil, busca pela pacificação de conflitos, desafogar o judiciário, buscar a duração célere e razoável do acesso à justiça.

A lei 11.977/2009, desjudicializou a usucapião urbana prevista no artigo 183 da Constituição da República Federativa do Brasil. Também Novo CPC ampliou a usucapião extrajudicial, a previsão o instituto na Lei 11.977/2009 estava ligado exclusivamente a regularização fundiária urbana, entretanto o código processual civil de 2015 engloba outras modalidades de usucapião e o procedimento torna-se mais rápido e simples.

97 CONSOLIDAÇÃO NORMATIVA NOTARIA E REGISTRAL. Disponível em: <[HTTPS://WWW.TJRS.JUS.BR/STATIC/2020/07/CNNR_TEXTO_INTEGRAL_PROVIMENTO_0272020-CGJ.PDF](https://www.tjrs.jus.br/static/2020/07/CNNR_TEXTO_INTEGRAL_PROVIMENTO_0272020-CGJ.PDF)>. ACESSO EM 14 DE JULHO DE 2020.



Destaca-se que a usucapião extrajudicial tem como requisito o consenso entre as partes, se houver algum litígio, o Oficial de registro deve mediar ou conciliar as partes para se chegar a um acordo. Infrutífera a tentativa de conciliação ou mediação, o processo será devolvido para as partes, que deverão procurar o Poder Judiciário e ingressar com ação judicial própria.

Segundo Maria Celeste Tosta de Almeida, outra inovação no diploma normativo brasileiro para efetiva desjudicialização ocorre na Bahia, o Código de Normas extrajudicial possibilita a lavratura de escritura pública de separação., divorcio, ou convenção de separação em divorcio existindo filhos menores e/ou incapazes, desde que comprovada previa resolução judicial de todas questões referente ao filhos (ALMEIDA, Maria Celeste Tosta. FERRO JÚNIOR, Izaías e SCHWARZER, 2019. p.42).

O autor Marcelo Rodrigues elenca outros atos desjudicializadores. A retificação extrajudicial de área de imóveis urbanos e rurais perante o Registro de Imóveis é possível em razão da segurança jurídica e boa-fé atribuídas aos Ofícios de Registro de Imóveis, pois o oficial detém o conhecimento técnico, os dados registrais, conhece a situação real da circunscrição, possuindo todos os atributos para analisar o pedido e de forma convicta decidir pela procedência ou improcedência dentro de prazo célere (ZAVATARO, Marcia Cristina. FERRO JÚNIOR, Izaías e SCHWARZER, 2019. p.89)

Outra disposição citada pelo referido jurista com finalidade de desjudicialização é a retificação administrativa no Registro Civil por erros que não exijam qualquer indagação.

Também a desjudicialização da execução fiscal ocorre pela lavratura do registro de protesto de certidões da dívida ativa.

Protesto é um ato formal, solene e público, praticado pelo tabelião que recebeu função delegada do Estado que prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação proveniente de título de crédito ou outro documento de dívida. A certidão de dívida é passível de protesto por estar dotada de liquidez, certeza e exigibilidade.

Este conceito demonstra a função do protesto mais recente, recuperação de crédito e prevenção de litígio e consequente desafogamento do Poder Judiciário.

Os autores Eduardo Pacheco Ribeiro e Luiz Ricardo Silva citados pelo Tabelião de Protesto do Estado de São Paulo, Sérgio Bueno, esclarecem que o objetivo dos credores é o recebimento de seu crédito, e a coação exercida nesse procedimento é benéfica e legítima,

inclusive, por evitar, ações judiciais que viriam a sobrecarregar ainda mais o Judiciário. (BUENO, Sérgio Luiz José. EL DEBS, Martha – coordenadora., 2020. p.117)

Protesto é coerção para obtenção de pagamento pelo devedor, também é um meio seguro, célere para prevenir litígios. Segundo Sergio Bueno, não é castigo ao mau pagador, mas um caminho jurídico legítimo e eficaz para o credor e desafogo do poder judiciário. A instituição do protesto deve ser fortalecida com base no momento jurídico social. Os procedimentos tendem à simplificação em prol da celeridade e dá efetividade ao direito subjetivo. (Ibed., p.117)

Ademais o protesto da referida certidão é forma de expansão do recebimento do crédito tributário, os reflexos de sonegação são um grande dano social, pois arrecadação tributária serve para concretização de direitos sociais do mínimo existencial, moradia, saúde, segurança, entre outros.

O entendimento acima é decorrente do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5135, proposta pela Confederação do Comercio da Industria que tinha argumento que a inclusão das CDAs da União, Estados, Municípios e Autarquias e Fundações Públicas. Em síntese foi arguido:

A inconstitucionalidade material, por entender que o protesto de CDA's constitui uma "sanção política" que implica uma restrição ilegítima a direitos fundamentais do contribuinte para coagir o devedor ao pagamento da dívida tributária, em contrariedade às Súmulas nº 70, 323 e 547, e em violação aos seguintes princípios: (a) devido processo legal (CF, art. 5º, XXXV), porque não haveria justificativa jurídica para o manejo do protesto pelo Fisco, que já dispõe de sistema de proteção e privilégio na cobrança de seu crédito; (b) livre iniciativa e à liberdade profissional (CF, arts. 5º, XIII, 170, III e parágrafo único, e 174), porque o protesto provocaria restrições ao crédito comercial do devedor e, no limite, poderia inviabilizar o desempenho de sua atividade econômica e levá-lo à falência; e (c) proporcionalidade, porque o protesto de CDA's constituiria meio inadequado para alcançar as finalidades do instituto, e desnecessário, uma vez que a execução fiscal seria meio de cobrança menos gravoso para o contribuinte" (RIBAS, Raoni Rosaldo Ramalho. Protesto de certidão de dívida ativa: uma importante prerrogativa na recuperação de créditos da fazenda pública. Disponível em:< [HTTPS://AMBITOJURIDICO.COM.BR/CADERNOS/DIREITO-TRIBUTARIO/PROTESTO-DE-CERTIDAO-DE-DIVIDA-ATIVA-UMA-IMPORTANTE-PRERROGATIVA-NA-RECUPERACAO-DE-CREDITOS-DA-FAZENDA-PUBLICA/](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/protesto-de-certidao-de-divida-ativa-uma-importante-prerrogativa-na-recuperacao-de-creditos-da-fazenda-publica/)>. Acesso em 16 de julho de 2020).

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal em 15 de outubro de 2015 pela Relatoria da Ministra Rosa Weber, Relator para Acórdão Ministro Edson Fachin decidiu:

“o protesto como medida coercitiva de recolhimento de crédito tributário não restringe os direitos fundamentais dos contribuintes devedores de maneira desproporcional ou irrazoável. A alegada afronta ao devido processo legal não se sustentou pois, o fato de a execução fiscal ser o instrumento para a cobrança judicial da Dívida Ativa não exclui outros mecanismos extrajudiciais, como o protesto de CDA, além disso, o devedor é livre para acessar o Poder Judiciário para discutir a validade do crédito.” (IBED., RIBAS, Raoni Rosaldo Ramalho. Protesto de certidão de dívida ativa: uma importante prerrogativa na recuperação de créditos da fazenda pública)

Morosidade da execução fiscal em juízo decorre do problema de demora das citações dos executados, falta de bens e outras são resolvidas com parcelamentos no âmbito administrativo.

Ainda é importante destacar que não caso de protesto indevido pela fazenda pública o devedor tem a tutela jurisdicional a sua disposição de buscar a sustação, ou seu cancelamento, invalidação do ato, concretização do princípio da ampla defesa, podendo inclusive ser beneficiado pela justiça gratuita se preencher os requisitos da hipossuficiência.

O protesto da certidão da dívida ativa é destacado como um mecanismo desjudicializadores da execução fiscal em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça proferido no Recurso Especial número 1.126.515/PR relator Ministro Herman Benjamin (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1126515 PR 2009/0042064-8 - Inteiro Teor. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24811648/recurso-especial-resp-1126515-pr-2009-0042064-8-stj/inteiro-teor-24811649>>. Acesso em: 16 de julho de 2020):

Em síntese o Superior Tribunal de Justiça entende que a Fazenda Pública possui autonomia para execução do seu crédito tributário seja pela via judicial ou extrajudicial. O protesto foi desvinculado exclusivamente aos títulos cambiais, sendo que a CDA possui certeza liquidez e exigibilidade poderá ser protestada, pois o protesto tem a função precípua, de um lado, instrumento para constituir o devedor em mora e provar a inadimplência, e, de outro, modalidade alternativa para cobrança de dívida. Também Superior Tribunal de Justiça pontua que “não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para eleger, sob o enfoque da necessidade (utilidade ou conveniência), as políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública” (Ibed., SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ - RECURSO ESPECIAL : RESP 1126515 PR 2009/0042064-8 - Inteiro Teor)

A eficiência do protesto é baseada e constada por resultados, o autor Leonardo⁹⁸ em seu artigo cita que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional em 2013, foram quitadas dívidas no percentual de trinta por cento após o terceiro dia após a notificação o que resultou em uma economia de R\$ 51,42 bilhões com atuação de procuradores da fazenda em processos de defesa de créditos da União (BRESCOVIT, Leandro. O protesto da certidão ativa. Disponível em:

⁹⁸ BRESCOVIT, Leandro. O protesto da certidão ativa. Disponível em: <[HTTPS://JUS.COM.BR/ARTIGOS/33187/O-PROTESTO-DA-CERTIDAO-DE-DIVIDA-ATIVA](https://jus.com.br/artigos/33187/o-protesto-da-certidao-de-divida-ativa)>. ACESSO EM: 16 DE JULHO DE 2020.

<[HTTPS://JUS.COM.BR/ARTIGOS/33187/O-PROTESTO-DA-CERTIDAO-DE-DIVIDA-ATIVA](https://jus.com.br/artigos/33187/o-protesto-da-certidao-de-divida-ativa)>. ACESSO EM: 16 DE JULHO DE 2020).

Outra contribuição para desjudicialização contemporânea é a inovação do Conselho Nacional de Justiça, através do provimento 73/2018, pessoa trans maiores de 18 anos podem requerer a mudança de nome (prenome e agnome indicativo de gênero) e gênero do assento de nascimento e casamento diretamente em qualquer Registro Civil de Pessoas Naturais do país sem a necessidade de ordem judicial, laudo médico ou comprovação de cirurgia.

A recente normativa tem como substrato Decisão do Supremo Tribunal Federal e é obrigatoriedade sua observância pelas serventias extrajudiciais. A normativa é resultado da observância de direito de cidadania e liberdade de escolha.

Segundo a autora Marcia Cristina Zavataro (ZAVATARO, Marcia Cristina. FERRO JÚNIOR, Izaías e SCHWARZER, 2019. p.89),

“não haveria óbice o início de procedimentos litigiosos perante as serventias extrajudiciais, considerando a possibilidade de transmutação do conflito através de boa atuação do conciliador ou mediador, com abordagem colaborativa, irá propiciar a construção de um diálogo entre os interessados a fim de dirimir as controvérsias existentes, com resultados positivos para todos (benefícios mútuos)”.

Complementa a autora, que casos de competência institucional do Ministério Público relativo a menores e incapazes podem ser dirimidos no âmbito extrajudicial, pois o Promotor atua como custo legis. Infrutífera a tentativa de acordo o processo teria curso no âmbito judicial.

Portanto é possível a atuação da serventia extrajudicial como auxiliar da justiça em sede judicial, de forma inaugural ou incidental, por intermédio da distribuição equitativa dos feitos com o Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos, observando a limitação territorial de atuação da serventia escolhida pelos interessados.

CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, conclui-se que a desjudicialização é instituto discutido no âmbito do direito como solução para o excesso de demandas litigiosas, recursos na seara judicial, que dificultam a celeridade, e adequada prestação jurisdicional estatal.

Outrossim, demonstra-se que o princípio do acesso à justiça insculpido na Constituição Federal concretiza-se por mecanismos não judiciais, meios autônomos de solução de conflitos, sendo o judiciário de atuação subsidiária para litígios complexos.

Notários e registradores são profissionais indicados para prestação de serviços de mediação e conciliação extrajudicial pois recebem suas atribuições por meio da delegação, são reconhecidos como particulares em colaboração com Estado, seus atos possuem natureza



híbrida, ou seja, de direito público e privado, são pessoas físicas privadas mas que devem observância aos princípios da administração pública previsto constitucionalmente.

São profissionais do direito com autonomia financeira, independentes, imparciais, compõe o poder judiciário e estão em todas as cidades, independentemente do tamanho, até mesmo distritos.

Os interessados mediandos ou conciliandos tem liberdade de escolher o profissional da serventia de sua confiança. A serventia é um ambiente diferente do fórum, porém que sofre fiscalizações de seus atos pelo poder judiciário. E o assessoramento das partes e instrumentalização num local mais informal é relevante, em razão do cidadão brasileiro naturalmente já possuir um temor reverencial de estar em um fórum e quando entra em uma sessão de mediação e conciliação este temor pode inclusive dificultar e interferir no estado emocional para realizar um acordo, transação.

O cartório já é um local de confiança e intimidade das partes, o cidadão dirige-se para tirar as mais variadas e simples dúvida pois possuem confiança nos profissionais que estão ali prestando serviço público intelectual.

Essa proximidade é salutar para uma mediação exitosa. Ademais os notários e registradores já trabalham com observância aos princípios para mediação e confidencialidade, imparcialidade são atributos desta função delegada pelo Estado, afinal eles praticam função em colaboração com o Estado, prestam o serviço como se fosse o Estado.

Resta também comprovada a viabilidade da mediação e conciliação pelas serventias extrajudiciais também em sede judicial, de forma inaugural ou incidental ao processo, atuando como auxiliares da justiça, através da distribuição equitativa com os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos, observando o limite territorial da atuação de cada cartório extrajudicial.

Em relação aos diversos atos desjudicializadores elencados acima: separação consensual ou divórcio e do inventário e a partilha em tabelionato de notas mediante escritura pública; usucapião extrajudicial; protesto de certidão de dívida ativa; retificação administrativa do registro civil, lavratura do protesto de CDA, observa-se que todas são possíveis a modificações positivas na legislação.

O projeto de lei 470/2013 do Senador Lidice Mata pretende criar a possibilidade de alteração de regime de bens pela escritura pública, pois o estatuto matrimonial de bens está

relacionado a autonomia privada dos cônjuges e resguarda direitos de terceiro, e sendo possível inserir cláusula de motivos da mudança do regime. (Ibed., p.89).

Outro projeto de lei relevante no Senado e de autoria da Comissão Mista de Desburocratização é a possibilidade de adjudicação compulsória nos casos de promessa de compra e venda de imóvel que o promitente comprador possui o termo de quitação. Sendo necessária a prévia notificação do interessado conforme hipóteses já previstas na usucapião extrajudicial. (Ibed., p.89)

No citado projeto propõe-se modificar o artigo 1418 do Código Civil, o promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos forem cedidos, a outorga de escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar ou conforme adjudicação extrajudicial disciplinada em lei.

Portanto iniciativas legislativas ou normativas de deslocamento de competência e atribuições inicialmente reservadas ao poder judiciário para o notário trazem segurança jurídica e eficiência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Celeste Tosta. FERRO JÚNIOR, Izafas e SCHWARZER, Márcia Rosália (coord). **Tabelionato de notas**. Salvador: JusPodivm, 2019. p.38.

Associação de Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo. **Provimento nº 17/2013 da CGJ-SP autoriza registradores e notários a praticarem atos de conciliação e mediação**. Disponível em: <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100549982/provimento-n-17-2013-da-cgj-sp-autoriza-registradores-e-notarios-a-a-praticarem-atos-de-conciliacao-e-mediacao>. Acesso em 10 de julho de 2020.

BARROSO JUNIOR, Eriberto Gomes. **A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DA DESJUDICIALIZAÇÃO E PACIFICAÇÃO SOCIAL**. Disponível em <http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/anaissemanadedireito/article/view/47>. Acesso em 10 de julho de 2020.

BRESCOVIT, Leandro. **O protesto da certidão ativa**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33187/o-protesto-da-certidao-de-divida-ativa>. Acesso em: 16 de julho de 2020.

BUENO, Sérgio Luiz José. EL DEBS, Martha (coord). **O Novo Protesto de Títulos e Documentos de Dívida: Os cartórios de Protesto na Era dos Serviços Digitais**. Salvador: JusPodivm, 2020. p.117.

CÉSAR, Gustavo Sousa. **A função social das serventias extrajudiciais e a desjudicialização.** Disponível em: <<http://www.anoregpr.org.br/artigo-a-funcao-social-das-serventias-extrajudiciais-e-a-desjudicializacao-por-gustavo-sousa-cesar/>>. Acesso em 14 de julho de 2020.

Código de Processo Civil, **Lei 13.105 de 16 de março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 14 de julho de 2020.

CONSOLIDAÇÃO NORMATIVA NOTARIA E REGISTRAL. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/static/2020/07/CNNR_TEXTO_INTEGRAL_Provimento_0272020-CGJ.pdf>. Acesso em 14 de julho de 2020

DUARTE, Francisco Carlos. **Direito e Justiça. In: XIX Conferência Nacional de Advogados aprova teses sobre Reforma da Justiça.** Disponível em: <<http://www.paranaonline.com.br/canal/direito-e-justica/news/147765>>. Acesso em 10 de julho de 2020.

FERNANDES, Pedro. **Meios consensuais de resolução de conflitos no novo Código de Processo Civil: a conciliação e a mediação.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59938/meios-consensuais-de-resolucao-de-conflitos-no-novo-codigo-de-processo-civil-a-conciliacao-e-a-mediacao>>. Acesso em 14 de julho de 2020.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Manual de Direito Notarial: da atividade e dos documentos notariais.** 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 182.

MARQUES, Norma Jeane Fontenelle. **A desjudicialização como forma de acesso à Justiça.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-desjudicializacao-como-forma-de-acesso-a-justica/#_ftn3>. Acesso em 10 de julho de 2020.

RIBAS, Raoni Rosaldo Ramalho. **Protesto de certidão de dívida ativa: uma importante prerrogativa na recuperação de créditos da fazenda pública.** Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/protesto-de-certidao-de-divida-ativa-uma-importante-prerrogativa-na-recuperacao-de-creditos-da-fazenda-publica/>>. Acesso em 16 de julho de 2020.

SILVA, Mathias Foletto. **Acesso à Justiça pela Usucapião extrajudicial: análise do procedimento no Ofício de Registro de Imóveis de Florianópolis, Tijucas, São João Batista e Porto Belo.** Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/205431/PDPC-P0009-D.pdf?sequence=-1>>. Acesso em 10 de julho de 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1126515 PR 2009/0042064-8** - Inteiro Teor. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24811648/recurso-especial-resp-1126515-pr-2009-0042064-8-stj/inteiro-teor-24811649>>. Acesso em: 16 de julho de 2020.

ZAVATARO, Marcia Cristina. FERRO JÚNIOR, Izaías e SCHWARZER, Márcia Rosália (coord). **Tabelionato de notas.** Salvador: JusPodivm, 2019. p.82.

CAPÍTULO 28

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA PERSPECTIVA DENTRO DO DIREITO OBRIGACIONAL BRASILEIRO

DOI: 10.47402/ed.ep.c202159728127

Lucas Victor da Carvalho Gomes, Acadêmico do curso de Direito, UFPB
Adauto José Valentim Neto, Graduado em Administração, IESP, Acadêmico do curso de
Direito, UFPB

Samila Suelly Rosendo de Melo, Graduada em Jornalismo, UNICAP, acadêmica do curso de
Direito, UFPB

RESUMO

A presente investigação tem como objetivo o debate sobre o movimento massivo atual quanto ao acesso alternativo a prerrogativas constitucionais, mais especificamente no tocante à saúde, denominado judicialização da saúde. A pesquisa teve caráter exploratório e, enquanto método de investigação, o estudo de caso. Ademais, o estudo se delineou enquanto levantamento bibliográfico envolvendo o tema. As análises perpassaram o caráter conceitual da judicialização, o desenrolar do caso Patrick Teixeira e as suas implicações no Direito Constitucional por meio da discussão quanto à tutela constitucional, a eficácia e rigidez constitucionais, dos artigos constitucionais e sua tutela. Concluiu-se com o estudo que, se por um lado, apesar da busca por um mecanismo alternativo de acesso às garantias constitucionais à dignidade pela saúde gerar uma oneração no planejamento orçamentário nacional, por outro, a garantia do Direito à Saúde individual deve ser mantida. Assim, há de se ter como objetivo a execução otimizada dos processos judicializados (reduzindo quantidade e custos) e parcimônia na gestão pública, prezando por um equilíbrio de modo a não se inviabilizar a atuação Estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Saúde. Direito Constitucional. Direito à Saúde.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a debater a questão do direito à saúde e da judicialização no Brasil. A princípio trataremos a saúde como direitos de todos e dever do estado. Segundo a Constituição Federal (CF) o direito deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos. A saúde rege-se pelos princípios da universalidade e igualdade. Jose Afonso da Silva (2005, p 831) analisa que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei. “Se a Constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais tem ele integral poder de dominação, que é sentido no termo controle, normalmente quando aparece ao lado da palavra fiscalização” (SILVA, 2005, p.831).



Como segundo tópico, tratamos da judicialização. O fenômeno ocorre quando o cidadão ingressa com uma demanda judicial como a última alternativa para obter medicamentos ou tratamento negado pelo Sistema Único da Saúde (SUS), seja pela falta de previsão na Relação Nacional de Medicamentos (Rename), ou por questões orçamentárias (ROSA, 2018, p.1). De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tivemos somente em 2016, 103.896 processos na saúde suplementar. O gasto aproximado com demandas judiciais ligadas à saúde pública e privada foi de R\$ 8,2 bilhões em 2015. Os altos valores tornam mais difícil ainda a judicialização, pois nas decisões judiciais os magistrados são obrigados a ponderar as teorias da reserva do possível e mínimo existencial e ao mesmo tempo tentar prevalecer o que está escrito na Carta Magna como direito à vida, à saúde e a dignidade da pessoa humana.

Em terceiro foi explanado sobre o caso de Patrick Teixeira, portador da Mucopolissacaridose. O jovem se tornou símbolo das pessoas portadoras de doenças raras não só na Paraíba, mas em todo o Brasil quando no ano de 2011 foi ao Congresso Nacional e lutou junto à Comissão Nacional de Ética e Pesquisa (Conep) a favor da liberação de pesquisas para o tratamento de doenças raras. Depois de aprovada a liberação em 2013 Patrick e mais 7 portadores da doença começaram a receber o tratamento, no Hospital Universitário Alcides Carneiro em Campina Grande. A doença retarda o crescimento e desencadeia uma série de problemas de saúde como locomoção reduzida e dificuldade de respirar. Muitos portadores para ter acesso ao tratamento, que pode chegar até 100 mil reais por mês, precisam acionar a justiça. Patrick relatou que muitos pacientes acabam falecendo pela falta da medicação adequada.

Por último, foi observada a questão da tutela constitucional e a prestação da obrigação de dar e fazer do estado. O Direito Constitucional se propõe a tutelar vários aspectos da vida humana dentro do Estado Democrático de Direito, imperando sempre o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais (LENZA, 2017, p.164), assim fica perceptível que no caso da necessidade de remédios e tratamento para a manutenção da vida o Estado se faz obrigado por razão constitucional a adimplir sua obrigação de dar e de fazer (medicamento e tratamento).

1. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE UM CASO A SE PENSAR...

No âmbito jurídico brasileiro, e nos países em que se faz presente o Estado Democrático de Direito, tem-se notado a ascensão de uma tendência quanto ao acesso de direitos previstos constitucionalmente como forma alternativa. Tal tendência é chamada de judicialização, a qual,



segundo Silva (2013), é a busca da população pelo judiciário de modo que o Executivo seja compelido à implantação de políticas públicas deficitárias, neste caso, quanto à saúde.

O sistema de saúde brasileiro não tem um histórico de eficiência ao ponto de atender suficientemente às demandas da população quanto ao Direito à Saúde do brasileiro, fato que está previsto na Constituição Federal de 1988. Assim, o Judiciário funciona como método alternativo de acesso a esses direitos, um último recurso daquelas pessoas que necessitam alcançar esta prerrogativa fundamental e inadiável quanto a tratamentos ou medicações.

Silva (2013, p. 1) coloca que, apesar de se manifestar como um caminho alternativo, a judicialização tem se tornado muito frequente, ao ponto de, em 2010, “gastos com demandas judiciais individuais somaram o equivalente a quase 2% do orçamento total da saúde”. Fato é que esta tendência representa grande impacto no plano orçamentário no decorrer dos anos de modo que traz preocupação para os gestores públicos, os quais, por vezes, se encontram numa situação difícil quanto à gestão de gastos em alguns casos, pois comprometeriam recursos para regiões inteiras.

Desse modo, não se poderia negar o atendimento àquelas demandas judicializadas que, apesar de onerosas ao ponto de prejudicar orçamentos, detêm direito dos indivíduos ao atendimento, mas também se faz necessária parcimônia nas judicializações, efetivar-se o que Silva (2013, p.1) chamou de “contenção saudável”, ou seja, uma otimização dos processos judiciais de modo a se reduzirem quantidade e custo das demandas preservando investimentos e o direito individual à saúde.

No passo em que as desigualdades sociais se acirram, a população não tem condições de fazerem efetivar seus direitos de tal modo que sua dignidade seja plenamente resguardada. Dito isto, tais direitos só poderão ser atingidos caso governantes sejam pressionados a tornarem atividade Estatal disponível, pois sem a devida estrutura grande parte da população estaria completamente desassistida.

Quanto ao acesso à saúde, enquanto direito humano fundamental, segundo Silva (2013, p. 2), alçou-se por conquista e “evolução do pensamento, da sociedade e do Estado Democrático” desde a primeira acepção de saúde, a qual era ligada ao misticismo, perpassando pela concepção religiosa e de fatores ambientais grega de Hipócrates, o retrocesso na Idade Média até o Renascimento com retomada gradativa da sanitização e desenvolvimento do método científico, período este em que se firmaram as primeiras políticas do Direito Internacional Sanitário (SILVA, 2013).



A judicialização é um processo relativamente recente, datado dos fins do século XIX. Como consequência da Revolução Francesa, iniciou-se a implementação da jurisdição única (ou inafastabilidade da jurisdição) e ampliação dos poderes dos juízes, considerando que o Procedimento Civil moderno (...), seguindo sua concepção original, (...) primou pelo desaparecimento dos privilégios de classe e de casta”. As ideias de liberdade e igualdade paulatinamente aproximaram a sociedade do Judiciário o único que poderia resolver um agravo ou proporcionar um direito ora não concretizado.

Silva (2013, p.5) traz como causa da judicialização na história do Brasil que

Após a redemocratização trazida pela Constituição de 1988. O legislador preconizou a dignidade humana, o acesso sem empecilhos à Justiça, a inafastabilidade da jurisdição e revigorou a importância do judiciário, que se tornou o grande guardião das garantias e direitos humanos fundamentais e, literalmente, a última guarida para busca dessas prerrogativas (SILVA, 2013, p5)

Assim, considerando-se o espectro de garantias constitucionais ao cidadão e a evolução do direito de acesso à saúde, Silva (2013, p.5) defende que não se pode negar o fato de que o Brasil não fornece condição digna quanto à saúde de tal forma que se cabe ao Judiciário prezar tais direitos para que não caiam em esquecimento. Ademais, tal intervenção deve ser realizada de modo planejado, pois as necessidades básicas devem ser assistidas sem extrapolar o previsto na norma; faz-se necessário ainda agir em consonância com os regramentos do Sistema Único de Saúde, ainda que doutrina e jurisprudência não estejam em parcimônia quanto a este tópico. Coloca-se que defensores da judicialização demonstram enquanto vantagens:

a) Estimula a concretização do direito social: determina o respeito por todos os Poderes os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição, “para realização de um mínimo de bem estar individual e social”. Como já ponderamos, o processo “força” que uma prerrogativa não implementada ou implementada precariamente seja concretizada por uso do sistema de freios e contrapesos da tripartite, e em nome da dignidade da pessoa humana. b) Desestimula o mau funcionamento do Estado: seja por corrupção, lobby ou pura omissão, o Executivo e o Legislativo prestam atendimento à sociedade muito aquém do que seria o ideal. “Nesse contexto de baixa eficiência e eficácia de muitos setores estatais, são de extrema relevância os estímulos judiciais em forma de determinação de ações concretas querem para coibir erros e ilegalidades, quer para afastar omissões indevidas”. Novamente tem-se o uso do sistema de freios e contrapesos, objetivando corrigir um grupo específico de ineficiências que prejudica a população, no caso relativas a prestações em saúde. c) Coíbe o esvaziamento de investimentos do setor: o orçamento brasileiro é autorizativo; na prática, isso significa que o Executivo pode modificar ou mesmo cancelar qualquer dotação votada pelo Legislativo. A judicialização seria, em tese, uma saída para evitar que a população seja prejudicada no caso da diminuição de dotações voltadas para a saúde, assegurando que o Executivo aja quando necessário for. d) Dificulta o retrocesso social: “veda ao Estado a criação de situações fáticas em que os direitos já conquistados pela sociedade passem a ser ignorados”. O processo, em tese, evitaria o esvaziamento do núcleo mínimo do direito à saúde, com fulcro na dignidade da pessoa humana, de modo a sempre ampliar (nunca reduzir) as conquistas relativas ao direito à saúde.

Contudo, Silva (2013, p.5) cita os argumentos contrários:

a) Confusão entre microjustiça e macrojustiça: muitas vezes o Judiciário autoriza demandas perante o Estado sem considerar, em tese, a globalidade de políticas públicas. “Assim, não raro, ao buscar a Justiça no caso concreto (microjustiça), o Judiciário afeta o que se chama de macrojustiça, ou seja, os efeitos desenvolvimentistas que deveriam ser gerados pelo conjunto de políticas públicas praticadas (...) de modo coerente”. De fato, esse talvez seja o argumento mais forte daqueles que se contrapõem à judicialização da saúde. E na prática isso realmente pode ocorrer se o processo for conduzido sem razoabilidade; há tratamentos de uma só pessoa que podem custar mais de R\$ 500.000,00 em um ano. Esse valor pode prejudicar orçamentos naturalmente pequenos, como os dos municípios. b) Substituição de decisões técnicas por decisões superficiais: entende-se que o Judiciário estaria prejudicando a implementação de políticas em saúde, abalando o planejamento do Executivo ao autorizar situações não previstas, baseadas apenas em laudos médicos e não no planejamento orçamentário anual, baseado em estudos científicos estatais. Observa-se que esse argumento é diretamente complementar ao primeiro. Mas não devemos ser simplistas e nem frios, já que há vidas envolvidas. Obviamente, é raso falar que situações não previstas podem sempre prejudicar todo o orçamento da saúde, sem estudar de forma acurada os fatores envolvidos. No entanto, sem assessoramento adequado os juízes podem realmente tomar decisões equivocadas, pois seu conhecimento não abarca a seara médica. c) Desrespeito à Reserva do Possível e ao orçamento: Relacionado à teoria alemã de que ninguém está obrigado ao impossível, mas nesse âmbito é aplicada ao Poder Executivo de forma que “este não teria como ser obrigado a concretizar direitos que, na realidade, exijam esforços materiais e/ou financeiros desproporcionais – o que poderia impactar significativa e negativamente o orçamento público, prejudicando outras políticas públicas”. d) Eventual violação da harmonia entre os poderes: ao interferir em políticas públicas o Judiciário estaria extrapolando suas funções e adentrando nas do Executivo. Esse é o único argumento contrário que não prospera de modo algum, pois, em matéria de Direitos Fundamentais, especialmente em saúde, a situação encontra-se justamente na ambiência das intervenções autorizadas, pois refere-se a um momento de uso do próprio sistema de freios e contrapesos, de modo a corrigir a atuação equivocada do Executivo em relação às políticas públicas, no caso sua omissão. Esse é o entendimento do STF (Acórdão STA 175- AgR/CE[37]).

Desse modo, a judicialização se mostra enquanto controvérsia, mas é por meio dela que centenas de pessoas alcançaram a dignidade, vida e saúde. Adicionalmente, serviu ao Estado enquanto demonstração de necessidade de atualização da RENAME (Relação Nacional de Medicamentos), pois foi após a onda de ações judiciais que se mobilizou a população e possibilitou o acesso a medicamentos gratuitamente (como o coquetel de AIDS) pelo SUS. Contudo, a judicialização precisa ser tratada com cautela (SILVA, 2013).

2. CASO PATRICK TEIXEIRA

Patrick Teixeira Dorneles Pires. Tão conhecido que se tornou símbolo da luta dos portadores de Mucopolissacaridoses (MPS) no Brasil. Atualmente com 22 anos se candidatou nas últimas eleições (2018) para Deputado Federal da Paraíba pelo Partido da Social Democracia do Brasil (PSDB) na coligação Força Da Esperança I. Porém não é de hoje que o jovem se empenha em favor da causa.



Uma das primeiras aparições de Teixeira foi em 2011 quando com apenas 14 anos foi ao Congresso Nacional e lutou junto à Comissão Nacional de Ética e Pesquisa (Conep) a favor da liberação de pesquisas para o tratamento de doenças raras. Depois de aprovada a liberação em 2013 Patrick e mais 7 portadores da doença começaram a receber o tratamento, no Hospital Universitário Alcides Carneiro em Campina Grande, da MPS tipo 4 A.

Existem três tipos e seis subtipos da síndrome, para algumas já existiam remédios, mas para o tipo específico do jovem na época não existia tratamento em nenhum local do mundo. Segundo a médica geneticista Paula Franssinetti (responsável pela pesquisa na Paraíba), o que fez com que fosse desenvolvida uma enzima apropriada, da qual eles são deficientes.

Os oitos foram pioneiros em testar o medicamento, uma vez por semana se locomoviam até o hospital universitário para tomar a medicação. O estudo foi realizado em 17 países com 172 pacientes, 20 deles no Brasil, além de Campina Grande o medicamento foi testado em Porto Alegre (RS) e Rio de Janeiro (RJ). Por pouco o país não ficou de fora da pesquisa, que foi negada pela Comissão por três vezes, por esse motivo Patrick foi a Brasília e ficou de prontidão na frente da porta da Conep, o objetivo era conseguir um resultado favorável desta vez. No dia 16 de dezembro de 2011, a pesquisa foi aprovada e em 2013 já estava em sua última etapa. Segundo a doutora Paula Franssinetti na época foi observada uma melhora bastante significativa nos pacientes.

A Mucopolissacaridose retarda o crescimento e desencadeia uma série de problemas de saúde como locomoção reduzida e dificuldade de respirar. Muitos portadores para ter acesso ao tratamento, que pode chegar até 100 mil reais por mês, precisam acionar a justiça. Teixeira em entrevista no ano de 2011 relatou que muitos pacientes acabam falecendo pela falta do tratamento adequado.

Patrick se transformou no porta voz de não só quem tem MPS, mas de outras pessoas que tem doenças raras. Se tornou embaixador dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), uma ação da Organização das Nações Unidas (ONU), desenvolvida no estado pela Fundação Solidariedade, do Sistema Correio de Comunicação. Natural de Porto Alegre (RS) em 2014 recebeu o Título de Cidadão Pessoaense e a Medalha Cidade de João Pessoa, concedidas pela Câmara Municipal da capital paraibana. Em 27 de novembro de 2015, recebeu também o título de Cidadão Campinense, conferido pela Câmara Municipal de Campina Grande. As comendas que Patrick recebeu foram fruto do resultado de sua atuação junto aos gestores públicos e parlamentares em prol das pessoas com doenças raras. “Eu faço por todos,



minha luta é coletiva”, pontuou. Em 2016, Patrick fez um grande evento na Câmara Federal, em Brasília para comemorar o Dia Mundial de Conscientização das Mucopolissacaridoses (15 de maio). O ativista coloriu o local de roxo.

Dados (2018) da Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (Interfarma) revelam que 95% dos pacientes de doenças raras não possuem tratamento e demandam serviços especializados de reabilitação, 3% contam com tratamentos já estabelecidos para outras doenças, que ajudam a atenuar os sintomas e os outros 2% que sobram não tem tratamentos estabelecidos. Concluiu-se que o Brasil tem cerca de 13 milhões de pacientes com algumas das sete mil doenças catalogadas como raras. No mundo, são de 420 a 560 milhões de portadores destas doenças. Cerca de 75% dessas doenças se manifesta no início da vida e afeta, sobretudo, crianças de até 5 anos de idade, muitos morrem antes de completar 18 anos.

No começo de 2018 houve uma falta na medicação concedida aos portadores de doenças raras por medida judicial em todo território brasileiro. Na Paraíba, os portadores de doenças raras que precisam de medicamentos não ofertados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e obtidos por meio de medida judicial teve sua distribuição cessada por mais de 2 meses. Patrick teve seus medicamentos atrasados por um período de três meses e a falta deles põe sua vida em risco. O jovem na época precisa 14 ampolas do medicamento por semana. Porém, o Ministério da Saúde só tinha enviado um carregamento com apenas cinco ampolas, mesmo Patrick estando com uma liminar concedida pela justiça para que o Ministério enviasse a medicação, a decisão não foi cumprida integralmente.

Já no final de 2018, os portadores de Mucopolissacaridoses tiveram uma conquista em âmbito nacional, o Ministério da Saúde no dia 19 de dezembro publicou a Portaria Nº82 incorporando a medicação necessária para a sobrevivência dos pacientes na lista de medicamentos especiais do SUS. Com esse “benefício” os portadores da doença não precisariam mais entrar na justiça para ter direito a essa medicação que é de alto custo. Os remédios eram fornecidos apenas para quem conseguisse na justiça, o que não seria mais necessário.

PORTARIA Nº 82, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2018 Torna pública a decisão de incorporar a alfaelosulfase para pacientes com mucopolissacaridose tipo IVa (MPS IVa; síndrome de Morquio A) no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. O SECRETÁRIO DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INSUMOS ESTRATÉGICOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, no uso de suas atribuições legais e com base nos termos dos art. 20 e art. 23 do Decreto 7.646, de 21 de dezembro de 2011, resolve: Art. 1º Incorporar a alfaelosulfase para pacientes com mucopolissacaridose tipo IVa (MPS IVa; síndrome de Morquio A) no âmbito do SUS, mediante os seguintes condicionantes: 1 - Protocolo de uso da alfaelosulfase estabelecido pelo Ministério da

Saúde; 2 - atendimento e tratamento restritos a hospitais que integrem a Rede Nacional de Pesquisa Clínica; 3 - registro dos dados clínicos e farmacêuticos em sistema nacional informático do SUS; 4 - uso ad experimentum (reavaliação em 3 anos); 5 - laudo próprio para dispensação do medicamento; 6 - fornecimento aos respectivos hospitais; e 7- negociação para redução significativa de preço. Art. 2º Conforme determina o art. 25 do Decreto 7.646/2011, o prazo máximo para efetivar a oferta ao SUS é de cento e oitenta dias. Art. 3º O relatório de recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) sobre essa tecnologia estará disponível no endereço eletrônico: <http://conitec.gov.br/>. Art. 4º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação (MINISTÉRIO DA SAÚDE, Portaria 82, 2018)

Cabe salientar que o sonho de Patrick é conquistar para a Paraíba uma unidade da Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação

3. DA TUTELA CONSTITUCIONAL

“De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos” José Afonso da Silva (2016 p. 200).

O Direito Constitucional se propõe a tutelar vários aspectos da vida humana dentro do Estado Democrático de Direito, imperando sempre o Princípio da Máxima Efetividade das normas constitucionais (LENZA, 2017, p.164), assim fica perceptível que no caso da necessidade de remédios e tratamento para a manutenção da vida o Estado se faz obrigado por razão constitucional a adimplir sua obrigação de dar (medicamento e tratamento).

No caso analisado, Patrick Teixeira sente-se violado juridicamente pelo estado, tem sua vida negligenciada tantas vezes, por omissões de sujeitos, que não vivem sua realidade e dores, negarem a ele uma amenização. É preciso que o jovem vá judicializar sempre suas questões, há aqui um amparo do sistema judiciário de forma positiva para salvaguardar o bem-estar do citado querelante. É importante frisar que a satisfação de Patrick engloba uma multiplicidade de direitos que o mesmo pode vir reclamar a ação prestacional do Estado.

Faz-se tão necessária a ação e o amparo constitucional, que o citado, para poder garantir os seus direitos teve de ir ao Congresso Nacional pleitear sua luta e assim tentar comover aqueles que como algozes lhe cerceavam à concessão de um tratamento mais digno, felizmente conseguiu o objetivo. Mostrou-se um símbolo na luta pelo tratamento de pessoas com doenças raras e hoje auxilia muitas outras pessoas que padecem com as mais diversas enfermidades.

A *Lex Mater* versa, logo em seu primeiro artigo, que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana, neste sentido viver dignamente é um



direito. As pessoas com doenças raras necessitam ter uma vida digna, não podem ser excluídas da sociedade.

Nesse contexto, as questões da humanidade, da empatia, da fraternidade devem incidir na interpretação constitucional, visando sempre à máxima efetividade do texto pátrio. A Ministra Cármen Lúcia destaca quanto à dignidade humana:

Gente demais e humanidade de menos, é o que se tem no mundo em que vivo. Talvez não falte tanta humanidade quanto falte dignidade. Vivo num mundo onde há enorme contingente de pessoas e óbvia carência de fraternidade. O mundo cresceu, a multidão aumentou os problemas dos homens também. A tecnologia evoluiu, tornou-se mais eficaz e busca ser o seu próprio fim. A produção – ou o seu produto – não se volta ao homem; antes, tenta fazer com que o homem se volte a ela. Se um dia o homem buscou humanizar a máquina, parece certo que o que mais se vê agora é a tentativa da máquina de coisificar o homem (ROCHA, 1999, p.1).

Assim, é perceptível a importância da humanização do direito civil constitucional para que barbáries não sejam tomadas como arcabouço de legitimidade do Estado, vide que a dignidade da pessoa humana aqui em jogo é constitutiva do próprio direito e não pode ser separada ou excluída deste. E assim, salienta a ministra:

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição (ROCHA, 1999, p.7).

Pelo exposto, também se faz necessário observar o princípio da equidade, para que se mantenha uma isonomia e que se dignifiquem os mais pobres, caso contrário os vulnerabilizados correm o risco de serem tolhidos por uma falsa noção de igualdade e dignidade, onde o estado por mecanismos absenteístas tentaria negar a prestação de direitos.

4.1 DA EFICÁCIA E DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

O jovem cujo caso nos propusermos a estudar precisou judicializar sua questão, necessitou ir até o senado federal fazer uma apelação, tal ação não seria necessária se o Estado Brasileiro de forma geral e categórica adimplisse com suas obrigações vide que a dignidade da pessoa humana é tido doutrinariamente como um superprincípio constitucional e serve de arroba a todas as ponderações a serem tomadas. Consta que todo estado está obrigado a cumprir as normativas constitucionais como, José Afonso da Silva observa:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental (SILVA, 2016, p.48)



Negar a dignidade aos enfermos é violar o próprio Estado Democrático de direito, as noções da reserva do possível são insignificantes ante o valor da vida humana, tutelada ao menos pela teoria do mínimo existencial. Há, portanto, de se por os valores da dignidade humana como valor principal a noção de estado e a seus gastos econômicos e temporais. Nesse sentido a ministra Cármen Lúcia aborda que:

O Estado somente é democrático em sua concepção, constitucionalização e atuação, quando respeita o princípio da dignidade da pessoa humana. Não há verbo constitucional, não há verba governamental que se façam legítimos quando não se voltam ao atendimento daquele princípio. Não há verdade constitucional, não há suporte institucional para políticas públicas que não sejam destinadas ao pleno cumprimento daquele valor maior transformado em princípio constitucional (ROCHA,1999, p10).

Assim, o próprio Estado Democrático de Direito se funda na dignidade da pessoa humana e este estado não pode abster-se de prestar os cuidados médicos e medicamentosos aqueles que necessitam deles, pois se o deixar de fazer viola a sua própria essência de estado social.

4.2 DOS ARTIGOS CONSTITUCIONAIS E DA SUA TUTELA

Achou prudente o constituinte originário trazer em objetivo constitucional o exposto:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, p.9).

Observa-se que há um objetivo fundamental na Magna Carta, zelar pela sociedade justa e solidária e isso não pode acontecer quando milhares de cidadãos que são acometidos por enfermidades raras venham a definharem e a padecer, chegando à morte, pois, tal sociedade estaria reduzida ao horror que foi o manifesto nazifascista hitlerista de negação dos valores da dignidade humana. Na questão da solidariedade ao não prestar a devida tutela aqueles que sofrem estar-se-ia, pois, a legalizar uma banalidade do mal (ARENDT,1999) institucionalizada e legitimada sob a proteção de um poder constituinte, assim valorando o artigo 3 do texto de 1988 é lógico arguir que para a manutenção da sociedade justa, livre e solidária e da promoção do bem de todos sem quaisquer formas de discriminação é importante o amparo daqueles que mais sofrem com doenças atípicas, para que estes tenham suas dores diminuídas e até consigam a cura de suas enfermidades. Nesse sentido, quanto ao absenteísmo do Estado José Afonso da Silva ensina que:



O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste, especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social, conforme nota Lucas Verdú, que acrescenta: "Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social." Transforma-se em Estado social de Direito onde o "qualificativo social refere à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social". Caracteriza-se no propósito de compatibilizar, em um mesmo sistema, anota Elías Díaz, dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do Welfare State. (SILVA, 2016, p.117)

Nessa razão, o estado adotado pelo constituinte originário mostra-se como um estado garantista e nesta razão Castro expõe que “O Estado-Providência foi criado, segundo os seus precursores, para a redução das desigualdades sociais. Assim, o sistema se sustenta e se legitima pelo fato de que a sociedade – e o Governo eleito por esta – tem um compromisso moral com os menos favorecidos”. (CASTRO, 2008, p.668).

Observa-se assim a necessidade do povo brasileiro, ao dar legitimidade ao constituinte originário, salvaguardar o direito a saúde, como bem demonstra o ministro barroso ao narrar que “As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais”. (BARROSO, 2009, p.34).

E nesta linha de garantia da saúde faz necessária uma ampla proteção ao direito, como aqui exposto, e nesta linha de defesa da existência Germano André Doederlein Schwartz manifesta que: “A saúde é, senão o primeiro, um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para a sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim a saúde se conecta ao direito à vida”. (SCHWARTZ, 2001, p.52).

Patrick Teixeira portador da síndrome mucopolissacaridose é também no âmbito constitucional amparado pelo Artigo 5º da Constituição Federal (CF) de 1988 onde é exposto que 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.

Assim, o direito a vida se faz tutelado no Artigo 5º e o caso que estamos a estudar é justamente uma luta pelo direito a vida com dignidade dentro das esferas do mínimo existencial. Nesse sentido, versa José Afonso da Silva, em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo:



As garantias dos direitos fundamentais abrangem dois grupos, as garantias gerais, destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos, as quais se refere à organização da comunidade política, e que poderíamos chamar condições econômico-sociais, culturais e políticas que favorecem o exercício dos direitos fundamentais. O conjunto destas garantias gerais formará a estrutura social que permitirá a existência real dos direitos fundamentais, trata-se de uma estrutura de uma sociedade democrática, que conflui para a concepção do Estado Democrático de Direito, consagra agora o art. 1º de que falamos. As garantias constitucionais, que consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância a reintegração dos direitos fundamentais. São, por outro lado, de dois tipos: (a) garantias constitucionais gerais, que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes, e assim impedem o arbítrio com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas de garantia e respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão; (b) garantias constitucionais especiais, que são prescrições constitucionais estatuinto técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial. São técnicas preordenadas com o objetivo de assegurar a observância desses direitos considerados em sua manifestação isolada ou em grupos (SILVA, 2016, p.190).

Assim, fica claro que a percepção do constituinte é de que o Estado é obrigado a assegurar o direito à vida, logo, também se ver a necessidade dos tratamentos e da medicação, neste caso, ocorre assim uma justificativa da ação do SUS, entretanto, Patrick Teixeira estava tendo seu direito violado e na questão do tratamento ainda não tinha o direito reconhecido, graças a toda uma interferência política.

Dessa forma, é hermenêuticamente lógico por todo o exposto, que existe uma obrigação por parte do estado de dar e de fazer para com o querelante, há de se fazer necessário um imperativo categórico de humanidade e de reconhecimento do estado social a qual se vive e se fundamenta em princípios éticos. Doutrinariamente comprova-se tal ideia no pensar de José Afonso da Silva: “O direito à existência consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte.” (Silva, 2016, p.200).

E na mesma linha pontua o autor:

Há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais (SILVA, 2016 p. 311).

Nesse interim, versa José Afonso da Silva:

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam. (SILVA, 2016 p.846)



Ante todo o exposto, é verificável constitucionalmente a obrigação do estado brasileiro para com o tratamento de saúde destes que possuem uma hipervulnerabilidade e não conseguem arcar com os custos, devendo ser-lhes assegurado a dignidade e o direito de existência, ainda é lógico afirmar que a obrigação do estado de fazer e de dar se agrega como caráter constitutivo da manutenção da vida dos sujeitos que estão na situação de risco pela enfermidade pois a continuidade e exequibilidade do tratamento lhes assegura a vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após analisar o atual cenário brasileiro, desde o movimento de redemocratização com a Constituição cidadã de 1988, a abrangência da constitucionalização trazendo nela matérias, as quais antes renegadas no âmbito do processo político e legislação ordinária, percebe-se que se faz possível a judicialização para diversos direitos uma vez que a Carta Magna é de interpretação ampla no sentido de que dispõe sobre todos os Direitos Humanos Fundamentais, de modo que ameaças a estes podem ser levadas ao judiciário por inafastabilidade da jurisdição.

Adicione-se a isso, um sistema de controle de constitucionalidade igualmente amplo, de maneira que as mais diversas pretensões podem passar pelo controle difuso e concentrado, este funcionando em proximidade com a sociedade, a qual então possui margem para interferir assuntos diversos.

Nesse cenário, ponha-se uma população desassistida, um Sistema Único de Saúde precário, burocratizado, desestruturado para atender as demandas de saúde em sua abrangência e complexidade, faz-se então quadro de desestabilização propício à busca desesperada dos cidadãos por alternativas à ansia de atendimento e medicação em se tratando da fatalidade característica de que tratam os problemas de saúde, sobrevivência.

Assim, a judicialização tem crescido preocupando o Estado, pois traz consigo um rastro de desequilíbrio orçamentário e uma nova forma de apreciar tais problemas que podem sair do planejamento e controle do Executivo, trazendo ainda um embate da busca e defesa da vontade do indivíduo contra a coletividade.

No entanto, saúde se configura como direito fundamental, ainda que enquanto setor e política pública mal implementados, deve ser respeitado. Contudo, o desequilíbrio nacional orçamentário deve ser considerado quando da consecução do direito individual e da elaboração das políticas públicas de modo que não se inviabilize a ação Estatal.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista de direito social. Coord. Wagner Baleira. Editora Notadez: Porto Alegre. nº: 34. Abr/Jun. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. Manual de Direito Previdenciário. 9 ed. Florianópolis: Conselho Editorial, 2008.

MORAIS, Thiago. Medicamentos para tratamento de doenças raras estão em falta na Paraíba. Disponível em: Acesso em: 28 de abril em 2019.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, out. 1999. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>.

ROSA, Douglas Ferreira. Judicialização da saúde no Brasil. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65661/judicializacao-da-saude-no-brasil>>. Acesso em: 28 de abril de 2019.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Liliane Coelho da. Judicialização da saúde: em busca de uma contenção saudável. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 112, 2013.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Direito a Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CAPÍTULO 29

OS PRINCÍPIOS DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E DO LIVRE CONVENCIMENTO NA REALIDADE DOS TRIBUNAIS

DOI: 10.47402/ed.ep.c202153929127

Maria Helena Santana Cruz, Doutora em Educação pela Universidade Federal da Bahia, Professora dos Programas de Pós-Graduação em Educação (PPGED) e em Serviço Social (PROSS) da UFS; Líder do Grupo do Diretório de Pesquisa certificado pelo CNPq: Educação, Formação, Processo de Trabalho e Relações de Gênero

Jorge Flavio Santana Cruz, Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PRODIR) da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Membro do grupo de Pesquisa Educação, Formação, Processo de Trabalho e Relação de Gênero - UFS/CNPq; Membro titular do Conselho de Contribuintes da Secretaria da Fazenda do Estado de Sergipe; Advogado e sócio fundador do escritório Carvalho Cruz Advocacia

Juliana Campos de Carvalho Cruz, Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito (PRODI) da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Atua profissionalmente na área de Direito Tributário e Empresarial no Escritório de Advocacia Carvalho Cruz; Membro do grupo de Pesquisa Educação, Formação, Processo de Trabalho e Relação de Gênero - UFS/CNPq

RESUMO

O objetivo deste artigo é trazer indagações e reflexões sobre a importância e as consequências da fundamentação das decisões judiciais, em razão do aumento da judicialização dos casos da vida, visto que o Poder Judiciário vem desenvolvendo e assumindo um papel preponderante, fiador de direitos e garantias fundamentais, inclusive atendendo a elevado ritmo de demandas, de protagonista das grandes causas de repercussão geral, que chegam ao Supremo Tribunal Federal, quando se trata de matéria constitucional, facilitadas pelo acesso as novas tecnologias, e ao STJ quando se refere a violação de lei federal, cujos efeitos da decisão irradiam para toda sociedade. No Brasil, a modernização e a transformação do direito constitucional, se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, que surgiu num contexto de busca pela defesa e pela realização dos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, nas mais diferentes áreas, colocando o texto constitucional como um verdadeiro garantidor desses direitos e acima das demais leis. Com os crescentes déficits fiscais, o Poder Judiciário ganhou relevância ao assumir o papel de protagonista, influenciando cada vez mais o sistema através de suas decisões em resposta a elevadas demandas da sociedade, unificando a jurisprudência, privilegiando a duração razoável do processo. Nesse sentido, a crescente judicialização dos casos concretos da vida tem sido objeto de preocupação dos estudiosos e aplicadores do direito. Muitas vezes, o cidadão só tem a efetivação do seu direito subjetivo com a interferência do Poder Judiciário, mesmo quando a questão debatida referir-se a direitos e garantias fundamentais.

Palavras-Chave: Constituição. Decisões Judiciais. Fundamentação. Princípio.



INTRODUÇÃO

O mundo moderno tem sofrido pressões e interferências decorrentes do avanço da globalização, exigindo mais crescimento econômico, e, na dinâmica dessas transformações, tem-se o avanço das inovações tecnológicas, impactando, modificando e criando desequilíbrios de diferentes formas e intensidades nas sociedades dos diversos países do globo, mudanças que afetam a economia, as relações sociais, a política, e não poderia ser diferente com o campo do Direito.

Esse contexto de euforia e transformações, em que engendra e proporciona o crescimento do comércio internacional entre os países, tem afetado as relações jurídicas de diversas formas, ensejando a necessidade de modificações no ordenamento jurídico interno das nações.

No Brasil, a modernização e a transformação do direito constitucional se deram com o advento da Constituição Federal de 1988, pois, após um longo período de ditadura militar, surgiu num contexto de busca pela defesa e pela realização dos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, nas mais diferentes áreas, colocando o Texto Constitucional como um verdadeiro garantidor desses direitos e acima das demais leis. O novo direito constitucional, direito constitucional moderno ou Neoconstitucionalismo foi o responsável pela criação de um novo modelo de direito constitucional, que colocou a Constituição em posição de destaque em vários países europeus, redefinindo o seu papel e o papel do direito constitucional, em relação às demais normas previstas em seus ordenamentos jurídicos.

Nesse contexto de transformações na sociedade, o objetivo deste artigo é trazer indagações e reflexões sobre a importância e as consequências da fundamentação das decisões judiciais, em razão do aumento da judicialização dos casos da vida, visto que o Poder Judiciário vem desenvolvendo e assumindo um papel preponderante, fiador de direitos e garantias fundamentais, inclusive atendendo a esse elevado ritmo de demandas, de protagonista das grandes causas de repercussão geral, que chegam ao Supremo Tribunal Federal, quando se trata de matéria constitucional, facilitadas pelo acesso as novas tecnologias, e ao STJ quando se refere a violação de lei federal, cujos efeitos da decisão irradiam para toda sociedade.

Inferese que as novas formas de interpretar o Direito podem contribuir para maior segurança e harmonia ao sistema jurídico no país. O princípio da fundamentação das decisões judiciais e o princípio do livre convencimento motivado de juízes têm raízes na Constituição



Federal, ou seja, são garantias fundamentais encartadas na norma do artigo 93, inciso, IX da Carta Política.

Pode-se dizer que os princípios constitucionais da fundamentação das decisões judiciais; do livre convencimento motivado; do devido processo legal; do contraditório; da ampla defesa; do duplo grau de jurisdição; da publicidade; da imediatidade; da verdade real; da oralidade; do dispositivo; da imparcialidade; da igualdade; da segurança jurídica estão todos entrelaçados e numa perfeita conexão.

Nesse sentido, a crescente judicialização dos casos concretos da vida tem sido objeto de preocupação dos estudiosos e aplicadores do direito. Muitas vezes, o cidadão só tem a efetivação do seu direito subjetivo com a interferência do Poder Judiciário, mesmo quando a questão debatida referir-se a direitos e garantias fundamentais.

O caso brasileiro tem uma agravante que tem contribuído para o deterioramento do quadro social que é a falência das contas públicas em todas as esferas de governo. Esse tema também tem sido um dos maiores óbices à concretização dos direitos, aqueles que exigem uma prestação positiva do Estado, principalmente, na ordem social. Portanto, em nome de não existir recursos financeiros, “dinheiro”, em caixa, ou seja, por haver déficit fiscal nos seus orçamentos, os governos negam, na realidade, aos cidadãos seus direitos e garantias fundamentais.

A todo momento ouve-se que o Estado nega saúde, devido à falta de remédios e de leitos nos hospitais públicos, não consegue tratar as diversas doenças e enfermidades da população; ao mesmo tempo, ouve-se que o Estado nega educação pela precariedade das escolas públicas, a falta de professores e servidores bem remunerados; ouvem-se as notícias das famosas fraudes nas licitações da merenda escolar, nega-se segurança, etc. Na verdade, a imprensa noticia, a todo momento, a existência de desvios e descaso com os recursos públicos, e, como se não bastasse, junta-se a esse cenário caótico, o propalado déficit da Previdência.

Nesta medida, as verdadeiras causas das crises (ou da crise permanente) estão em acordo com uma política de concentração de riqueza e não objetiva seu fim. Ou seja, a permanência da crise se ocupa da manutenção dos status sociais e frequente alargamento das desigualdades, fomentado largamente por descaso com as pautas da sociedade.

Nessa esfera, constata-se que os direitos e garantias fundamentais têm sido desrespeitados pelo Estado brasileiro. Nesse panorama, observa-se uma crescente judicialização dos casos da vida no cotidiano forense, condicionada pelo crescente ritmo das demandas que tendem a se ampliar gerando inquietações sobre a proteção e garantia de direitos.



O presente capítulo tem como problema os seguintes questionamentos: de que modo as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) afetam a proteção dos direitos, visto que o Poder Judiciário, em tese, tem sido afetado pelo ritmo das demandas repetitivas de casos da vida, e quais estratégias ou saídas podem ser apontadas para evitar que a situação do caso concreto deixe de ser analisada adequadamente, em prol do julgamento célere apoiado nas novas tecnologias, numa sociedade de judicialização em massa, como instrumento de controle das práticas desenvolvidas pelo Poder Judiciário, especialmente pelo STJ.

Para Coelho (2019, p. 01), a instituição de mecanismos de acesso à Justiça, o aumento da litigiosidade e a busca por maior celeridade no julgamento de processos provocaram modificações no ordenamento jurídico capazes de dar respostas às demandas de celeridade e segurança jurídica nos julgamentos. Uma das respostas foi a implementação da sistemática de recursos repetitivos, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, por meio da Lei 11.418/2006. Essa lei inseriu o artigo 543-B no CPC, passando a regulamentar o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Posteriormente, foi promulgada a lei 11.672/2008, que ficou conhecida como a Lei dos Recursos Repetitivos, estabelecendo a referida sistemática no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Segundo Carvalho Filho (2015, p. 01), a racionalização do julgamento de recursos extraordinários, por reduzir a quantidade de processos apreciados pelo STF, viabiliza a correção de uma série de equívocos habituais em nossa prática judicial, como a existência de decisões divergentes para casos idênticos, o desenvolvimento de jurisprudência excessivamente defensiva e o comprometimento da razoável duração do processo. Com efeito, a repercussão geral, ao privilegiar a análise de temas constitucionais - em vez de processos subjetivos -, desobstrui a agenda do STF, o que favorece a qualidade dos julgamentos, a celeridade e a uniformidade jurisprudencial em todo o território nacional. O instituto, por isso, é dotado de muitos atributos positivos, desde que suas potencialidades sejam devidamente exploradas.

Contemporaneamente, o Planeta está em processo de transformação estrutural. Vivemos em dinâmica multidimensional, associado à emergência de um novo paradigma tecnológico, baseado nas tecnologias de comunicação e alicerçado no poder da informação, os quais começaram a tomar forma nos anos 1960 e que se difundiram de modo desigual por todo o globo (CASTELLS, 1999). Desse modo, a Sociedade em Rede é a nossa sociedade, constituída por indivíduos, empresas e Estado, operando num campo local, nacional e internacional. Essa nova dinâmica vem imprimindo novos ritmos nos diversos setores e no conteúdo do trabalho em todas as áreas inclusive no campo jurídico. Assim, como o ciberespaço permite a abertura



de um campo imenso de possibilidades políticas e culturais, de discussões pluralistas, de possibilidades de tomada conjunta e de modo democrático de decisões, evidenciando um espectro de liberdade advinda da possibilidade de acesso à rede, ele também possui o lado de risco de um controle total. Este, tendo em vista que o desenvolvimento de *softwares* e novas formas de regulação, sobretudo da internet, permite o controle de comunicações e de dados pessoais dos usuários da rede, tanto por empresas privadas — com o intuito de mercantilização do conteúdo destes dados — quanto pelos próprios estados, com a finalidade de recuperar parte do poder que lhes fora subtraído com a eclosão da internet como fenômeno global.

Para alguns pensadores contemporâneos, a exemplo de Pierre Lévy, o uso maciço das técnicas digitais de acesso à informação e de comunicação interativa pode ser muito útil a todos os cidadãos, na medida em que as ‘ágoras virtuais’ ajudem a melhorar a elaboração de questões, a negociação e a tomada de decisões coletivas. Lévy (2014, p. 4) afirma que “[...] o uso socialmente mais rico da informática comunicacional consiste, sem dúvida, em fornecer aos grupos humanos os meios de reunir suas forças mentais para constituir coletivos inteligentes⁹⁹ e dar vida a uma democracia em tempo real”. Para o autor, mais comunicação implicará naturalmente mais liberdade, visto que “[...] a capacidade de comunicar e de circular tem uma estreita relação com o desenvolvimento da liberdade”. A partir dessas premissas, o autor desenvolve o conceito de ciberdemocracia, entendida como ápice da história das conquistas sociais, num sentido de aceleração do processo de emancipação humana. O ciberespaço, lugar das relações em tempo real e da difusão nunca antes vista de informação/comunicação, é o ambiente no qual pode se desenvolver a desejada ciberdemocracia. (LEVY, 2002, p.23).

O risco de degeneração da democracia encontra-se estreitamente ligado também ao problema da desigualdade de acesso que se tem estabelecido no ciberespaço, na medida em que a internet cria novas formas de desigualdade entre ‘inforricos’ e ‘infopobres’, ao estabelecer discriminações graves no acesso e utilização de informações entre o Norte e o Sul. Chama atenção, por exemplo, o fato de haver mais linhas telefônicas na Ilha de Manhattan, Nova York, do que em toda a África, sabendo-se que sem linhas não se pode acessar à internet. (CASTELLS, 1999, p.89).

Cotidianamente, o Poder Judiciário tem sido provocado para atender a um diversificado e elevado número de demanda da sociedade em rede e essa realidade pode ser explicada e

⁹⁹ O autor define inteligência coletiva como “[...] uma inteligência distribuída por toda parte, incessantemente valorizada, coordenada em tempo real, que resulta em uma mobilização efetiva das competências”. Nessa ótica, o aperfeiçoamento da inteligência coletiva será o produto e o sentido da evolução cultural. (LEVY, 2018, p. 18).



identificada com a crescente judicialização das demandas no Brasil. Nessa realidade, o jurisdicionado necessita sentir mais segurança das decisões judiciais para evitar o frequente sentimento de distribuição desigual de justiça, que implica a falta de segurança jurídica e o descrédito do Poder Judiciário brasileiro ante a população, além de um sentimento profundo de injustiça e impunidade. Então, para que uma decisão seja justa é preciso que ela seja reconhecida como tal. Nessa direção, a importância do princípio da fundamentação das decisões judiciais e o do livre convencimento motivado do juiz visam demonstrar ao jurisdicionado, de forma robusta e clara, quais foram as razões de fato e de Direito sobre as quais se fundaram a tutela jurídica vindicada, ou seja, quais foram os motivos que levaram o magistrado, na busca da verdade, na análise das provas, a concluir por aquela decisão.

METODOLOGIA

Na busca de respostas para as indagações, este estudo apoia-se no método dialético de abordagem na análise de teses doutrinárias e jurisprudenciais na fundamentação das decisões judiciais, na judicialização dos casos da vida, que sustentam a ampliação dos direitos e a liberdade humana, chamando a atenção para os riscos de controle total com a crescente judicialização. Portanto, esta pesquisa de natureza qualitativa, que implica uma partilha densa com pessoas, fatos e locais que constituem os objetos da pesquisa, com o fito de” [...] extrair desse convívio os significados visíveis e latentes que somente são perceptíveis por meio de uma atenção mais sensível por parte do investigador” (CHIZZOTT, 2003, p. 221). A pesquisa qualitativa, diferentemente da quantitativa, é utilizada quando se buscam percepções e entendimentos sobre a natureza geral de uma determinada questão, abrindo-se espaço para a análise do investigador, justamente porque as informações por meio dela obtidas não podem ser quantificáveis. Nesse caso, a interpretação dos fenômenos e a atribuição de significados são básicas no processo de pesquisa qualitativa. As fontes priorizadas para análise apoiam-se em documentos jurídicos como: a doutrina processual pátria, a jurisprudência dos tribunais e trabalhos acadêmicos científicos que abraçam a seara do direito constitucional e processual. As principais fontes de análise e interpretações sobre o objeto orientam-se fundamentam-se em contribuições teóricas de juristas especializados da área (livros e artigos) percebidas de forma integrada (como um todo), imprescindível para notar a relação entre os diferentes níveis de totalidade do real para uma compreensão precisa da prática jurídica.

O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ NO DIREITO BRASILEIRO

O princípio constitucional da fundamentação e o livre convencimento motivado do juiz em nosso ordenamento jurídico tem raiz constitucional, ou seja, os princípios são garantias fundamentais encartadas na norma do artigo 93, inciso, IX da Carta Política.

A norma do artigo 93, inciso IX da Constituição de 1988, com redação alterada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, dispõe que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Segundo José Cretela Neto (2002, p. 109), a motivação das decisões judiciais garante às partes, aos terceiros interessados e à sociedade em geral, verdadeiro acesso à *ratio* do Poder Judiciário, isto é, permite-lhes conhecer as razões de fato e de direito sobre as quais se funda a tutela jurídica buscada, amparando ou rejeitando a pretensão deduzida. Ao conhecer essas razões, poderá a parte, também fundamentadamente, recorrer das decisões que considera prejudiciais a seus interesses. Em outras palavras, somente quando à parte é facultado examinar o conteúdo da decisão, é que terá oportunidade de buscar a impugnação da sentença; de forma contrária, estaria sujeita a mero capricho do magistrado.

A obrigação imposta ao magistrado de fundamentar as próprias decisões não se constitui em mera exigência técnica de controle da legalidade do provimento em face de uma eventual e futura impugnação ou recurso. Deve-se considerar que a motivação fornece um instrumento de controle popular da imparcialidade do juiz, para verificar se sua decisão foi fruto de opções arbitrárias, em vez de resultar diretamente de sua sujeição a preceitos legais. Para José Cretela Neto (2002, p. 109-110), a obrigação de motivar as decisões nasceu nos países europeus de sistemas de direito positivo, em época relativamente recente, sendo consequência direta das posições filosófico-políticas do Iluminismo. No período medieval, o juiz deveria evitar os motivos das próprias decisões, pois, estas deveriam evidenciar os erros cometidos, enfraquecendo, assim, a autoridade das sentenças, e encorajando anulações.

Nas diversas cidades-estados italianas, a partir do século XVI, previa-se, de diversas maneiras, a obrigação de motivar as sentenças. Já na França absolutista da mesma época, não apenas não vinham expostos os motivos das decisões judiciais, mas também se omitiam os fatos



pertinentes à causa. Em outras palavras, o julgamento era mero exercício arbitrário em nome do Rei, cujo poder jurisdicional era de tal natureza, que não precisava prestar contas às partes.

Pode-se constatar que a evolução dessa relevante obrigação do magistrado ocorreu não apenas em tempos recentes, mas, resultou de um lento processo evolutivo, como se os detentores dos poderes do Estado relutassem em tornar público o raciocínio lógico-jurídico dos juízes.

Regina Lucia Teixeira Mendes da Fonseca (2012, p. 8), em sua tese de doutoramento, elaborou sua pesquisa objetivando explicitar a representação de juízes acerca do livre convencimento e outras categorias que com ela se articulam, informando o processo decisório dos magistrados na formulação das decisões e a efetividade dos direitos fundamentais no Brasil. Destacaram-se, como via de ingresso e de compreensão, as representações dos juízes acerca de duas categorias que são complementares: o princípio do livre convencimento motivado e a iniciativa probatória do juiz que, de acordo com a pesquisadora, ambas são indissociáveis da decisão judicial e constituem a expressão máxima de poder no campo jurídico brasileiro.

Em nossa sociedade, percebe-se frequentemente o sentimento de distribuição desigual de justiça que impõe a falta de segurança jurídica e o descrédito do Poder Judiciário brasileiro ante a população, além de um sentimento profundo de injustiça e impunidade. Para que uma decisão judicial seja justa, é preciso que ela seja reconhecida como tal, especialmente pelos que se submetem a ela.

A atividade jurisdicional do Estado nas sociedades de tradição ocidental, especialmente aquelas que, como a brasileira, estão alinhadas com a tradição da *civil law*, exige a aplicação de uma fórmula genérica e hipotética de caráter universalizante a um caso particular, concreto e específico. Para que tal atividade se concretize, é preciso que haja uma espécie de tradução do conflito em questão para os termos jurídicos, e a aplicação da fórmula genérica legal àquele caso concreto, pelo Estado, que se manifestará na pessoa de um julgador investido como tal. As decisões judiciais, portanto, distinguem-se dos atos de força política, simplesmente por serem resultado de uma interpretação que deve ser regulada e reconhecida como coincidente com a ideia de justiça de senso-comum.

Segundo Fonseca (2012, p. 9-10), as decisões judiciais são prolatadas num instrumento próprio que se chama processo, que tem regras específicas de andamento estabelecidas, no Brasil, por lei federal. Entre nós, o processo, ainda que nominalmente devido ao cidadão pelo Estado, volta-se à formação do convencimento do juiz. O processo judicial acaba por ter a



finalidade de formar a convicção do magistrado, representante do Estado, para que este possa decidir sobre o conflito em apreço

O princípio do livre convencimento motivado do juiz, segundo a lei e a doutrina, refere-se à possibilidade que o julgador tem de apreciar o conjunto de provas relativas aos fatos que servem como fundamento da pretensão deduzida em juízo, sem que haja valores predeterminados por lei para os meios de prova utilizados. Dito de outra forma, o princípio em questão permite ao julgador apreciar o conjunto probatório levado ao seu conhecimento e formar, diante dele, livre de prévia valoração legal, um juízo a respeito dos fatos que fundamentam o pedido ou a resistência a ele. (FONSECA, 2012, p. 10).

Embora o sistema permita que o juiz valorize livremente o conjunto das provas de determinado processo para decidir, por outro lado, há a obrigatoriedade da fundamentação das decisões, para que o magistrado explicita os motivos por que tomou a decisão, possibilitando à parte recorrer ou não.

Para Fonseca (2009, p. 37), a fundamentação da decisão judicial, em nosso sistema, é garantia constitucional expressa no art. 93, IX da Constituição da República de 1988¹⁰⁰, uma vez que a exposição dos motivos que levaram o juiz a decidir de determinada maneira, também chamada de fundamentação da sentença, é a base da argumentação que possibilita ao cidadão que é parte num processo recorrer e obter um novo julgamento do mesmo pedido por outro órgão de jurisdição: o tribunal. Assim, o princípio do livre convencimento motivado do juiz é pressuposto da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. É princípio norteador da atividade de julgamento no sistema processual brasileiro quanto à apreciação da prova tanto em matéria processual civil como em matéria processual penal e, ainda, em matéria trabalhista.

Nesse sentido, leciona Cretela Neto (2002, p. 110 -111), a concessão de uma liminar, por exemplo, está sujeita a certos pressupostos legais, os quais, quando existentes, obrigam o magistrado a seu deferimento. A causa, portanto, é o preenchimento desses pressupostos legais. Dizendo melhor, não apresentar quaisquer motivos, mas, é preciso que estes sejam expostos de maneira concreta, precisa, não sendo suficiente uma simples e vaga referência. Além disso, deve ser clara a argumentação, a fim de que a sentença seja suscetível de fácil interpretação. As

¹⁰⁰ Constituição Federal de 1988 - Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (BRASIL, 2004).

expressões genéricas, como “altos fins”, “interesse da coletividade”, “melhor conveniência”, não servem para motivar a decisão, configurando mero circunlóquio ou logomaquia. É necessário, antes de tudo, que uma relação efetiva de causa e consequência se estabeleça entre a situação de fato e a determinação de direito.

Para Cretela Neto (2002, p. 11), quando um juiz defere uma liminar nos termos “defiro, porque presentes os pressupostos legais”, ou a indefere nos termos “indefiro, porque ausentes os pressupostos legais”, não estará fundamentando qualquer das decisões, no sentido em que ordena nossa Constituição Federal. Equivale a dizer: “defiro (ou indefiro) e ponto final”.

Ao conceder uma liminar porque estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não é suficiente que diga que considera estarem presentes os pressupostos; é necessário que mostre porque considera presentes esses fundamentos. Da mesma forma, deve o relator fundamentar a concessão do efeito suspensivo ao agravo.

Nesta esteira, também pode-se dizer que a fundamentação sucinta não se confunde com fundamentação deficiente, decisão mal fundamentada, isto é, fundamentada de modo deficiente, é ausência de fundamentação.

O princípio do livre convencimento motivado do juiz está explícito em sede legal ordinária para todas as áreas do processo judicial brasileiro. Está disciplinado nas normas dos artigos 11 e 371 do Código de Processo Civil de 2015¹⁰¹ (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015) e, no artigo 157 do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), assim como, previsto implicitamente, nos artigos 8º e parágrafo único, 769 e 832 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943).

Para Nelson Nery Júnior (2007, p. 391), no livre convencimento motivado, o juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula *pleno iure* (CF 93, IX). Não pode utilizar fórmulas genéricas que nada

101 Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Art. 11 - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade; Art. 371 - O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. (BRASIL, 2015).

Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. CPP - Art. 155 - O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941).

Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Art. 832 - Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão. (BRASIL, 1943).



dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto. A prova legal é o limite do livre convencimento motivado.

Nery Júnior (2007, p. 391-392) entende que, quando a lei estabelece que somente por determinado meio se prova um fato, é vedado ao juiz considerá-lo provado por outro meio, por mais especial que seja.

A problemática da necessidade da fundamentação das decisões judiciais ganhou maior importância com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015). Nesse sentido, o legislador ao instituir a norma do artigo 489, §1º do CPC/15¹⁰² dispondo que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Portanto, pode-se inferir que a atual sistemática do Código de Processo Civil veio para privilegiar o princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais.

102 Art. 489 - São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015).

O PROBLEMA DA VERDADE E A PROVA NO PROCESSO

De acordo com o a norma do artigo 373 do novo Código de Processo Civil¹⁰³ (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015), o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa regra, que distribui o ônus da prova entre o autor e o réu, aparentemente se funda na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, mas, não a inexistência daqueles que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou a sua extinção.

Segundo Didier, Braga e Oliveira (2007, p. 19), a noção de prova está presente em todas as manifestações da vida humana e transcende o campo do Direito. É dos assuntos da dogmática processual, aquele que exige do aplicador e do estudioso maior volume de noções de outras áreas do conhecimento. A interdisciplinaridade, aqui, não é apenas um desejo acadêmico; sem observar essa característica, não há como interpretar e aplicar corretamente as regras do direito probatório.

Qualquer decisão humana não importa qual o ambiente em que tenha sido proferida (em um baile de carnaval, em um *shopping* center ou em um processo jurisdicional) é resultado de um convencimento produzido a partir do exame de diversas circunstâncias (de fato ou não); é baseada em diversos elementos de prova.

No processo jurisdicional, o objetivo principal é a efetivação de um determinado resultado prático favorável a quem tenha razão, que seja produto de uma decisão judicial que se baseie nos fatos suscitados no processo (normalmente pelas partes, mas que, em algumas situações, podem ter sido suscitados pelo próprio magistrado) e postos sob o crivo do contraditório.

O fenômeno jurídico não prescinde da averiguação da ocorrência dos fatos, sobre os quais incide o enunciado normativo, dando-lhe eficácia jurídica. Cada uma das partes conta a sua versão sobre o que aconteceu. A versão mais bem provada, aquela que vier a convencer o julgador, tem tudo para ser vencedora. A *“arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas”*.

¹⁰³ Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 - Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (BRASIL, 2015).



Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 242), a ideia de prova evoca, naturalmente, e não apenas no processo, a racionalização da descoberta da verdade. Realmente, a definição clássica de prova liga-se diretamente àquilo “[...] que atesta a veracidade ou autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente)”. Tem-se (ou tinha-se) essa ideia para a ampla maioria das ciências, e a ciência processual clássica não foge à regra. Também o juiz, na atividade cognitiva do processo, tradicionalmente é visto como alguém que tem como função precípua a reconstrução dos fatos a ele narrados, aplicando sobre esses a regra jurídica abstrata contemplada pelo ordenamento positivo; feito esse juízo de concreção da regra aos fatos – também, chamado juízo de subsunção –, extrai-se a consequência aplicável ao conflito, disciplinando-o na forma como preconizada pelo legislador.

A verdade real é algo inatingível; não deixa de ter um caráter místico. É utopia imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento, até porque a verdade sobre algo que ocorreu outrora é ideia antitética, ou seja, não é possível saber a verdade sobre o que ocorreu; ou algo que aconteceu ou não.

Segundo Didier, Oliveira e Braga (2007, p. 28), há basicamente três teorias que visam a explicar qual a finalidade da prova: a primeira delas entende que prova é estabelecer a verdade; a segunda, sustenta que é fixar formalmente os fatos postos no processo e; a terceira, é a que entende que sua finalidade é produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão.

Essa terceira corrente parece descrever, efetivamente, a verdadeira finalidade da prova que é permitir a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa; é dar ao magistrado suporte suficiente para que possa convencer-se dos fatos discutidos no processo, proferindo a sua decisão a partir da crença de tê-la alcançado.

No Brasil, entretanto, o Estado toma para si o monopólio da atividade de administração de conflitos e exerce esta função por meio da jurisdição. A jurisdição tem no processo judicial um instrumento de construção de verdade jurídica, pois, é nele que o julgador vai tomar conhecimento do conflito levado a juízo, formar o seu convencimento sobre a questão e formular a norma jurídica particular e concreta disciplinadora do litígio. Para tanto, é preciso que o conflito do mundo real seja reduzido a uma fórmula juridicamente expressa, na qual o conflito passa a ser denominado lide (FONSECA, 2012, p. 69).

O processo judicial quer civil, quer criminal, é um conjunto de atos preordenados do Poder Judiciário, quando provocado, que, pelo menos nominalmente, tem por finalidade



conhecer a divergência de interesses exposto à sua apreciação e elaborar uma norma jurídica que venha a solucionar o conflito.

O conflito de interesses juridicamente relevante e que, por isto, pode ser levado à apreciação do Poder Judiciário resulta de determinados fatos que têm que ser provados para que seja possível a formulação de uma norma jurídica concreta e particular que é a decisão final de um processo judicial. Desta forma, os princípios e o método usados pelo juiz para a apreciação da prova são fundamentais para a construção da verdade jurídica processual.

No sistema processual brasileiro, os fatos dos quais decorrem as decisões do magistrado devem, segundo a lei e a doutrina, ser aqueles provados no processo e não os que o julgador considerou importantes para fundamentar uma decisão previamente concebida.

A decisão judicial não decorre de uma construção demonstrativa e consensual da verdade jurídica processual na qual o juiz teria por função garantir a igualdade jurídica entre as partes, isto é, a igualdade de condições de manifestação em juízo e a observância das regras do jogo processual por ambos os envolvidos, mas decorre de uma escolha prévia determinada pela ideia de verdade preexistente ao processo.

O juiz ou juíza, como pessoas cultas, ao decidir e aplicar o direito, necessariamente, usa de uma porção de noções extrajudiciais, fruto de sua cultura, colhida de seus conhecimentos sociais, científicos e artísticos ou práticos, dos mais aperfeiçoados aos mais rudimentares. As máximas da experiência são as noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro, possuem as características da generalidade e abstração.

Dizendo de outra forma, as máximas da experiência são o conjunto de juízos fundados sobre a observação do que de ordinário acontece, podendo formular-se em abstrato por todo aquele de nível mental médio. As máximas da experiência distinguem-se dos fatos notórios. Esses são fatos que ocorreram, e de cuja existência têm acesso, de maneira geral, as pessoas que vivem no ambiente sociocultural em que se acha inserido o magistrado. Regra da experiência e fato notório compõem, porém, um gênero: o “saber privado do juiz”.

O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ E OS PRECEDENTES JUDICIAIS

O Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor na segunda metade do mês de março de 2016, aproximou as tradições da *commom law* com a do *civil law* do direito brasileiro, fato que já vem ocorrendo no mundo moderno. Desse modo, tem-se, de um lado, a tradição do *common law*, cada vez mais trabalhando o direito legislado, e, de outro, a tradição do *civil law*, trabalhando com a noção dinâmica do princípio da segurança jurídica, o que postula a necessidade de acompanharmos não somente o trabalho do legislador, mas também as decisões dos tribunais, especialmente das cortes superiores, como expressão do direito vigente.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 242), no direito brasileiro, a existência de controle difuso de constitucionalidade, o emprego crescente de textos redigidos a partir da técnica legislativa aberta e, sobretudo, uma nova compreensão a respeito do significado da interpretação jurídica colaboraram significativamente para essa interpretação. Desde que se compreendeu que o texto não se confunde com a norma e que a norma não é o objeto, mas o resultado da interpretação, chegou-se à conclusão de que a interpretação dada ao Direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça era encarada com algo dotado de normatividade, ou então o princípio da igualdade se esfumaça em uma abstração irritante, em um sistema indiferente à imensa maioria de casos concretos idênticos ou semelhantes cotidianamente julgados de maneira diferente.

A compatibilização vertical das decisões judiciais vem sendo introduzida no direito brasileiro há algum tempo e o novo Código de Processo Civil dispõe sobre a ordem dos processos nos tribunais. De acordo com o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Dispõe essa lei que incumbe ao relator negar provimento a recurso que for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal e acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos.

De acordo com a doutrina de Marinoni e Mitidiero (2008, p. 20) esses mecanismos processuais visam compatibilizar as decisões jurisdicionais, uniformizando-as, concretizando, dessa ordem, o valor constitucional da igualdade no formalismo processual. Acabam por velar, nesse azo, pela unidade do Direito no Estado Constitucional Brasileiro, sobre racionalizar a atividade judiciária, importando em notável economia de atos processuais.



Além disso, esses mecanismos têm por desiderato racionalizar a atividade judiciária, impedindo que recursos em confronto com a orientação dos tribunais superiores tenham seguimento, ocupando inutilmente a estrutura judiciária.

A percepção de que a norma é o resultado da interpretação (em outras palavras, a tomada de consciência de que o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, tendo em conta a sua dupla indeterminação) abriu espaço para que se pensasse na decisão judicial não somente como um meio de solução de determinado caso concreto, mas também como um meio para a promoção da unidade do direito.

Isso despertou a doutrina e o legislador, com o novo Código de Processo Civil, para o problema dos precedentes judiciais. Se as normas só existem a partir da interpretação, a ponto de se poder dizer que o respeito ao princípio da legalidade significa, na verdade, respeito à interpretação conferida à lei pelos órgãos institucionalmente encarregados.

Nessa direção, o legislador introduziu a norma do artigo 926 do Código de Processo Civil¹⁰⁴ dispondo que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno e que os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. De acordo com a norma do artigo 927¹⁰⁵, os juízes e os tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Segundo Nery Júnior (2015, p. 1.833), o precedente do novo Código, em vista do que foi exposto, e do que ocorreu por meio das últimas alterações de peso impostas ao CPC/73 -, reforçadas pelo atual CPC - foi a criação de um “precedente à brasileira” – consubstanciado na

104 Lei nº 13.105/2015 - CPC - 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. (BRASIL, 2015).

105 Art. 927 - Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL, 2015).



súmula, em primeiro lugar, e em segundo lugar nas decisões em ações/recursos repetitivos e de repercussão geral. Caso se leve este ponto em consideração, aí sim seria possível falar em súmula como precedente, nos termos que faz o CPC (o mesmo podendo ser dito em relação ao julgamento de recursos repetitivos e à repercussão geral). Talvez seja melhor do que justificar a adoção do instituto com base na interpretação errônea do instituto *common law*, apelando-se para a necessidade de julgamento célere que acabou por ser consagrada como regra constitucional (CF 5º LXXVIII), como se outros meios (administrativos, p. ex.) de solução do grande acúmulo de feitos a julgar não fossem possíveis.

Se é certo que as cortes superiores têm o dever de dar unidade ao Direito mediante os seus precedentes e de torná-los pendores de segurança em nossa ordem jurídica, certamente não se passa exatamente o mesmo com as cortes de justiça. É claro que é desejável que a jurisprudência dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais seja uniforme e segura, assim como é evidente que essas cortes têm, a partir da existência de precedentes sobre o caso que devem julgar, o dever de aplicá-los sem quebra de igualdade.

Apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes. Os tribunais regionais federais e os tribunais de justiça dão lugar à jurisprudência. As súmulas podem colaborar tanto para a interpretação como para a aplicação do direito para as cortes superiores e para as cortes de justiça e, portanto, podem emanar de quaisquer dessas cortes.

Tradicionalmente, a jurisprudência consubstancia-se na atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para a solução de casos, cuja múltipla reiteração gera a uniformidade capaz de servir de parâmetro de controle, não gozando de autoridade formalmente vinculante. Também na sua compreensão tradicional, as súmulas consistem, antes de qualquer coisa, em um método de trabalho, um meio para ordenar e facilitar a tarefa judicante de controle da interpretação e aplicação do direito no caso concreto, não gozando igualmente de força vinculante.

Segundo Marinoni e Mitidiero (2008, p. 20), esses mecanismos processuais visam compatibilizar as decisões jurisdicionais, uniformizando-as, concretizando, dessa ordem, o valor constitucional da igualdade no formalismo processual. Acabam por velar, nesse azo, pela unidade do Direito no Estado Constitucional Brasileiro, sobre racionalizar a atividade judiciária, importando em notável economia de atos processuais.



Além disso, têm por desiderato racionalizar a atividade judiciária, impedindo que recursos em confronto com a orientação dos tribunais superiores tenham seguimento, ocupando inutilmente a estrutura judiciária.

É nessa mesma quadra que se engasta, em determinada perspectiva, o instrumento da repercussão geral no Direito brasileiro. Trata-se de salutar expediente que, ao mesmo tempo, visa concretizar o valor da igualdade e patrocinar sensível economia processual, racionalizando a atividade judicial, sobre - consoante já se destacou - contribuir para a realização da unidade do Direito em nosso Estado Constitucional.

Tem-se o direito fundamental à duração razoável do processo e à vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal no concernente à configuração da repercussão geral da questão debatida.

Nem toda a decisão judicial é um precedente e nem todo material exposto na justificação tem força vinculante. A aplicação de precedentes, portanto, obviamente não dispensa a interpretação do significado do caso e das razões empregadas para a sua solução, o que exige juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos e capazes de empreender sofisticados processos de apreensão e universalização de razões e comparação entre casos. Vale dizer, um papel nada autômato e certamente decisivo para a promoção da tutela dos direitos.

CONCLUSÃO

Este trabalho visa demonstrar a importância da necessidade da fundamentação das decisões judiciais para o jurisdicionado no atual estágio do nosso Estado Democrático de Direito. Considerando a crescente judicialização dos casos da vida em sociedade, a busca por uma tutela jurisdicional, parece ser, na realidade, a única alternativa para grande parte da população concretizar os seus direitos e garantias fundamentais, especialmente aqueles direitos que demandam uma prestação positiva do Estado. A carência da sociedade por serviços públicos concorre com os crescentes déficits orçamentários em todas as esferas de governo.

Nesse contexto, o Poder Judiciário tem ocupado um papel relevante e protagonista no jogo de forças. Desse modo, surge para todos os agentes envolvidos no processo, principalmente o jurisdicionado, a importância de tomar ciência ou de ser informado claramente do teor das decisões judiciais como uma garantia constitucional, é a conhecida, no jargão jurídico, “fundamentação das decisões judiciais”.



A fundamentação das decisões judiciais, em nosso sistema é garantia constitucional expressa na norma do artigo 93, IX da Constituição da República de 1988¹⁰⁶, uma vez que, a exposição dos motivos que levaram o juiz a decidir de determinada maneira, também chamada de fundamentação da sentença, é a base da argumentação que possibilita ao cidadão - que é parte num processo - recorrer e obter um novo julgamento do mesmo pedido por outro órgão de jurisdição: o Tribunal. Assim, também nessa esteira, o princípio do livre convencimento motivado do juiz é pressuposto da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, visto que indica como o julgador, ao apreciar o conjunto probatório levado ao seu conhecimento e formar diante dele - livre de prévia valoração legal - um juízo a respeito dos fatos que fundamentam o pedido ou não. A cognição e valoração das provas permitem que as partes da lide consigam fundamentar o recurso cabível e obter um novo julgamento do mesmo pedido por outro órgão de jurisdição.

O estudo aborda também a inovação na ordem jurídica feita pelo legislador brasileiro no Novo Código de Processo Civil, ao instituir a figura dos precedentes judiciais (art.926 e 927 CPC/15). Esse instituto jurídico, aos poucos, começa a ganhar corpo e importância, visto que, podem ter aplicabilidade imediata na interpretação para concretizar uma uniformização da jurisprudência dos tribunais, contribuindo para dar mais segurança, coerência, igualdade de tratamento, maior efetividade ao princípio constitucional da duração razoável do processo ao harmonizar as decisões judiciais no nosso sistema.

Assim sendo, espera-se, cada vez mais, com o passar do tempo, que os cidadãos consigam concretizar os seus direitos e garantias fundamentais, principalmente quando a questão debatida já foi julgada e decidida em recursos extraordinário em sede de repercussão geral e ou em recursos especial repetitivos, bem como, por meio dos casos fundamentados nos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Essas decisões deveriam ser observadas de plano, observando-se as cautelas exigidas pela atividade judicial nos casos concretos, evitando, porém, a subversão do princípio da duração razoável do processo e manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente.

106 Constituição Federal de 1988 - Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 13/10/1941, Página 9.699. Rio de Janeiro, RJ, 1941.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 9/8/1943, Página 11937. Rio de Janeiro, RJ, 1943.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Aprovada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda Constitucional 45 de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 31/12/2004, Página 9. Brasília, DF, 2004.

BRASIL Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006 - Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União** Seção 1 - 20/12/2006, Página 2 Brasília, DF, 2006.

BRASIL. Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008 - Acresce o art. 543-C à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. **Diário Oficial da União** Seção 1 - 9/5/2008, Página 11. Brasília, DF, 2008.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 17/3/2015, Página 1. Brasília, DF, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Novo CPC provoca mudanças estruturais na Repercussão Geral. Revista Consultor Jurídico, 13 de junho de 2015. In: **Consultor Jurídico**. (13/06/2015). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-13/observatorio-constitucional-cpc-provoca-mudancas-estruturais-repercussao-geral?imprimir=1>> Acesso em: 26. abr. 2021

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**, vol. 3. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHIZZOTTI, Antônio. A pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais: evolução e desafios. In: **Revista Portuguesa de Educação**, Braga; v. 16, n. 2, p. 221-236.

COELHO, Marcus V. Furtado. Arts. 1.036 a 1.041 do CPC - Recursos repetitivos. In: **Migalhas**. (23/07/2019). Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/307178/arts--1-036-a-1-041-do-cpc---recursos-repetitivos>> Acesso em: 26.abr.2021.

CRETELA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2ª edição 2002.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Volume 2. Salvador-Bahia: Edições Podivm, 2007.

FONSECA, Regina Lucia Teixeira Mendes. **Dilemas da decisão judicial**: As representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado. 267 f. 2008. Tese. (Doutorado em Direito, Estado e Cidadania). Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro: UFG, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp060431.pdf>> Acesso em: 02. dez. 2019.

LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva**: por uma antropologia do ciberespaço. 9.ed., São Paulo: Edições Loyola, 2014.

LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**, Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. Volume 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY ANDRADE, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado**. 10. ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY ANDRADE, Rosa Maria. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPÍTULO 30

O SISTEMA RETRIBUTIVO BRASILEIRO E A POSSIBILIDADE DE UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Matheus Moacir Perinazzo, graduado em direito, UNIJUI, profissional liberal
Leonice Aparecida De Fátima Alves Pereira Mourad, Doutora em História-UNISINOS,
professora UFSM

Bernardo Ebbres Bernardi, graduado em filosofia, UFSM, professor, Sociedade
Educativa Três de Maio

André Haiske, mestre em ensino de história, UFSM, professor, Sociedade Educativa Três
de Maio

RESUMO

O presente objetiva apresentar uma visão geral acerca do atual sistema retributivo vigente no Brasil e a justiça restaurativa, analisando-a como uma possibilidade para a superação dos déficits no Direito Penal contemporâneo. Assim, objetiva-se analisar a transformação do Estado brasileiro e compreender a construção do sistema retributivo e seus principais obstáculos hodiernamente, além de analisar a justiça restaurativa como uma possibilidade para a superação desses desafios. Para isso, partiu-se da análise teórica de diferentes estudos realizados sobre ambos os modelos de justiça e aglutinou-se as principais informações que consubstanciam o entendimento da justiça restaurativa como um meio capaz de combater o descompasso do sistema de justiça. O estudo desses modelos de justiça se justifica porque a justiça retributiva nos moldes atuais não é mais capaz de assegurar aquilo que é o intento primordial da pena e porque há necessidade de explorar outros modelos de justiça que podem ser capazes de frear o descompasso existente nos dias atuais. Trata-se de um artigo de revisão.

PALAVRAS-CHAVE: justiça restaurativa; justiça retributiva; ressocialização.

INTRODUÇÃO

O processo penal contemporâneo e o próprio sistema punitivo brasileiro vêm sofrendo inúmeras críticas no panorama jurídico atual, de forma a dar a entender que o modelo vigente no ordenamento jurídico brasileiro não é mais capaz de suportar os desafios modernos e os novos paradigmas sociais de punitivismo.

O que se depreende da atual conjuntura criminal do país é que o sistema ora vigente não é mais eficaz e pertinente para lidar com os embates que fazem parte do corpo social moderno. Não obstante, adversidades como a crescente nos números da violência urbana, a superlotação do sistema carcerário, o punitivismo seletivo e a prescindibilidade das prisões provisórias fazem que seja medida quase que imperativa a adoção de novas técnicas dentro do sistema punitivo



brasileiro, a fim de desafogar a esfera criminal e tornar efetiva a função ressocializadora da pena.

É diante desse cenário inócuo e infrutífero que surge a justiça restaurativa como uma alternativa ao atual (e ineficaz) sistema punitivista adotado no ordenamento jurídico brasileiro. Com uma abordagem mais centrada da pessoa humana e na busca da pacificação social, a justiça restaurativa tem como escopo o comedimento dos efeitos da criminalidade a partir de um olhar não-punitivo sobre o ofensor, a vítima e a sociedade em geral (ROBALO, 2012).

Nessa senda, a justiça restaurativa encara o conflito de forma diferente daquele padronizado por um sistema retributivo. Aqui, o que existe é um esforço para que se elimine o conflito e haja um espaço para a compreensão do delito e para que se entenda a posição de cada um na desordem. Assim, a justiça restaurativa “representa [...] uma forma sensível por excelência, na medida em que promove com maior facilidade a humanização das pessoas envolvidas, oferecendo oportunidades de transformação, assim como no modo de percebê-los” (COSTA, 2015).

Em que pese tal sistema de justiça já tenha se mostrado eficaz e produtivo em outros modelos de sociedade, ainda questiona-se a possibilidade de adoção de um modelo tão diferente do atual em território nacional, cujas entranhas históricas são marcadas pela repressão e pela punição como medida de compensação do delito.

Diante disso, o objetivo do presente trabalho é entender as principais diferenças entre um sistema punitivo retributivo e os preceitos trazidos pela justiça restaurativa, bem como identificar como o ordenamento jurídico contemporâneo tem se comportado perante as implementações já realizadas que se coadunam com os preceitos desse sistema.

A justificativa para a realização desta pesquisa decorre da necessidade de estudo de um sistema que seja diferente do atual, haja vista que este sequer está cumprindo aquilo a que foi destinado, acabando por gerar novos e temerários desafios para a justiça atual, que, se não forem em tempo sanados, podem acabar por desestruturar todo o processo penal e dar espaço para barbáries e afronta à dignidade da pessoa humana.

Para isso, este artigo será dividido em três momentos distintos, cada qual essencial para o entendimento do tema. Em um primeiro momento, será traçada uma perspectiva histórica do Direito Penal brasileiro, a fim de entender como a justiça retributiva ganhou espaço no ordenamento jurídico. Após, far-se-á uma abordagem no atual sistema punitivista vigente no Brasil, apontando os principais desafios e as fragilidade dessa modalidade de justiça. Por fim,



será dado enfoque na justiça restaurativa propriamente dita, buscando entender qual sua razão de ser e de que forma ela se comportará em um ordenamento jurídico.

O DIREITO PENAL BRASILEIRO E A ASCENSÃO DO PUNITIVISMO RETRIBUTIVO

A crise no atual sistema punitivo brasileiro faz com que seja necessário entender o cerne da justiça retributiva e como ela se tornou um verdadeiro empecilho à persecução penal e à função ressocializadora da pena. Em uma realidade social em que a reincidência é a regra e os estabelecimentos penais existem em condições insalubres, é necessário que se encare criticamente o modelo punitivo atual.

A origem Direito Penal brasileiro, em sua forma e proporção que conhecemos contemporaneamente, em que pese seja fruto de um extenso e analítico processo de construção que acompanhou a própria noção de Estado, originou-se enquanto as terras brasileiras sequer eram independentes. O primeiro Código Criminal foi sancionado ainda no Brasil Imperial, em 1830, por Dom Pedro I, e foi precursor em território latino-americano, uma vez que foi o primeiro a trazer uma estrutura independente e discriminada do Direito Civil. Mesmo em fase tão precursora do desenvolvimento do Estado brasileiro, já era possível ver muito abertamente diversos dos direitos e garantias que são essenciais para a noção de equidade e justiça contemporânea, tal como o princípio da legalidade e a afirmação do *jus puniendi* por parte do Estado (DE OLIVEIRA, 2020).

Superado a colonização portuguesa em território brasileiro, foi promulgado em 1890 o Código Criminal da República, que embora tenha sido precursor em criar um sistema penitenciário correccional e anular a pena de morte, não trouxe avanços correspondentes às discussões doutrinárias da época, o que acabou por tornar curto o seu período de vigência (TAUCHERT, 2016).

Em 1937, com a chegada do Estado Novo, entendeu-se por necessário uma reforma legislativa na seara criminal, de forma que um projeto de Código Criminal foi apresentado e posteriormente aprovado, tornando do Código Penal de 1940 a nova legislação criminal vigente no país. O novo diploma legal trouxe as inovações que o seu antecessor acabou por omitir, adequando mais pontualmente as necessidades sociais e os avanços teóricos e tecnológicos vigentes na época (SILVEIRA, 2010).

O Código Penal de 1940, que se mantém até a atualidade como a legislação penal em vigência no país, o que implica reconhecer que encontra-se defasada em diversos sentidos, haja



vista os inquestionáveis avanços social ocorridos nas últimas décadas, o processo de redemocratização do país e a implementação de novas tecnologias no processo penal e na vida contemporânea, como um todo.

Tal diploma normativo foi arquitetado com desígnio de fortalecer o poder do Estado na persecução criminal, garantindo que o *jus puniendi* não fosse dissolvido entre entes federativos e que a legitimidade para legislar sobre a matéria concentrasse-se privativamente nas mãos da União (TAUCHERT, 2016), acabando por mecanicizar o Direito Penal e desviar a função da pena, haja vista que o poder de punir e a repressão ao crime passa a ser mais estimável que a proteção da vítima e a ressocialização do agente criminoso.

O sistema punitivo elitista e retributivo adotado no Brasil desde a década de 40, em que pese não se ignore que representou avanços à época em que foram promulgados, enfrentam diversos problemas organizacionais e representativos, de forma que sequer conseguem cumprir as supostas promessas de ressocialização e intimidação que traziam em seu cerne (ROLIM, 2006), o que só se agrava com os desafios contemporâneos incorporados no sistema e faz definhar a noção de justiça e equidade.

Esse sistema retributivo em questão tem suas lentes voltadas para a ideia da punição: é necessário “confirmar a culpa do acusado e a violação da lei, deixando de lado questões intrínsecas do cometimento do delito, como o desfecho do processo, o dano causado a vítima, ao infrator e a comunidade” (DA SILVA; FELIX; CAMARGO, 2019). Dessa forma, o que se depreende é que a justiça retributiva tem como escopo a compensar de um mal causado com outro mal, sem que haja a compreensão dos acontecimentos e a efetiva reparação dos danos oriundos do crime.

Na noção de justiça retributiva, portanto, o delito é encarado como uma ofensa proferida em face do Estado, tendo em vista que é dele que parte a confecção das leis e a atribuição da culpa. Outrossim, prioriza-se a visão de que a conduta criminosa e a sua consequente penalização são fruto de um dano gerado à sociedade em abstrato e não especificamente à vítima do ato criminoso (ZEHR, 2008).

Nessa senda, cabe salientar que as consequências do crime, do ponto de vista de um sistema retributivo, reside na ideia da culpa e da punição, onde o agente criminoso deve ser alvo de restrições e limitações como forma de compensar o dano causado (JOÃO; ARRUDA, 2014). A preocupação não reside em restituir a vítima do evento danoso equitativamente, mas sim na ideia de que o ofensor deve ser castigado pelo crime cometido.



Levando em consideração essas características delimitadoras do sistema retributivo vigente no Brasil é possível deduzir que, além de perpetrar um ideal elitista e de supremacia estatal, esse modelo de justiça não gera qualquer tipo de entendimento do crime e da responsabilidade do agente pelo delito, além de ignorar quase que inteiramente as necessidades e deficiências da vítima, descaracterizando qualquer vestígio mínimo da função ressocializadora da pena e de dignidade humana (DA SILVA, 2019).

A CRISE DA JUSTIÇA RETRIBUTIVA NO BRASIL

É cediço que o atual sistema penal de justiça enfrenta uma severa crise de efetividade e legitimidade. O modelo retributivo colocado em prática do Brasil é quase inoperante, de forma que as taxas de reincidência e os crescentes números da criminalidade atingem níveis capazes de desestruturarem todo a noção de punitivismo consolidada ao longo da história.

Hodiernamente é inquestionável que existe uma dissonância acentuada entre a função da pena e realidade em que ela se consolida. De um lado temos um sistema que preconiza a ideia de prevenção e ressocialização por meio da pena. De outro, uma realidade em que a pena não cumpre seu papel social e repetidamente fomenta o alargamento da criminalidade urbana, colocando em xeque o papel do Direito Penal e o próprio *jus puniendi* do Estado (TIVERON, 2017).

O intuito da pena no Direito Penal contemporâneo é o de frear a prática criminoso, por meio de métodos de intimidação que são potencializados pela previsão de penas mais gravosas e pela construção de um imaginário coletivo de que penas mais severas são equivalentes a um estado de justiça e equidade (MOLINA; GOMES, 2012), o que não soluciona os desafios relacionados à prática criminal, mas apenas mascara uma conduta ativa por parte do Estado e afasta uma impressão de impunidade (CRUZ, 2011).

E é diante desse cenário de conformidade e de um falso amparo às necessidades da população no que tange à criminalidade que o sistema punitivo contemporâneo encontra seu maior tendão de Aquiles. A falha no cumprimento da função ressocializadora da pena e da própria efetividade do sistema punitivo coloca o sistema carcerário em uma situação de completa ineficácia, haja vista que não mais tem como desígnio a redução da criminalidade, mas sim o fomento de carreiras no delito e a ciclicização da criminalidade (DOS SANTOS, 2005).

Isso se demonstra por meio dos dados do Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário brasileiro (INFOPEN, 2019), que aponta que a população carcerária no



Brasil atingiu o número de 755.274 detentos, em uma realidade cuja infraestrutura do sistema carcerário comporta míseros 442.349 mil presos, o que coloca o Brasil entre os três países com a maior população carcerária do mundo.

Diante desse quadro de evidente déficit e vagas no sistema carcerário brasileiro, resta evidente que o modelo de justiça adotado pelo Direito Penal brasileiro não é mais eficaz e suficiente para suprir a demanda por segurança e por baixos índices de criminalidade. O colapso do atual sistema punitivo se dá em decorrência da disforia na função social da pena e na forma de interpretar o crime em sociedade.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FORMA DE RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO

Conforme já explorado, o atual sistema de justiça retributivo vigente no ordenamento jurídico brasileiro tem como escopo a mera culpabilização do agente criminoso, sem dar palco para qualquer possibilidade de compreensão dos elementos subjetivos do crime e para a reparação concreta da vítima do evento danoso. A adoção de um sistema tão falho e excludente fez com que muitos dos desígnios iniciais do sistema punitivista atual ficassem à mercê de uma realidade dissonante e marcada pela reincidência e pelo aumento das taxas de criminalidade.

E é justamente para fim de evitar o colapso de todo um sistema de justiça e garantir que a pena exerça sua função primordial que germina um modelo de justiça restaurativa, cuja proposta é uma visão mais humanizada do crime, a fim de que se atinja um estado de efetiva compreensão do crime e de ressocialização do agente criminoso, sem que deixe-se de lado a figura da vítima, que aqui ganha posição quase que central no processo.

Esse modelo de justiça teve seu desenvolvimento marcado pelo enfoque teórico trazido por Howard Zehr (2008), que entende que “o significado de crime para a Justiça Restaurativa não é apenas uma conduta típica e antijurídica, atentando contra bens e interesses penalmente tutelados. Constitui em uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade”.

Assim, o que se depreende dessa visão de crime é que a justiça restaurativa está calcada muito mais em preceitos éticos e valores morais do que propriamente na lei. E, em que pese questione-se a sua força perante um sistema normativo, há de se reconhecer que esses preceitos fazem parte dos direitos fundamentais elencados na Carta Magna, que, no final das contas, é o principal objetivo almejado pelo Estado (COSTA, 2015).



De modo geral, a justiça restaurativa é o procedimento por meio do qual todos aqueles que se envolverem a um evento danoso em concreto são postos a compreender o crime e tentar articular a melhor forma de encarar as consequências dele e o prognóstico porvindouro (FERREIRA, 2006, p. 24). Assim, depreende-se que a justiça restaurativa tem suas raízes muito fortemente relacionadas à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, haja vista que não mais pretende reforçar uma posição vilanesca do criminoso e coloca a participar do debate aquele que mais foi atingido e deteriorado pelos efeitos do crime.

A partir disso, fica mais seguro entender quais os intentos da justiça restaurativa dentro do Direito Penal. Muito mais do que meramente apurar o grau de criminalidade cometido pelo perpetrador do delito ou apontar um culpado para absorver toda a responsabilidade pelo evento danoso, a justiça restaurativa tem como razão de ser o entendimento das dores da vítima e a restituição da segurança e da autonomia sobre o bem surrupiado, além de promover um exercício de compreensão das consequências do crime e afirmar-lhe a possibilidade de superação do crime, tudo isso dentro de uma concepção de justiça que seja efetiva e concreta (MORRIS, 2005).

Além disso, a justiça restaurativa não deixa de lado alguns dos preceitos mais básicos do sistema retributivo. O entendimento de que o crime representa uma ofensa à comunidade em geral está presente na justiça, de forma que a sociedade em geral é apta a participar do debate e dar sugestões acerca dos impactos e efeitos no mundo contemporâneo (ZEHR, 2008).

Diante dessa noção de que a justiça restaurativa prestigia todas as partes envolvidas dentro do evento delituoso, é possível entender que aqui não há mais uma postura passiva por partes destes envolvidos. Enquanto no sistema retributivo observa-se uma inércia por partes dos envolvidos e uma atuação muito ativa entre o Ministério Público e o próprio magistrado, na justiça restaurativa as próprias partes tomam comando daquilo que é objeto de discussão e são meramente conduzidas por um facilitador (PALLAMOLLA, 2009).

Assim, a partir de um viés restaurativo o que passa a ser levado em considerado é o crime propriamente dito e não mais o ofensor. Este, por sua vez, será inserido na análise do evento delituoso com vistas à reintegrá-lo na comunidade e restabelecer uma conexão que perdeu a vitalidade e o sendo de moralidade. Nesse sentido, o processo terá como escopo a reconciliação, sem que uma parte se sobreponha a outra e buscando uma solução que simetricamente benéfica para todos, entendendo o papel de cada e a responsabilidade pelos atos (SALLES, 2017, p. 29).



O foco da justiça restaurativa, portanto, muito mais do que a sociedade e o Estado, de forma geral, devem estar centrado nas relações estabelecidas entre as partes e estas, por sua vez, devem identificar os principais conflitos e consequências decorrentes do delito, apontando as dores e as vulnerabilidades trazidas por tal conduta e encontrando um meio de harmonizar os interesses e preservar um senso de justiça.

A sociedade, nesse sentido, é de suma importância para a justiça restaurativa, haja vista que não há a possibilidade de excluí-la do plano criminal, considerando que é a ela que este serve. Contudo, “a dimensão pública não é o principal ponto de partida para resolver o conflito” e por isso não é necessário dar voz ativa e protagonismo para aqueles que diretamente serviram ao crime (PRUDENTE, 2013, p. 37).

Em que pese o cerne da justiça restaurativa seja diverso daquele adotado no retributivismo, há diversos traços comuns entre ambas os modelos de justiça, como por exemplo o reconhecimento da relevância da sociedade no entendimento do crime. O que destoia, nesse sentido, é a posição ocupada por ela dentro do espaço cênico do processo, que cabalmente acaba por afetar toda a interpretação de justiça e a própria noção de crime.

Assim, a justiça restaurativa nada mais é do que uma forma vanguardista de interpretação do crime. Enquanto na justiça retributiva objetiva-se a compensação do crime por meio da imposição de uma pena, na justiça restaurativa prioriza-se o entendimento das carências da vítima e a aceitação da responsabilidade por parte do perpetrador, reparando-se os danos e buscando não mais produzi-los (ZEHR, 2008), o que não apenas repara muitos dos desafios contemporâneos enfrentados pelo Direito Penal, como também faz valer a função ressocializadora da pena.

CONCLUSÃO

A partir de todos os pontos analisados no presente artigo, é possível concluir que a justiça restaurativa, em especial no que diz respeito à sua aplicação em sede de Direito Penal, é uma perspectiva bastante promissora para o desafogamento do sistema carcerário e para a própria efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

O a federação brasileira, enquanto um Estado Democrático de Direito, é marcada por um sistema retributivo que encontra-se defasado em diversos sentidos e já não mais reflete as necessidades sociais e os desafios do mundo contemporâneo. Em que pese não esteja questionando-se a necessidade ou não de um Direito Penal punitivo, o que se coloca em



questionamento é a necessidade de medidas tão severas e tão pouco funcionais dentro de um modelo que sequer atende às funções primordiais da pena.

Ora, se os dados extraídos dos mais importantes centros de pesquisas penitenciárias não nos deixam mentir e constatarem manifestamente a crise no sistema carcerário, é necessário que se encare criticamente o formato em vigência e o próprio procedimento engessado pelo qual processam-se os crimes no Poder Judiciário.

A justiça retributiva nos moldes atuais não é mais capaz de assegurar aquilo que é o intento primordial da pena, de forma que os altíssimos índices de reincidência e a formação de verdadeiras escolas do crime dentro das casas penitenciárias deixam claro que a ruptura desse sistema. Ao mesmo tempo, analisando-se de um ponto de vista externo, é impossível que a vida em coletividade seja encarada tranquilamente com a constante insegurança pública e com a sensação desmedida – embora absolutamente desacertada – de que a lei trata com banalidade o crime.

E é a partir desses obstáculos à construção de justiça que o modelo restaurativo aparece. Em que pese não espere-se uma transição repentina e brusca de um sistema para o outro, é importante destacar que nos países que adotaram procedimentos permissivos a uma abordagem restaurativa já houveram mudanças significativas nos índices de criminalidade. No próprio território brasileiro já houve iniciativas nesse sentido que se mostraram importantes passos para uma mudança de paradigma.

A partir do momento em que troca-se a lente retributiva pela restaurativa e passa-se a analisar o crime do ponto de vista dos atores envolvidos na trama delituosa passa a ser possível compreender a vítima e a entender os efeitos do crime em sua vida, ao mesmo tempo que em conscientiza-se o perpetrador das consequências do delito e busca-se uma compensação equitativa e justa.

Faz-se necessário, portanto, que haja uma mudança na visão social acerca do crime e do próprio sistema de justiça, de forma a abandonar um ponto de vista que coloca a sociedade no centro do Direito Penal e passe a respeitar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

COSTA, Natassia Medeiros. **A construção da justiça restaurativa no Brasil como um impacto positivo no sistema de justiça criminal**. São Paulo: Lexia, 2015.

CRUZ, Davison Souza (org.). **Estudos de crime: a escola sociológica de Chicago**. Vitória: Instituto Jones dos Santos Neves, 2011.

DA SILVA, Artenira; LIMA, Dandara Miranda Teixeira de. O paradigma da justiça restaurativa frente à justiça retributiva: reflexões sobre os limites e possibilidades da sua aplicação aos casos de violência doméstica contra mulheres. **Revista Quaestio Iuris**, v. 12, n. 2, p. 1-31, 2019.

DA SILVA, João Ricardo Anastácio; FELIX, Leonardo Martins; CAMARGO, Bruna Mariely. Da justiça restaurativa como uma nova perspectiva de justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito**, v. 1, n. 1, p. 44-55, 2019.

DE OLIVEIRA, Caio José Arruda Amarante. Pescaria probatória no processo penal brasileiro: o conflito entre o sistema acusatório e os poderes instrutórios do juiz. **Revista Estudantil Manus Iuris**, v. 1, n. 2, p. 186-198, 2020.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. 30 anos de vigiar e punir. In: **Seminário Internacional do IBCCRIM**, 11., 2005, São Paulo. Disponível em: <https://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/03/30anos_vigiar_punir.pdf>. Acesso em 25 abr. 2021.

FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidade e instrumentos**. Coimbra, 2006.

INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: período de julho a dezembro de 2019. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em 25 abr. 2021.

JOÃO, Camila Ungar; ARRUDA, Eloisa de Sousa. A justiça restaurativa e sua implantação no Brasil. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 07, 2014.

MOLINA, Antônio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos**: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. 3ª ed., São Paulo: RT, 2000.

MORRIS, Alisson. **Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

PALLAMOLLA, Raffaella de Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Introdução aos fundamentos da justiça restaurativa**. Maringá: Factótum Cultural, 2013.

ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. **Justiça restaurativa: um caminho para a humanização do Direito**. Curitiba: Juruá, 2012.



ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no séc. XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.: Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.

SALLES, Debora Caorline Souza. **Justiça restaurativa versus justiça retributiva; o confronto dos discursos**. 2017. 36 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2017.

SILVEIRA, Mariana Moraes. De uma República a outra: notas sobre os Códigos Penais de 1890 e de 1940. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, n. 2, 2010.

TAUCHERT, Maicon Rodrigo. Justiça retributiva e justiça restaurativa: paradoxos necessários para o direito penal brasileiro. **Revista São Luis Orione**, v. 10, n. 10, p. 71-93, 2016.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Trampolim, 2017.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008.

CAPÍTULO 31

OS IMPEDIMENTOS DA CONCESSÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA A PARTIR DA LEI Nº 13.467/2017

Matheus Moacir Perinazzo, Especializando em Direito Penal pela PUC-RS, graduado em direito pela UNIJUI, profissional liberal

Leonice Aparecida de Fátima Alves Pereira Mourad, Doutora em História (UNISINOS), Bacharel em Direito pela Unisinos, Geografia (UFSM), professora da Universidade Federal de Santa Maria

Bernardo Ebbres Bernardi, Pós-graduando em Metodologia de Ensino de Filosofia e Sociologia na UNIASSELVI, Graduado em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (2020). Professor da Educação Básica

André Haiske, Mestrando em Ensino de História / PROFHISTORIA; Graduado em História - Licenciatura e Bacharelado pela UFSM e Professor de História Filosofia nas séries finais do ensino fundamental

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a gratuidade da justiça no Processo do Trabalho após a promulgação da Lei nº 13.467/2017, a chamada Reforma Trabalhista. O estudo dessa temática se faz relevante em razão de o Processo do Trabalho ter como referência a defesa dos direitos dos trabalhadores, de modo a equiparar a relação de emprego, o que acaba por restar prejudicado com as novas disposições da Reforma Trabalhista. Para tanto, foi realizada uma investigação bibliográfica acerca da gratuidade da justiça no Brasil, buscando entender a razão de serem tão prejudiciais os novos dispositivos da Reforma Trabalhista e em que ponto ferem especificamente os preceitos constitucionais.

Palavras-chave: gratuidade da justiça; Reforma Trabalhista; acesso à justiça.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça dentro do Direito pátrio tem raízes recentes dentro do ordenamento jurídico enquanto um direito fundamental. Na trama histórica traçada pelo Direito brasileiro, diversas foram as oportunidades em que tentou-se positivar o acesso à justiça enquanto uma garantia concedida a todos os cidadãos, mas foi somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que esse direito ganhou uma roupagem nova e recebeu o *status* de cláusula pétrea.

Uma das formas pelas quais o acesso à justiça se manifesta no ordenamento jurídico é por meio da gratuidade da justiça, que será objeto de estudo do presente artigo, levando em consideração sua evolução histórica e as causas de surgimento, bem como a



inconstitucionalidade da Lei nº 13.467/2017 nas regras relativas à gratuidade da justiça e na proteção dos direitos das parcelas mais vulneráveis da população no processo do trabalho.

A presente pesquisa se justifica em razão austeridade das alterações na Consolidação das Leis do Trabalho no que diz respeito à gratuidade da justiça, em especial por conta da perpetuação da relação de desigualdade entre as partes no processo trabalhista, agredindo diretamente os ditames mais basilares das leis trabalhistas e da própria Constituição Federal. Nesse contexto, é necessário levar-se em consideração que, por meio da adoção destas novas medidas, a parte que é intrinsecamente hipossuficiente continua ocupando tal posição, sem que haja qualquer tipo de acolhimento legal, no sentido de equilibrar a relação assimétrica entre empregador e empregado. É, pois, com o intento de ampliar a discussão e apontar as inconstitucionalidades da Lei nº 13.467/2017 que surge a relevância da presente pesquisa. Além de afrontar diretamente aspectos da prática jurídica trabalhista, a temática proposta é de eminente relevância para o meio acadêmico, haja vista que fomenta a discussão acerca de uma legislação que é indubitavelmente inconstitucional.

Desta forma, o objetivo desta pesquisa é estudar a gratuidade da justiça no processo de evolução histórica do ordenamento jurídico brasileiro, buscando compreender a necessidade de sua ascensão e a notoriedade no sentido de garantir o acesso igualitário e equitativo aos vulneráveis e, nesse sentido, compreender a severidade das alterações na Consolidação das Leis do Trabalho e os efeitos diretos na Justiça do Trabalho.

Para isso, será analisada a evolução histórica da gratuidade da justiça no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os novos parâmetros estabelecidos pela Reforma trabalhista. Ao final, será traçado um panorama entre os novos dispositivos referentes à gratuidade da justiça no Processo do Trabalho e a Constituição Federal, a fim de apurar a constitucionalidade ou não de tais dispositivos legais.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a gratuidade da justiça fez-se presente desde muito cedo, quando ainda era colônia de Portugal. Isto porque vigorou no Brasil, até o ano de 1917, as Ordenações Filipinas, que garantiam a igualdade dos pobres em juízo. Tal concessão, contudo, jamais representou um amparo processual, estando severamente pautados em princípios cristãos (WEINTRAUB, 2000, p. 242).



Com a primeira Constituição Brasileira, promulgada em 1824, tais medidas de acesso à justiça foram restringidas dos textos legais, de formas que não havia menções sobre ingresso gratuito na justiça ou instituições destinadas a esse fim.

Como forma de sustentar o acesso à justiça e garantir a proteção dos hipossuficientes, o então presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, Nabuco de Araújo, formou um conselho, no Rio de Janeiro, composto de advogados para atender às necessidades dos pobres. O projeto contou com o apoio de diversos abolicionistas da época, o que garantiu um primeiro passo importante para a consolidação de tais garantias constitucionais.

Somente houve uma alteração fática, nesse sentido, em 1897, com a promulgação do Decreto nº 2.457, de 08 de fevereiro, que, diante da inércia da Constituição de 1891, passou a regulamentar alguns pontos básicos do suporte jurídico aos hipossuficientes. Tal legislação, nesse ponto, pode ser considerado um dos primeiros regramentos implementados no Brasil que de fato teceram sobre o assunto.

No decorrer da história do Brasil, as demais Constituições foram aderindo, gradativamente, a inclusão da gratuidade da justiça dentre as incumbências do Estado, de modo que tal atividade passou a ser desempenhada por instituições específicas, como por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, que, ao ser criada em 1930, aceitou o encargo de agir em defesa dos hipossuficientes.

A atuação da OAB, por meio de seus agentes signatários, não era suficiente para solidificar o direito dos necessitados, servindo como uma forma sutil de amenizar as disparidades sociais dentro do processo. A demanda, nesse sentido, era infindavelmente superior aos profissionais ofertados pela instituição, motivo pelo qual fez-se necessária a intervenção do Estado para regulamentar a procura (OLIVEIRA, 2007, p. 68).

Em 1934, com a chegada de uma nova Constituição, a assistência judiciária foi, finalmente, incorporada ao texto da Carta Magna, deixando estipulado, por meio do artigo 113, inciso XXXII, que “a União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando para esse efeito órgãos especiais e assegurados a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos” (BRASIL, 1934).

Após, em 1937, a Constituição que veio a subsistir omitiu qualquer menção a respeito da assistência judiciária, fazendo com que, à época, cada Estado-membro aplicasse o benefício a seu critério, respeitando as delimitações do Código de Processo Civil, que só veio a ser vigente dois anos depois.



A Constituição de 1946, por sua vez, não trouxe muita clareza ao tema, dando um enfoque bastante semelhante àquele trazido pela Constituição de 1934. Assim, o conteúdo disposto acerca da assistência judiciária era meramente programático, no sentido de atribuir a uma legislação futura e, até aquele momento, inexistente, o dever de regulamentar o benefício (MOREIRA, 1993, p. 156).

É nesse contexto, portanto, que nasce a Lei nº 1.060/1950, cujo objeto principal é supressão das lacunas constitucionais quanto a assistência judiciária gratuita. Contudo, compulsado o texto legal, é possível identificar que trata-se, na verdade, de uma compilação de diversos regramentos já previstos em diversos dos diplomas legais, servindo como uma forma fonte unificada e direta para facilitação do acesso à justiça (ALVES, 2010, p. 340).

Em um primeiro momento, tal legislação demandava, como requisito para a obtenção da gratuidade da justiça, a comprovação dos rendimentos familiares, bem como a juntada de atestado emitido por autoridade policial ou pela Prefeitura Municipal, no qual restasse comprovada a situação de pobreza.

Diante da copiosa burocracia para a obtenção da assistência judiciária gratuita, entrou em vigor, a partir de 1986, a lei nº 7.510, que alterava as disposições do art. 4º da supramencionada lei, no sentido de transformar em requisito para a gratuidade da justiça a mera alegação, na peça vestibular do processo, da situação de pobreza.

Somente a partir de 1969 que encarou-se a possibilidade de criação de uma instituição única, responsável pela assistência judiciária gratuita. Os estados da federação passaram a instalar em seus territórios instituições que prestassem algum tipo de assistência judiciária, tanto em esferas penais ou civis (ALVES, 2006, p. 44).

É nesse cenário, movido por iniciativa dos Estados-membros do território nacional, que nasceram as Defensorias Públicas. Estas, por sua vez, somente restaram devidamente legalizadas por meio da Constituição Federal de 1988, que conferiu à instituição o múnus público da proteção jurídica à parcela hipossuficiente da população.

Nas palavras de Felipe Dezorzi Borge (2010), “a Constituição Federal de 1988 fecha um ciclo histórico inaugurado com a República. Institucionaliza-se a Defensoria Pública para fomentar e dar efetividade ao dever do Estado de oferecer a assistência judiciária gratuita à parcela necessitada da população.”



De lá para cá, a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita tem sido cada vez mais reforçada pelo ordenamento jurídico, no sentido de garantir que sua aplicação efetiva e integral aos financeiramente necessitados. A lei nº 1.060/1950, diante das alterações no cenário social e político brasileiro, passou por diversas alterações nesse período de tempo, de forma que tornou-se obsoleta e insustentável, motivo pelo qual novas legislações passaram a aderir disposições acerca da assistência judiciária gratuita.

Os regramentos trazidos pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, nesse sentido, elucidam as obscuridades ainda existentes em relação ao tema e, ainda, promovem mais amplamente o acesso à justiça, passando a ser, hodiernamente, a principal norma regulamentadora da assistência judiciária gratuita, uma vez que propõe a revogação dos artigos previstos na lei nº 1.060/50.

Assim, por meio no Novo Código de Processo Civil, a assistência judiciária gratuita passa a receber um tópico especial e disposições específicas quanto à aplicação do benefício em casos concretos, avaliando a admissibilidade e a funcionalidade em face das diversas custas processuais. Nesse sentido, é entendimento de Roberto Gonçalves (2015):

O Código de Processo Civil trouxe, em boa hora, um novo regramento para a justiça gratuita, renovando o modelo até então disciplinado pela Lei 1.060/50, deixando o sistema condizente com as lições doutrinárias mais abalizadas e em sintonia com a jurisprudência majoritária sobre o assunto. O certo é que, com o advento da nova legislação processual civil, evidentemente a benesse da justiça gratuita estará regrada de forma bem mais lógica, apresentando maior segurança aos usuários dos serviços judiciais e extrajudiciais abrangidos por sua aplicação.

Desta forma, observa-se que o Novo Código de Processo Civil passa a ser fonte reguladora do benefício da gratuidade da justiça, o que faz com que seja aplicada subsidiariamente em outras áreas do direito, como é o caso da Justiça do Trabalho.

O processo trabalhista, em um período pré-Reforma, seguia as mesmas disposições do processo civil, no sentido de que, antes do Novo Código de Processo Civil, a lei nº 1.060/50 era a principal reguladora da concessão da assistência judiciária trabalhista. Assim, com o advento da legislação processual civilista, passou-se a, subsidiariamente, aplicar as disposições deste diploma.

A abrangência da aplicação da assistência judiciária gratuita sofreu alterações com o Novo Código de Processo Civil, de forma que o artigo 98, § 1º, passou a, exemplificativamente,



elencar quais das despesas processuais seriam abrangidas pela assistência judiciária gratuita. Assim, frisa-se que, muito além das taxas e custas processuais, tal benefício é aplicável, inclusive, às despesas de postagem, de imprensa, de indenização a testemunhas, perícias, honorários advocatícios e periciais, e assim por diante.

Ainda, muito mais do que apenas ser a fonte reguladora da assistência judiciária gratuita, o Novo Código de Processo Civil passa a representar uma explanação acerca dos encargos do Estado com o beneficiário, bem como a sua forma de aplicação, diante dos diversos atos processuais e dos meios probatórios em Direito admitidos.

Sobre a assistência judiciária gratuita, à luz da legislação processual civil, Fernanda Tartuce e Luiz Dellore (2014, p. 309) explicam:

A grande inovação do Projeto de novo CPC em relação à temática está na criação de toda uma Seção (de n. IV) destinada à gratuidade. Apesar disso, o artigo que inaugura a seção traz a menção “nos termos da lei”; como o projeto propõe a revogação de diversos dispositivos da Lei 1.060/1950,³⁴ a regulamentação será basicamente a prevista no próprio Código – sem prejuízo de uma futura lei a ser futuramente editada.

Ainda importante mencionar que, além das inovações trazidas pelo NCPC, o processo trabalhista já adotava as regras consagradas na lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970, acerca da responsabilidade sindical na assistência judiciária.

Nessa senda, a lei nº 5.584/70 atribuía aos sindicatos a obrigação de prestar assistência aos empregados hipossuficientes de sua categoria, desde que estes se enquadrassem nos requisitos básicos para a concessão benefício, em especial àqueles atinentes aos rendimentos líquidos, que não poderiam ultrapassar o patamar de dois salários-mínimos.

A DISTRIBUIÇÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA

Diante dessas alterações trazidas pela Reforma Trabalhista, evidente que se vieram as consequências para o Processo do Trabalho, em especial no que diz respeito ao acesso à justiça, que afigura-se como direito constitucional e que, invariavelmente, está ligado à possibilidade de litigar sob a Justiça do Trabalho.

No que tange às novas disposições que limitam o acesso à justiça, faz-se necessário, preambularmente, elencar o artigo 790, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que define a hipossuficiência econômica como sendo presumida nos casos em que os rendimentos do beneficiário não ultrapassem o total de 40% do limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência, que corresponde a R\$2.573,42, no ano de 2021 (BRASIL, 1943). Ainda, há que



se ressaltar que o parágrafo quarto, do artigo 790, da CLT, indica que, caso a parte comprove insuficiência financeira, mesmo possuindo rendimentos superior ao teto legal, poderá gozar da gratuidade de justiça, se as custas processuais forem excessivamente onerosas ao litigante (BRASIL, 1943), adotando o regramento previsto no artigo 99, § 3º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

O que depreende das assertivas legais já asseveradas é que, em havendo comprovação de que a parte perceber rendimentos compatíveis com o teto legal, o benefício da justiça gratuita poderia ser, de ofício, concedido ao beneficiário. Por outro lado, em percebendo, a parte, valores superior aos 40% do limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência, faz-se necessário, para o deferimento da justiça gratuita, a comprovação nos autos do processo da hipossuficiência financeira e a impossibilidade de despendar dos valores necessários ao adimplemento das custas processuais (MOLINA, 2019, p. 34).

O que se distingue, no que diz respeito à concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, entre as pessoas naturais e as pessoas jurídicas, é a presunção da hipossuficiência e da necessidade de litigar sob o páreo da justiça gratuita. Em que pese a pessoa jurídica tenha direito ao benefício, conforme já mencionado, a pessoa jurídica, sob nenhuma hipótese, terá presumida a hipossuficiência financeira, mesmo que dentro dos limites legais. Assim, caberá àquele que pretende beneficiar-se da justiça gratuita provar, nos autos da ação trabalhista, as razões pelas quais está incapacitado de adimplir as custas processuais, nos termos da Súmula 463, II, do Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2017).

Cumprе ressaltar, ainda, que, em que pese as disposições trazidas pela Reforma Trabalhista tenham definido mais claramente a questão da justiça gratuita no Processo do Trabalho, o Código de Processo Civil ainda é fonte subsidiária para a regulamentação do benefício. Assim, o artigo 98, § 1º, do Código de Processo Civil, embora meramente exemplificativo, ainda impera no que diz respeito ao alcance da justiça gratuita, tendo em vista a omissão no texto legal da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 2015).

Ocorre que, em alguns pontos, tendo em vista as novas disposições legais, a Consolidação das Leis do Trabalho diverge do que encontra-se disposto no Código de Processo Civil, gozando de primazia em relação a esta, no que diz respeito à aplicação no Processo do Trabalho.

Primeiramente, faz-se necessário trazer à tona a questão do depósito recursal e a sua necessidade em razão do deferimento da assistência judiciária gratuita. Em que pese o Código



de Processo Civil disponha expressamente que a justiça gratuita engloba a necessidade de depósito recursal no âmbito do Trabalho, muito se discutiu, ao longo das alterações no ordenamento jurídico, acerca da dispensa para a parte empregadora, quando beneficiária da justiça gratuita.

A partir do surgimento da tese de que a parte empregadora, quando comprovar a hipossuficiência de recursos, poderá valer-se da justiça gratuita, nasceu, juntamente, os questionamentos acerca da extensão do benefício em sede recursal, aplicando-se, inclusive, no que diz respeito à necessidade de depósito recursal prévio.

Diante disso, ao decidir em casos análogos, o STF acabou por acatar a tese de que “a exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV)” (BRASIL, 2007), que foi o entendimento adotada pelo legislador na Reforma Trabalhista.

Nessa senda, é entendimento de André Araújo Molina (2019, p. 36):

[...] a nossa conclusão é a de que a gratuidade da justiça alcança os valores do depósito recursal, para todos os litigantes nos processos trabalhistas, trabalhadores ou empregadores, além de todas as outras modalidades de réus em ações de competência ampliada da Justiça do Trabalho, desde que atendam aos requisitos para a concessão dos benefícios da justiça gratuita, exigindo-se, a partir de agora, uma releitura pelo Tribunal Superior do Trabalho, em superação do antigo entendimento restritivo (*prospective overruling*), como consequência das novidades legislativas de 2015 no processo civil e de 2017 no processo do trabalho.

Portanto, o que se tem é que a necessidade um depósito prévio não pode se considerar uma afronta ao direito do acesso à justiça, pura e simplesmente. O que afronta tal assertiva constitucional, por outro lado, é mitigar o direito ao acesso à justiça e, por consequência, ao duplo grau de jurisdição, em razão da hipossuficiência financeira e da impossibilidade de pagamentos das custas inerentes ao processo (TARTUCE; MORAIS, 2018, p. 107).

Outro ponto trazido pela Reforma Trabalhista – e talvez o mais controverso deles – foi a questão relacionada aos honorários sucumbenciais, periciais e advocatícios, regulamentando uma condição de prejuízo ao trabalhador, que se vê ainda mais vulnerável diante das novas disposições.

Em suma, o que preconiza os novos dispositivos da legislação trabalhista é que, a partir da entrada em vigor da Reforma Trabalhista, aquele que sucumbir em uma ação trabalhista, além de arcar com o ônus de ver o pleito fracassado, terá de arcar com as custas dos honorários

periciais (art. 790-B, *caput*, da CLT), bem como os honorários do advogado (art. 791-A, § 4º, da CLT), ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita (BRASIL, 1943).

No que diz respeito ao artigo 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho, Valdete Severo e Jorge Luiz Souto Maior (2017, p. 86) constata:

O § 4º desse mesmo dispositivo, quando menciona que o beneficiário da justiça gratuita terá as obrigações decorrentes de sua sucumbência “sob condição suspensiva de exigibilidade”, durante dois anos, nos quais o credor poderá provar que “deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade”, estabelece uma contradição que não poderá ser resolvida senão pela inaplicabilidade dessa disposição legal. É que a gratuidade se dá em razão da situação do trabalhador no momento em que demanda. E se ela abrange, inclusive sobre a exegese do CPC – que, repita-se, nem sequer tem por princípio a proteção a quem trabalha –, todas as despesas do processo, não há como sustentar tal condição suspensiva sem negar, por via oblíqua, a gratuidade. O mesmo ocorre em relação à suposta autorização, contida nesse mesmo dispositivo, para compensação com créditos obtidos em juízo, “ainda que em outro processo”. Novamente aqui, a disposição legal esbarra nas disposições do artigo 1.707 do Código Civil e no artigo 100 da Constituição.

Em relação aos honorários advocatícios, por outro lado, o artigo 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho, prevê que é possível a suspensão da exigibilidade de pagamento dos honorários do advogado da parte contrária, caso o sucumbente preserve a insuficiência de recursos.

É que o diz o dispositivo supramencionado (BRASIL, 1943):

Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

O que se depreende, diante dos regramentos expressos dos novos dispositivos da legislação trabalhista, é que existe uma diferença acentuada das disposições acerca da justiça gratuita entre a legislação do processo civil e do processo do trabalho, de forma a representar um verdadeiro prejuízo àquele que porventura ingressar na Justiça do Trabalho.

Em que pese tais argumentos desfavoráveis em relação ao advento dos novos dispositivos na legislação do trabalho, há que se reconhecer que, em alguns pontos, o legislador foi bastante preciso e objetivo ao delimitar algumas das novas normas processuais.

É o caso, por exemplo, da definição de um teto para a concessão do benefício da justiça gratuita. Conforme já mencionado, o novo texto legal atribui o patamar de 40% do limite

máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência para a concessão do benefício, novidade que nenhuma outra legislação vigente no ordenamento jurídico havia feito até o momento.

Veja-se que, neste primeiro momento, não se discute se os valores delimitados pela lei são condizentes com a realidade daqueles que adentram na Justiça do Trabalho. O que se pretende assinalar, por ora, é a necessidade de um balizamento dos parâmetros para a concessão da justiça gratuita.

Nesse sentido, é necessário reconhecer que, antes da vigência do texto legal da Reforma Trabalhista, imperava no ordenamento jurídico – e, inclusive, na Justiça do Trabalho – os dispositivos do Código de Processo Civil, conforme já discutido preambularmente. A inexistência de um balizamento para a concessão da justiça gratuita, no período posterior à vigência de tal legislação, gerou grande discussão nos Tribunais de Justiça e na doutrina brasileira, que, aos poucos, foram decidindo acerca da temática.

Nos termos de Luiz Ronan Neves Koury e Carolina Silva Silvino Assunção (2017, p. 41):

A regra no processo civil, portanto, é o deferimento do benefício, seja por presunção ou pela prova existente no processo, e o indeferimento, como exceção, ocorrerá quando evidenciada a ausência dos elementos necessários ao deferimento do benefício. Antes, todavia, de indeferir a pretensão, o juiz ainda deverá conceder à parte requerente a oportunidade de preenchimento dos pressupostos para concessão do benefício.

Em razão dessa falta de disposição legal acerca da temática, o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir em casos cuja temática dizia respeito à justiça gratuita, estabeleceu que a decisão de indeferir o benefício a alguma das partes do processo é de decisão voluntária do juiz, uma vez que demonstrada a capacidade financeira da parte nos autos do processo e mediante decisão fundamentada (ASSUNÇÃO; KOURY, 2017, p. 42).

Diante disso, é possível se observar que a partir do advento da Reforma Trabalhista, traçou-se um caminho diferente na seara laboral daquele que vinha sendo apresentado até então pelo Código de Processo Civil e, que, por consequência, determinou a aplicação do benefício em quase todos os âmbitos do direito, mesmo que subsidiariamente.

Antecipadamente, é possível observar que, no que diz respeito às disposições acerca da justiça gratuita, a legislação trabalhista representa, em alguns pontos, um verdadeiro retrocesso em relação aos direitos anteriormente assegurados, uma vez que destoa dos princípios constitucionais instrumentalizados pelo Código de Processo Civil e da noção de boa-fé em relação à justiça gratuita (ASSUNÇÃO; KOURY, 2017, p. 42).



É, pois, diante desse contexto, onde os direitos dos trabalhadores são efetivamente ceifados pela legislação laboral que nasce a inconstitucionalidade da Lei nº 13.467/2017. Em que pese esteja, ainda, positivado o direito ao acesso à justiça, este encontra-se limitado e sujeito à uma série de regramentos que são, inquestionavelmente, opostos ao que prega a Constituição Federal.

A REFORMA TRABALHISTA FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

De acordo com a nova interpretação depreendida do texto legal da Consolidação das Leis do Trabalho, é de concluir que, conforme já mencionado, o processo do Trabalho deixou de abraçar o caráter protecionista ao empregado que outrora carregava. Em que pese no sentido material do processo tenha havido melhorias quanto à discriminação da gratuidade de justiça, no que diz respeito aos direitos dos trabalhadores a nova CLT carece de progresso (ASSUNÇÃO; KOURY, 2017, p. 37).

Nesse sentido, cumpre esclarecer que o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal é expreso ao definir que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988, on-line). Isso significa dizer que o direito ao acesso à justiça é um direito assegurado constitucionalmente, de forma indiscriminada, de forma a ser aplicado, inclusive, na seara laboral.

Ao dispor acerca da gratuidade da justiça nos novos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, o legislador deixou de observar que, constitucionalmente, não é permitido criar óbices à concessão do acesso à justiça, de forma a dificultar que àqueles que não possuem recursos ingressem na Justiça do Trabalho.

Isso porque, com as disposições trazidas pela Reforma Trabalhista, em especial em relação ao pagamento de honorários sucumbenciais e advocatícios pela parte sucumbente, o legislador faz com que o empregado, que é vulnerável na relação de emprego, esteja submetido a uma condição prejudicial, que, nos ulteriores termos do processo, pode levá-lo a um estado ainda mais gravoso daquele que estava ao iniciar o processo judicial.

É sabido que na relação de emprego, pura e simplesmente, o empregador está em posição de vantagem em relação ao empregado. Com a inserção das normas trabalhistas, que invariavelmente devem ser mais benéficas ao empregado, a relação de emprego passa a estabelecer um tratamento isonômico às partes. Em suma, é possível dizer que a proteção oferecida pela legislação trabalhista ao empregado é o que equilibra a relação de emprego, de



forma a garantir que ambas as partes tenham tratamento igual e não sejam eivados dos direitos que lhes são cabíveis (LEITE, 2009, p. 76-77).

A Reforma Trabalhista, nesse sentido, contraria esses preceitos inerentes à legislação laboral, impedindo que o trabalhador seja beneficiado na relação de trabalho, e, portanto, inserindo-o em uma dinâmica que carece de paridade e isonomia, o que é inadmissível no ordenamento jurídico pátrio.

Em razão disso, a inconstitucionalidade da Reforma Trabalhista pode ser observada cristalinamente, vez que a nova legislação afronta diretamente preceitos basilares do Direito, elencados na Constituição Federal. A gratuidade da justiça é uma conquista histórica dentro do ordenamento jurídico brasileiro e não é aceitável que uma lei acentue direitos tão basilares do cidadão (SEVERO; MAIOR, 2017, p. 82).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A gratuidade da justiça tem se efetivado, gradativamente, como o meio mais eficaz e efetivo de garantir o pleno acesso à justiça, bem como o direito de ação e defesa, haja vista que assegura, inclusive à parcela mais hipossuficiente da população, a possibilidade de pleitear, diante do Poder Judiciário, a reparação ou afirmação de seus direitos.

Com o advento de novas legislações, como é o caso da Reforma Trabalhista, o acesso à justiça foi moldando-se à realidade social dos cidadãos brasileiros, de forma a impactar, em diversos sentidos, a forma com a qual o indivíduo hipossuficiente dialoga com a justiça e com as suas necessidades perante o Poder Judiciário.

Em que pese a nova legislação traga pontos pioneiros no estudo da gratuidade de justiça, é inquestionável que muitas das novas orientações legislativas acarretam prejuízos aos trabalhadores que não possuem condições de ingressar na Justiça do Trabalho nas formas convencionais, o que vai de encontro com muitas das normas mais basilares do ordenamento jurídico brasileiro. Ao dispor acerca da gratuidade da justiça nos novos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, o legislador deixou de observar que, constitucionalmente, não é permitido criar óbices à concessão do acesso à justiça, de forma a dificultar que àqueles que não possuem recursos ingressem na Justiça do Trabalho.

Como efeito prático das alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, é possível entender que os impactos na seara laboral, especialmente no que tange a assistência judiciária gratuita, afetaram diretamente o direito de ação, no sentido de que muitas das reclamações

trabalhistas jamais chegarão a ser ajuizadas, o que implica diretamente nas noções atuais de justiça e igualdade. Cria-se, diante disso, um cenário permeado pela fobia da sucumbência, onde a parte que naturalmente encontra-se em estado de hipossuficiência, continua a ser restringida em seus direitos e, na maioria das vezes, de sua própria dignidade.

De modo geral, o que se pode concluir da análise dos dispositivos da Reforma Trabalhista é que estes carecem de constitucionalidade e representam evidente quebra aos preceitos positivados na legislação laboral. Ao ceifar alguns dos direitos mais basilares do trabalhador infringe-se a equidade nas relações de trabalho e, portanto, coloca-se o empregador em situação de inquestionável credibilidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. O processo histórico da consolidação do direito de acesso igualitário à justiça no Brasil. In: **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 184, p. 329-362, jun. 2010.

BORGE, Felipe Dezorzi. Defensoria Pública: uma breve história. **Jus Navigandi**, 2005.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 06 maio 2019.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 06 maio 2019.

_____. **Constituição**, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 09 maio 2019.

_____. **Superior Tribunal Federal, ADI 1.976, Relator: Joaquim Barbosa, Julgado em 18/05/2007**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456058>>. Acesso em 07 maio 2019.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho, Súmulas do TST**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 07 maio 2019.

DELLORE, Luiz; TARTUCE, Fernanda. Gratuidade da justiça no novo CPC. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 236, p. 305-324, out. 2014.

GONÇALVES, Roberto. **Da gratuidade de justiça no Novo CPC**. Disponível em: <<https://hgsadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/310845767/da-gratuidade-de-justica-no-novo-cpc>>. Acesso em: 23 set. 2018.

KOURY, Luiz Ronan Neves; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino. A gratuidade da justiça no processo do trabalho: reflexões à luz do CPC e da lei n. 13.467/17. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**: Belo Horizonte. Belo Horizonte, p. 29-48, nov. 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Processual do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2009.

MOLINA, André Araújo. **Teoria dos Princípios Trabalhistas**: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista do Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2013. p. 127.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: **Revista de Direito da Unidade do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 154-174, 1993.

OLIVEIRA, Simone dos Santos. Defensoria pública brasileira: sua origem. In: **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 2, n. 2, p. 59-74, mai/ago. 2007.

SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Manual da Reforma Trabalhista**. 1. ed. São Paulo: Sensus, 2017.

TARTUCE, Fernanda; MORAIS, Michele Nogueira. Reforma Trabalhista sobre isenção do depósito recursal a beneficiários da justiça gratuita, entidades filantrópicas e empresas em recuperação judicial. **Revista Magister de Direito do Trabalho**, Porto Alegre, ed. 83, p. 98-110, março/abril. 2018.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. 500 anos de assistência judiciária no Brasil. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 95, p. 241-249, janeiro. 2000.

CAPÍTULO 32

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITOS AUTORAIS

Alyne Leite de Oliveira, Professora e membro do CEP do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/UNILEÃO, Mestranda em Direito da Empresa e dos Negócios/UNISINOS

Bethsaida de Sá Barreto Diaz Gino, Professora da Universidade Regional do Cariri/URCA, Mestra em Direito da Empresa e dos Negócios/UNISINOS

Gilbene Calixto Pereira Claudino, Advogada, Mestranda em Direito da Empresa e dos Negócios/UNISINOS

RESUMO

Com o encetamento da quarta revolução industrial, o mundo vivencia avanços tecnológicos que até pouco tempo só podiam ser observados em filmes de ficção científica. São mudanças tão disruptivas que causam questionamentos quanto aos seus benefícios e funcionalidades. Consonante a esse contexto, a existência da Inteligência artificial (IA) embasa o principal objetivo deste trabalho, que se pauta em discutir a quem pertence o direito autoral a partir do uso da IA. Para o alcance do resultado almejado se fez relevante conceituar inteligência artificial, apontar contextos de sua utilização, bem como refletir acerca da celeuma existente entre a vigência de obras com uso de IA e a quem pertence o direito autoral da mesma. O estudo delineou-se a partir de uma pesquisa qualitativa básica. Como principal resultado obteve-se que a legislação brasileira não possui resposta adequada à tal problemática, carecendo de imediata reestruturação, dados os avanços abruptos existentes e a fim de não paralisar ou atrasar o desenvolvimento científico e econômico da sociedade.

Palavras Chave: Inteligência Artificial. Direito Autoral. Celeuma.

1 INTRODUÇÃO

Em uma conjuntura onde se discute o advento da quarta revolução industrial, dado o avanço de tecnologias tais como: veículos autônomos, robótica avançada, impressão em 3D, uso de novos materiais, internet das coisas, cenários enormemente desenvolvidos e usufruindo de tecnologias avançadas, a inteligência artificial vem ganhando espaço no cotidiano das organizações e no âmbito pessoal destacando-se por interagir em linguagem natural para melhorar a experiência na solução de problemas.

O trabalho ora apresentado tem por principal objetivo discutir a quem pertence o direito autoral a partir do uso da IA (Inteligência Artificial). Para o alcance do resultado almejado se fez relevante conceituar inteligência artificial, apontar contextos de sua utilização, bem como



refletir acerca da celeuma existente entre a vigência de obras com uso de IA e a quem pertence o direito autoral da mesma.

Cantali (2018) menciona que o tema esbarra em dois extremos, onde alguns acreditam que a IA sem regulamentação “é uma ameaça à civilização” enquanto outros entendem que, visto que “ela é feita e controlada por seres humanos, pode ser utilizada para o bem ou para o mal, como toda tecnologia”.

O estudo ora apresentado caracteriza-se por ser de natureza básica, objetivo exploratório e abordagem qualitativa, sendo delineado a partir do método dedutivo.

Para compreensão do mesmo, o trabalho estruturou-se inicialmente a partir de uma abordagem acerca dos conceitos da inteligência artificial, perpassando compreensões sobre o direito do autor no Brasil, adentrando a celeuma existente entre os dois e as possíveis soluções com base no direito comparado.

2 INDÚSTRIA 4.0 x INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Segundo Kagermann et al. (2013), a expressão indústria 4.0 vem da derivação *industrie 4.0*. E foi usado pela primeira vez na Alemanha durante a feira de Hannover no ano de 2011 para designar tecnologias que possuem um alto teor estratégico para o ano de 2020.

De acordo com Silveira (2017), o fundamento básico da indústria 4.0 é que a conexão entre máquinas, sistemas e ativos, as empresas poderiam gerar redes inteligentes e com isso controlar de maneira autônoma a produção.

Denomina-se de indústria 4.0 as transformações advindas das tecnologias digitais modernas para a indústria, como a internet das coisas, automação, inteligência artificial, dentre outras, em um mundo cada vez mais conectado e digitalizado, a vida digital já se tornou uma realidade palpável dentro dos modelos de produção (BRUEL, 2018).

Segundo Bruel (2018), a internet da indústria ou fábrica inteligente são dotadas de uma completa comunicação digital entre todos os seus sistemas fabris, como linha de produção, pessoas e máquinas, são capazes de se autoajustar à demanda e customizar produtos. Ao se fazer a integração de sistemas compostos por inteligência artificial no processo fabril, estes poderão tomar decisões autônomas para economizar matéria-prima, reduzir a produção, mudar a produção de um determinado produto para outro, tudo baseado em análise realizada em tempo real pelo sistema.



É fato que a vida dos indivíduos e das organizações está passando por mudanças severas, mudanças essas que incluem a utilização de novos termos com IoT, Big Data, Robótica e Nanotecnologia. A Inteligência Artificial associada a todos esses termos tem forçado os indivíduos e as organizações a uma inclusão digital que resultará em mudanças de processos organizacionais e surgimento de novas profissões.

Bigonha (2018) destaca que Inteligência artificial é área de estudo que surgiu por volta de 1950, o principal intuito desse estudo é a criação de sistemas que sejam capazes de demonstrar comportamentos geralmente vinculados a seres humanos, como aprendizagem e resolução de problemas.

Gabriel (2018) comenta que a Inteligência Artificial quando é associada a IoT, Big Data, Robótica e Nanotecnologia se torna um dos pilares estruturais da transformação tecnológica do mundo. Essa transformação citada pela autora permite perceber que existe uma tendência de profunda modificação em diversas áreas e dimensões, entre elas o ambiente social, biológico, econômico e cognitivo, bem como outras áreas existentes.

Segundo Schwab (2000), a inteligência artificial (IA) está promovendo a reinvenção da economia digital e, brevemente estará a trazer uma nova configuração para a economia física. Os objetivos para a inteligência artificial no início do século XXI incluem auxiliar máquinas autônomas a navegar pelo mundo e contribuir para que os seres humanos e os computadores consigam se inter-relacionarem para aumentar a otimização dos respectivos processos que fazem parte.

Em um contexto contemporâneo, os indivíduos e organizações são amplamente pressionados a se adaptarem o mais rápido possível a estas novas mudanças, ou seja, são forçados a aderirem ao contexto digital permitindo assim uma nova configuração de comportamento e por fim facilitando a captação de insights que permitam a geração de valor para os negócios bem como uma maior assertividade nas tomadas de decisões.

Para minimizar esses impactos Gabriel (2018) defende a necessidade da criação de políticas públicas que ajudem as pessoas a se integrarem rapidamente na sociedade digital, pois a defasagem no conhecimento vai se transformar em uma questão econômica e social.

Porém Gabriel (2018) ainda salienta pontos positivos que já se desenvolvem a partir da inclusão da tecnologia no meio social e econômico, pois a medida que as máquinas foram realizando trabalhos que antes eram feitos pelos seres humanos e observou-se que elas faziam



melhor do que as pessoas, estas tiveram a oportunidade de progredir intelectualmente, buscar novos conhecimentos e desenvolver melhores estratégias.

Ao se enxergar esses exemplos da aplicação da IA é necessário que se perceba a abertura de leque de possibilidades e de aplicabilidades da mesma, inclusive na área do Direito. Observa-se relatos de que a tecnologia aplicada ao Direito está muito intimamente ligada ao uso de editores de texto e planilhas para melhor organização dos trabalhos jurídicos, bem como o uso de algumas agendas eletrônicas que torna as vidas dos advogados mais automatizadas.

A IA se torna concreta quando se fala de organização de dados não estruturados e suas correlações. Essas correlações nada mais são que o cruzamento desses dados afim de que nesse cruzamento se possa chegar a um resultado que possa ser sugerido como o mais assertivo. Porém a IA é alimentada justamente por quem interage com ela e isso é observado por Coelho (2019) quando diz que a IA, fica muito limitada a definir padrões a partir da análise de dados e isso depende da interação com os usuários e com quem tem experiência e entende de cada assunto.

Assim sendo a aplicação da IA no meio jurídico depende exclusivamente como nos negócios da necessidade de criação/desenvolvimento de uma plataforma/software que possa ser alimentado com o que se tem de mais moderno nas leis e isso deve ser obrigatoriamente atualizado à medida que essas leis passem por mudanças para que as decisões proferidas por este sistema de IA possam ser as mais corretas possível.

Coelho (2019) relata que foi em 2016 que teve os primeiros contatos com robôs/software e isso ele considerou incrível justamente por poder compreender melhor como era possível ensinar ou treinar o software para que pudesse fazer a leitura e trazer informações corretas e classificadas. Coelho (2019) ainda menciona que para que isso possa acontecer são necessárias várias técnicas, porém a simplificação pode sim acontecer bastando definir o que se considera o certo, ele inclusive exemplifica com o uso de cores, mas é necessário explicar para a máquina o que essas cores representam, ou seja, elas representam partes do processo e que necessita fazer uma leitura de documentos como CPF e até do endereço.

Assim como a autora Gabriel (2018), Coelho (2019) também alerta para os desafios do uso da IA, em especial esse último comenta que o desafio principal da IA no Direito é a compreensão dos problemas da sociedade, das organizações e os individuais a partir de análises mais aprofundadas de temas relevantes para a sociedade, respeitando claro a regulação e



proteção aos dados dos usuários. Outro desafio é validação ou conformidade desses dados, aonde entra não somente o IA, mas também cresce a área da aplicação do Blockchain's.

A IA aplicada ao Direito abre inclusive a necessidade de estudos mais aprofundados na área de Compliance, pois a integração de sistemas inteligentes e seguros possibilitam a assertividade das tomadas de decisão, possibilitando cada vez mais uma diminuição nas margens de erro de diagnóstico.

Embora a inteligência artificial esteja entre as mais novas áreas de estudo, suas bases tem origem que remontam à milhares de anos atrás, visto que **“Inteligência Artificial envolve utilizar métodos baseados no comportamento inteligente de humanos e outros animais para solucionar problemas complexos” (COPIN, 2017).**

“Esta distinção torna-se acentuada quando se examina a diferença entre as ditas IA forte e IA fraca. Os seguidores da IA forte acreditam que, dispondo de um computador com suficiente capacidade de processamento e fornecendo a ele suficiente inteligência, pode-se criar um computador que possa literalmente pensar e ser consciente do mesmo modo que um humano é consciente”.

Muitos filósofos e pesquisadores da Inteligência Artificial consideram esta visão como infundada e até mesmo absurda. A possibilidade de criar um robô com emoções e genuína consciência é aquela que é frequentemente explorada no âmbito da ficção científica, mas é raramente considerada como um objetivo da Inteligência Artificial.

Por outro lado, IA fraca é simplesmente a visão de que comportamento inteligente pode ser modelado e utilizado por computadores para solucionar problemas complexos. Este ponto de vista defende que apenas o fato de um computador agir inteligentemente não prova que ele seja verdadeiramente inteligente no sentido humano” (COPIN, 2017). Essa diferença não deve ser confundida com a diferença entre métodos fortes e métodos fracos. O fato de esta abordagem ter finalmente falhado levou à percepção que era necessário mais do que simples representações e algoritmos para fazer a Inteligência Artificial funcionar: conhecimento era o ingrediente-chave. As primeiras pesquisas em Inteligência Artificial concentravam-se em métodos fracos.

Os aspectos acima descritos, dado o avanço do uso da IA traz à tona a amplitude da discussão sobre a quem pertence o direito da obra produzida pela IA, como descrito a seguir.

3 DOS DIREITOS DO AUTOR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) assinada em Estocolmo em 1967 define Propriedade intelectual como sendo os direitos que se referem “às obras literárias, artísticas e científicas; às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão”. Além desses acrescenta “às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço” e, por fim, “às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal; e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico”.

A propriedade intelectual no Brasil é gênero que possui três espécies: Propriedade Industrial, Proteção Sui Generis e Direito Autoral. A primeira se subdivide em marca, desenho industrial, indicação geográfica, segredo industrial e patente. A segunda é subdivida em topografia de circuito integrado, conhecimentos tradicionais e cultivar. Por fim, o Direito Autoral abrange os direitos do autor, direitos conexos e programas de computador. (ARAÚJO et al., 2010).

Em relação à legislação aplicável à propriedade intelectual tem-se que, a Carta Magna a disciplina em seu art. 5º incisos, XXVII, XXVIII e XXIX (BRASIL, 2018), tendo sido, portanto, erigida a Direito Fundamental. Além do mais, suas principais subespécies são regidas com leis próprias: Lei nº 9.610/98(Direitos Autorais); Lei nº 9.609/98(Software); Lei nº 9.279/96(Propriedade Industrial); Lei 11.484/07(Topografia de circuitos integrados); Lei nº 9.456/97(Cultivares). No entanto, nessa seção, serão estudados, apenas os direitos do autor, por serem objeto desta pesquisa.

O artigo 5º, inciso XXVII da CF/88, assim assevera: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Desse modo, Silva (2016) afirma que o direito do autor ou direito autoral é o conjunto de normas que têm por objetivo conceder proteção às obras criadas de forma original, sejam elas artísticas ou intelectuais, apresentadas por qualquer meio, como por exemplo, livros, revistas, internet, dentre outros, e fixadas em alguma base, seja tangível ou intangível, de qualquer tipo de reprodução que venha a lesionar os direitos dos verdadeiros autores.



Peasane (2015), afirma que a partir da leitura do artigo 5º, XXVII, da CF/88 se pode extrair que criação de obras que decorre da inteligência humana corresponde a um direito personalíssimo, sendo de um lado um direito moral e de outro patrimonial, tendo, portanto, caráter híbrido.

Desse modo, pode-se constatar que o direito do autor garante ao autor de uma determinada obra uma aclamação moral além de participação financeira pelo seu uso por terceiros. Os direitos morais encontram-se disciplinados no Título III, da LDA, capítulo II da LDA e os patrimoniais no capítulo III. Lembrando que o que a legislação protege são as obras e não seus autores. Ou seja, para que a obra tenha a proteção do direito do autor pressupõe-se que já esteja criada (AFONSO, 2009).

Nesse sentido, continua Peasane (2015, s/p) “o elemento moral é a expressão do espírito criador da pessoa (*corpus mysticum*) e protege a personalidade do autor nas suas relações pessoais com a obra e não se confunde com o direito de personalidade, enquanto que “o elemento patrimonial da obra do autor corresponde à fixação da obra e à retribuição econômica pela produção intelectual e pela comunicação ao público (*corpus mechanicum*)”.

Os direitos morais do autor possuem características próprias que devem ser explanadas, tais como: são absolutos, ou seja, oponíveis erga omnes, inalienáveis, pois não podem ser transferidos, impenhoráveis, não podem ser objeto de garantia por dívidas do autor e irrenunciáveis, não admitem renúncia voluntária por seu titular. Já os direitos patrimoniais, que surgem através da exploração econômica da obra, são transmissíveis a terceiro e tem limite de duração, pois as obras vão para o domínio público 70 anos após a morte do autor (AFONSO, 2009).

A Lei dos Direitos Autorais (LDA) (Lei nº 9.610/98), em seu artigo 7º destaca, em rol exemplificativo, quais são as obras protegidas pelo direito autoral, que são criação do espírito do seu autor, como exemplo, serão destacadas algumas: “os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas e dramático-musicais”, além de “as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; as composições musicais, tenham ou não letra; as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas”, dentre outras.

Além do mais, a Lei dos Direitos Autorais (LDA), disciplina em seu artigo 11 quem é considerado o autor das obras que merecem proteção, in verbis: “Autor é a pessoa física criadora



de obra literária, artística ou científica”, e o Parágrafo único, in verbis: “A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei”. Portanto, somente pessoas físicas podem ser autoras, pois são elas que detêm o poder de criar. Em relação às pessoas jurídicas a criação vem das pessoas humanas que dela fazem parte (OLIVEIRA, 2011).

Quando o titular e o autor da obra são a mesma pessoa chamamos de titular originário. No entanto, quando não são a mesma pessoa é a titularidade derivada, e ocorre quando o titular não participa da criação da obra. Pode ocorrer, por exemplo, mediante contrato de cessão de direitos, ou contratos de edição, sucessão hereditária ou testamentária, dentre outros (AFONSO, 2009). Consequentemente, o autor continua a ser autor, mesmo que a exploração patrimonial da obra seja exercida por uma terceira pessoa (OLIVEIRA, 2011).

Importante mencionar ainda que o artigo 45, inciso II, da Lei dos Direitos Autorais (LDA) afirma que pertencem ao domínio público às obras de autor desconhecido.

Enquanto a nossa legislação afirma que para que uma obra tenha proteção precisa que seu autor seja humano, que possua o controle criativo e que seja criação do seu espírito surgem as seguintes indagações: como ficarão as obras criadas pela inteligência artificial? Ficarão em domínio público por não possuírem um autor nos termos da lei (art. 45, II, da LDA)? Ou alguém ficará com a sua titularidade? O autor da obra seria o criador do software ou seria o próprio robô? E a questão dos direitos morais do autor? O nosso direito está acompanhando as mudanças tecnológicas ou precisará ser reestruturado? (CANTALI, 2018). Essas questões serão analisadas logo a seguir na terceira seção desta pesquisa.

4 AFINAL, QUEM É O AUTOR DA OBRA PRODUZIDA PELA IA?

Nos dias hodiernos a humanidade tem visto a disseminação das Inteligências Artificiais nos mais diversos campos, exemplos, o caso Rambrandt conhecido por ter sido desenvolvido um quadro do autor, a partir de traços inerentes à sua criação, por meio de algoritmos desenvolvidos por pesquisadores; o projeto Flow machines da Sony, onde também o código possibilitou a geração de uma música automaticamente ou em colaboração com autores, citados por Teixeira (2017).

Além desses, podemos mencionar outras interessantes invenções desenvolvidas por meio de IA, tais como, “A ‘Deep Mind’ da google que gera música ouvindo gravações. A Universidade Goldsmith de Londres tem a máquina ‘What if’, software que assume parte dos processos criativos em artes e ciências (MOSCA, 2018).



A seara jurídica também não ficou de fora das inovações advindas da IA, o escritório de advocacia Baker & Hostetler possui um novo funcionário, o “robô-advogado”, ROSS, que foi desenvolvido através da tecnologia Watson, e é utilizado como fonte de pesquisa, pois em um segundo pode obter 500 GB de informações ajudando a solucionar casos jurídicos de maneira extremamente eficaz. (MELO, 2016).

Também na medicina são inúmeros os avanços obtidos. Através dos supercomputadores Watson da IBM e o Deep Mind, da Google é possível o armazenamento de grande número de informações, o que auxilia no diagnóstico preciso de doenças, em áreas como oncologia e genética (LOBO, 2017). Todos os exemplos mencionados levam a perceber que a IA ultrapassa aspectos que se limitam a códigos de programação, adentrando peculiaridades e características inerentes à pessoa humana.

Nos negócios já é possível perceber o uso da AI, inclusive na produção de perfume. Nisso a empresa paranaense O Boticário em parceria com a IBM lançou em maio deste ano duas fragrâncias que foram o resultado de pesquisa e desenvolvimento.

Barbosa (2019) fala que depois de mais de dois anos de desenvolvimento, o grupo paranaense Boticário, maior varejista de cosméticos do país, lança os primeiros perfumes do mundo feitos com ajuda de Inteligência Artificial.

As tomadas de decisões com o uso da IA parecem ser simples, mas as suas complexidades começam a surgir quando se tem que primeiramente criar/desenvolver um sistema inteligente, um software por exemplo que ao ser alimentado de diversos conteúdos e informações de inúmeras fontes possa cruzar essas informações para então sugerir uma decisão. No caso do grupo O Boticário, Barbosa (2019) menciona que para criar as novas fragrâncias, foi invocado a deusa grega do perfume, Phylira, que no mundo real empresta seu nome a um sistema inédito de AI criado pela IBM em parceria com a alemã Symrise.

Esse sistema por sua vez foi alimentado com inúmeras informações como a história do perfume e outras mais, isso resultou em duas fragrâncias que acabaram por serem refinadas pelo olfato humano dos perfumistas.

Nos negócios então já pode-se enxergar a aplicação da AI para vendas e para produção, existe relatos inclusive do uso da AI na área da saúde, na ajuda de diagnósticos e algumas coisas a mais como é o exemplo do Watson e do Hospital Mãe de Deus em Porto Alegre. Kleina (2017) destaca que a IBM fechou parceria com o Hospital Mãe de Deus, em Porto Alegre, para utilizar a plataforma de reconhecimento visual do Watson no tratamento de câncer. (...) a plataforma



recebe dados e imagens de exames de todos os pacientes para apontar tratamentos individualizados e otimizados para cada caso.

Esse é o primeiro hospital da América Latina a se utilizar de um sistema de Inteligência Artificial com aplicabilidade na área da saúde. Porém o Watson é vendido pela IBM a sua desenvolvedora como uma plataforma ajustável a qualquer área. Isso consequentemente impactará no ambiente social e econômico dos indivíduos e das organizações.

Schwab (ano, p. 22) discorrendo sobre IA destaca que “muitos desses algoritmos aprendem a partir de ‘migalhas’ de dados que deixamos no mundo digital”. O que possibilitam aprendizagens automáticas para robôs “inteligentes” e computadores a se autoprogamar e encontrar as melhores soluções com base em princípios iniciais.

Assim, situações antes pensadas e apenas vistas em filmes de ficção científica, hoje são reais e favorecem desenvolvimentos avançados para a sociedade em geral, porém ficam em pauta os questionamentos mencionados anteriormente.

A celeuma ocorre porque as IA's conseguem produzir obras originais, como nos exemplos já mencionados: no caso Rembrandt, em que a IA observou seus padrões e criou uma obra totalmente nova. No caso Flow Machines, no qual a IA consegue criar músicas de forma automática, etc. No Brasil tais obras não teriam como autores as IA's, tendo em vista que a LDA em seu artigo 11 define autor como a pessoa física que cria a obra, seja literária, artística ou científica (TEIXEIRA, 2017).

Vargas (2019) questiona se o programador ou criador do código poderia ser pela legislação brasileira o autor da obra produzida pela IA. No entanto, como não possui o controle da obra produzida pela IA, não sendo, portanto, sua criação original, não teria como ser considerado autor.

Sérgio Branco (2018 apud CANTALI, 2018) afirma que uma solução poderia ser conceder a titularidade das obras ao dono do software, que normalmente é pessoa jurídica. No entanto, se assim fosse, não haveria um autor dono dos direitos morais já que a legislação exige que seja uma pessoa física.

Como o Brasil ainda não definiu quem é o autor da obra produzida por IA surge outra questão ainda sem resposta que é saber se tais obras têm ou não a proteção dos direitos autorais, pois o artigo 45 da LDA afirma que pertencem ao domínio público a obra cujo autor seja desconhecido (VARGAS, 2019). No entanto, Mosca (2018) assevera que deixar importantes



obras desprotegidas, seria inconcebível, afinal, houve um investimento de um ser humano e que o direito autoral existe para incentivar a criação.

No direito comparado as principais soluções já encontradas são: nos EUA, por exemplo, a Justiça Federal já afirmou que somente possuem direitos autorais aquelas obras desenvolvidas por pessoas humanas. Assim, obras originais criadas por IA's pertenceriam ao domínio público. Por sua vez, na Inglaterra as obras criadas por IA possuem como autor a pessoa física que desenvolveu os códigos, que possibilitaram o desenvolvimento da obra. Portanto, tais obras são protegidas por direitos autorais (TEIXEIRA, 2017).

A Austrália segue a mesma linha de raciocínio da Justiça Federal Americana. Já Hong Kong, Índia, Nova Zelândia, e Irlanda tal qual o Reino Unido defendem que a autoria seria da pessoa responsável por programar os códigos (MOSCA, 2018).

O Parlamento Europeu entende que ou não há Direito Autoral nestes casos e a obra estará em domínio público ou será necessário a elaboração de um Direito Autoral para os robôs que possuem personalidade jurídica eletrônica (CANTALI, 2018).

Mosca (2018) ainda discorre sobre outros desafios que em um futuro próximo precisarão ser enfrentados, como a discussão originada do posicionamento de que os direitos autorais pertencem à pessoa física criadora dos algoritmos da IA, questionando se, neste caso, apenas o programador seria considerado o autor da obra. Ocorre que, por vezes, quem desenvolveu a AI não é a mesma pessoa que a programou. E, além do mais, geralmente existe uma terceira pessoa que adquiriu a IA pagando um preço alto. Se o autor for apenas o programador tal adquirente não teria direito a nenhum lucro proveniente dos direitos autorais da IA adquirida. No entendimento da pesquisadora todos três, criador, programador e comprador deveriam ser considerados autores garantindo-se, assim, que as empresas não parem de investir em Inteligência Artificial.

Ademais, a tecnologia está avançando tão rapidamente que as questões envolvendo Direitos Autorais e Inteligência Artificial ficarão a cada dia mais complexas. Por exemplo, a Arábia Saudita, no ano de 2017 concedeu cidadania ao robô Shopia desenvolvida em Hong Kong e que expressa emoções como um ser humano. Assim, em um futuro próximo teremos robôs com personalidade jurídica e que poderão desenvolver obras artísticas, trazendo uma nova dificuldade a ser solucionada pela nossa legislação (VARGAS, 2019). Nesse contexto, torna-se imprescindível a atuação rápida e eficaz do nosso legislador, disciplinando tais assuntos, a fim de evitar a insegurança jurídica.



Tais questionamentos estão longe de ser pacificados em nosso Ordenamento Jurídico, no entanto, uma coisa é certa, frente ao avanço da tecnologia a legislação de Direito Autoral precisará urgentemente ser reformulada, abrangendo essas novas situações, a fim de não prejudicar o desenvolvimento tecnológico. Oliveira (2018) afirma que será necessária a modificação da atual lei de Direitos Autorais ou mesmo a criação de uma legislação específica sobre o tema, identificando claramente quem é o autor das obras criadas por IA.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A quarta revolução industrial ou indústria 4.0 é marcada pelo surgimento de inúmeras tecnologias disruptivas, tais como, internet das coisas, robótica, impressão 3D, energia renovável, inteligências artificiais, dentre outras, que estão revolucionando o modo de viver em todo o planeta. Pode-se afirmar que está ocorrendo uma verdadeira mudança dos antigos paradigmas, sociais, econômicos políticos e ambientais.

A inteligência artificial já é realidade presente no dia a dia das pessoas, tendo adentrado nas mais diversos ramos do conhecimento. No entanto, tais tecnologias se desenvolvem de forma tão rápida que estão trazendo demandas bastante distintas das já vivenciada. Um dessas problemáticas, ainda sem solução adequada, no Brasil e no mundo é a discussão de quem será o autor das obras produzidas pelas inteligências artificiais.

Com essa pesquisa fica comprovado que a legislação brasileira sobre direitos do autor não possui resposta para tal questão, pois somente considera autor a pessoa física criadora da obra e que essa obra seja criação do espírito do autor. Neste contexto, não teria como uma inteligência artificial ser considerada autor. A doutrina brasileira e estrangeira tenta resolver tal problemática dos mais diversos modos, como considerar que a obra encontra-se no domínio público ou até mesmo considerar autor aquela pessoa que desenvolveu o software. Soluções simples que estão longe de pacificar um assunto tão complexo.

O fato é que os avanços que as inteligências artificiais trazem para a humanidade são inegáveis, sendo assim, as legislações brasileira e mundial precisam urgentemente se adequar a nova realidade sob pena de estagnação das novas tecnologias o que trará retrocesso e perdas inimagináveis para a humanidade.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Otávio. **Direito Autoral**: conceitos essenciais. Barueri, SP: Manole, 2009.

ARAÚJO, BARBOSA, et al., Propriedade Intelectual: proteção e gestão estratégica do conhecimento. **R. Bras. Zootec. Vol39 supl.spe.** Viçosa, Julho, 2010. Disponível em: <HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/S1516-35982010001300001>. Acesso em: 16 jun. 2019.

BARBOSA, Vanessa. **O Boticário lança 1ºs perfumes feitos com ajuda de inteligência artificial.** Disponível em: <https://exame.abril.com.br/marketing/o-boticario-lanca-1os-perfumes-feitos-com-ajuda-de-inteligencia-artificial/>. Acessado em: 11 jul. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** In: Vade Mecum. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL. Lei n. 9.609/1998. Disponível em: <HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L9610.HTM> Acesso em 16 jun. 2019.

CANTALI, Fernanda Borghetti. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO DE AUTOR: TECNOLOGIA DISRUPTIVA EXIGINDO RECONFIGURAÇÃO DE CATEGORIAS JURÍDICAS. **Rev. de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência** | e-ISSN: 2526-0014 | Porto Alegre | v. 4 | n. 2 | p. 1 – 21 | Jul/Dez. 2018. Disponível em: <FILE:///C:/USERS/BETHSAIDA/DOWNLOADS/INTELIGENCIA_ARTIFICIAL_E_DIREITO_DE_AUTOR_TECNOLO%20(1).PDF> Acesso: 16 jun. 2019.

COELHO, Alexandre Z. **A ciência de dados e a inteligência artificial no Direito em 2018 - Parte I.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-01/zavaglia-ciencia-dados-inteligencia-artificial-direito>. Acessado em: 11 jul. 2019.

COPPIN, Bem. **Inteligência artificial.** Tradução e revisão técnica Jorge Duarte Pires Valério. - [Reimpr.]. - Rio de Janeiro : LTC, 2017.

GABRIEL, Martha. **Inteligência Artificial para Negócios.** Disponível em: <https://www.martha.com.br/offer-item/inteligencia-artificial-para-negocios/>. Acessado em: 11 jul. 2019.

GABRIEL, Martha. **Mundo Corporativo: Martha Gabriel fala do impacto da inteligência artificial no seu emprego.** Disponível em: <https://www.martha.com.br/mundo-corporativo-martha-gabriel-fala-do-impacto-da-inteligencia-artificial-no-seu-emprego/>. Acessado em: 11 jul. 2019.

KLEINA, Nilton. **4 coisas que o IBM Watson já está fazendo no Brasil.** Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/software/121669-4-coisas-ibm-watson-fazendo-brasil.htm>. Acessado em: 11 jul. 2019.

LOBO, Luiz Carlos. Inteligência Artificial e Medicina. *Rev. bras. educ. med.* [online]. 2017, vol.41, n.2, pp.185-193. ISSN 0100-5502. <http://dx.doi.org/10.1590/1981-52712015v41n2esp>.

MELO, João Ozorio de. Escritório de Advocacia estreia primeiro “robô-advogado” nos EUA. Disponível em: <HTTPS://WWW.CONJUR.COM.BR/2016-MAI-16/ESCRITORIO-ADVOCACIA-ESTREIA-PRIMEIRO-ROBO-ADVOGADO-EUA?FBCLID=IWAR3UVL-9SRSWTXW6VHDWBNJIWYGDQBCBVVCANN8N3RSZCX3I-3AQQNT32RI> Acesso em: 23/06/2019.

MOSCA, Ana Zan. Inteligência Artificial Novos Desafios ao Direito Autoral. Disponível em: <<https://anaclaudiazandomenighi.jusbrasil.com.br/artigos/577337274/inteligencia-artificial-novos-desafios-ao-direito-autoral>> Acessado em: 20 jun. 2019.

OLIVEIRA, Jaqueline Simas de. Inteligência artificial cria novos desafios na área de Direitos Autorais. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: [HTTPS://WWW.CONJUR.COM.BR/2018-FEV-22/JAQUELINE-SIMAS-INTELEGENCIA-ARTIFICIAL-DESAFIA-DIREITOS-AUTORAIS](https://www.conjur.com.br/2018-fev-22/jaqueline-simas-inteligencia-artificial-desafia-direitos-autorais). Acesso em: 23/06/19.

OLIVEIRA, Rodolpho Silva. *Direito Autoral: Evolução e Funcionalidade*. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.34214&seo=1>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL-OMPI. Disponível em: <[HTTPS://WWW.WIPO.INT/EDOCS/PUBDOCS/PT/WIPO_PUB_250.PDF?FBCLID=IWAR1GC0LSGNZJ6AUL-9TWJWL0DRS3UB2YARB_WKEKGK-QTGMRMRLKLPJWFY](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_250.pdf?fbclid=IwAR1GC0LSGNZJ6AUL-9TWJWL0DRS3UB2YARB_WKEKGK-QTGMRMRLKLPJWFY)> Acesso em: 16 jun. 2019.

PAESANI, Liliana Minardi. **Manual de propriedade intelectual: direito de autor, direito da propriedade industrial, direitos intelectuais *sui generis***. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Ricardo Gaiotti. As novas tecnologias e os novos desafios para os direitos autorais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 09 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57017&seo=1>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

TEIXEIRA, Gabriel Couto. **O avanço criativo da Inteligência Artificial e a proteção de Direitos Autorais**. Disponível em: [HTTPS://NDMADVOGADOS.JUSBRASIL.COM.BR/ARTIGOS/626364914/O-AVANCO-CRIATIVO-DA-INTELEGENCIA-ARTIFICIAL-E-A-PROTECAO-DE-DIREITOS-AUTORAIS?FBCLID=IWAR0DMNWPSN9EOBMQRVCIEYNVJ_NOP-YPAT_JE4PWWDEGXDJJQKHLTMAIRB8](https://ndmadvogados.jusbrasil.com.br/artigos/626364914/o-avanco-criativo-da-inteligencia-artificial-e-a-protecao-de-direitos-autorais?fbclid=IWAR0DMNWPSN9EOBMQRVCIEYNVJ_NOP-YPAT_JE4PWWDEGXDJJQKHLTMAIRB8). Acesso em: 23/06/2019.

VARGAS, Henrique Telles. **Direito Autoral-Problemas para identificar o autor em obras oriundas de inteligência artificial**. Disponível em: [HTTPS://EMPORIODODIREITO.COM.BR/LEITURA/DIREITO-AUTORAL-PROBLEMAS-PARA-IDENTIFICAR-O-AUTOR-EM-OBRAS-ORIUNDAS-DE-INTELEGENCIA-ARTIFICIAL?FBCLID=IWAR16_A4K7LHOT9KAEVEYZI61INP4IEHJMU6V94EMAHA-M-7RVGMAYXGHBXI8](https://emporiododireito.com.br/leitura/direito-autoral-problemas-para-identificar-o-autor-em-obras-oriundas-de-inteligencia-artificial?fbclid=IWAR16_A4K7LHOT9KAEVEYZI61INP4IEHJMU6V94EMAHA-M-7RVGMAYXGHBXI8). Acesso em: 23/06/219.

www.editorapublicar.com.br
contato@editorapublicar.com.br
@epublicar
facebook.com.br/epublicar

PESQUISA E ATUAÇÃO EM **DIREITO**

ROGER GOULART MELLO
(ORGANIZADOR)



2021

www.editorapublicar.com.br
contato@editorapublicar.com.br
@epublicar
facebook.com.br/epublicar

PESQUISA E ATUAÇÃO EM **DIREITO**

ROGER GOULART MELLO
(ORGANIZADOR)



2021