



Editora UNIJCI

Departamento de Ciências  
Jurídicas e Sociais

---

**Volume 30, Número 55**

Jan./Jun. 2021

ISSN 2176-6622

Qualis B1

REVISTA ELETRÔNICA

Revista



**Direito** em  
**Debate**



Reitora

Vice-Reitora de Graduação

Vice-Reitor de Pós-Graduação

Pesquisa e Extensão

Vice-Reitor de Administração

Cátia Maria Nehring

Fabiana Fachinetto

Fernando Jaime González

Dieter Rugard Siedenberg



**Editora Unijuí**

Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí, Ijuí, RS, Brasil)

Rua do Comércio, 3000

Bairro Universitário

98700-000 – Ijuí – RS – Brasil

Fone: (0 55) 3332-0217

editora@unijui.edu.br

[www.editoraunijui.com.br](http://www.editoraunijui.com.br)

[www.facebook.com/unijuieditora/](http://www.facebook.com/unijuieditora/)

Editor

Diretor Administrativo

Programador Visual

Fernando Jaime González

Anderson Konagevski

Alexandre Sadi Dallepiane



ISSN 2176-6622

Ano 30 • nº 55 • Jan./Jun. 2021

DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais

Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí

Contato

Editora

Editora de texto e de layout  
e leitora de prova

Revisão

Conselho Editorial

anna.paula@unijui.edu.br

Dra. Anna Paula Bagetti Zeifert, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijuí, Brasil

Rosemeri Lazzari, Editora Unijuí, Brasil

Editora Unijuí

- Alejandro Rosillo Martinez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México
- Alfonso de Julios-Campuzano, Universidad de Sevilla, Espanha
- Angela Condello, Università di Roma Tre, Itália
- Antonio Carlos Wolkmer, Universidade federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil
- Arno Dal Ri Junior, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil
- Carlos Alberto Vilar Estevão, Universidade do Minho, Portugal
- Claudia Rosane Roesler, Universidade de Brasília – UNB, Brasil
- Cristina Albuquerque, Universidade de Coimbra, Portugal
- Daniela Serra Castilhos, Universidade Portucalense, Portugal
- Eduardo Devés-Valdés, Universidad de Santiago do Chile – USACH, Chile
- Elio Resta, Università degli Studi di Roma Tre, Itália
- Giuseppe Ricotta, Sapienza Università di Roma, Roma, Itália
- Gustavo Raposo Pereira Feitosa, Universidade de Fortaleza – Unifor, Brasil
- Humberto Dalla Bernardina Pinho, Universidade Estadual do Rio de Janeiro – Uerj, Brasil
- José Eduardo Faria, Universidade de São Paulo – USP, Brasil
- José Luis Bolzan de Moraes, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Brasil
- Leonel Severo Rocha, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Brasil
- Luiz Ernani Bonesso de Araújo, Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Brasil
- Nelson Camatta Moreira, Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Brasil
- Nuria Belloso Martín, Universidad de Burgos, Espanha
- Odete Maria de Oliveira, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil
- Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Universidade Católica de Pelotas – Ucpel; Universidade Federal do Rio Grande – Furg, Brasil
- Roberto Miccù, Sapienza Università di Roma, Itália
- Rui Carlos Gonçalves Pinto, Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal
- Sidney Cesar Silva Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Brasil
- Thiago Fabres de Carvalho, Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Brasil
- Tiziano Toracca, Università di Perugia, Itália
- Wagner Menezes, Universidade de São Paulo – USP, Brasil

## SUMÁRIO

### APRESENTAÇÃO

*Anna Paula Bagetti Zeifert*

**5**

### A ATUAÇÃO DO CONSELHO DO MERCADO COMUM NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS HUMANOS NO MERCOSUL

*Amanda Carolina Buttendorff Rodrigues Beckers, Luís Alexandre Carta Winter*

**6**

### AUXÍLIO-RECLUSÃO:

Análise do Benefício Previdenciário

*Antonio Paulo Guillen Hurtado, Carollyne Pereira da Costa Guerreiro, Cláudia Ramos de Souza Bonfim*

**20**

### A CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO SOB A ÓTICA DA LEI Nº 13.467/17

*Brenno Augusto Freire Menezes, Mariése Garcia Costa Rodrigues de Alencar*

**34**

### ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA:

Uma Análise do Caso do Trabalho Análogo ao de Escravo no Estado do Amazonas

*Brychtn Ribeiro de Vasconcelos, Daphine Ramiro Herrera*

**41**

### AS RECENTES POLÍTICAS PÚBLICAS DE AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS E A (IN)COMPATÍVEL FORMAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE DIREITO

*Camila Stangherlin, Fabiana Marion Spengler*

**49**

### A SEGURANÇA INTERNACIONAL E AS GARANTIAS DOS DIREITOS HUMANOS

*Clarisse Laupman Ferraz Lima, Carlos Roberto Husek*

**58**

### A CENTRALIZAÇÃO DO PODER DE MÍDIA NO BRASIL E A OMISSÃO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DA PLURALIDADE E DEMOCRATIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO:

Uma Análise dos Vazamentos da Operação Lava Jato

*Cristian Reginato Amador, Cristiane Penning Pauli de Menezes*

**69**

### OS LIMITES DA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA POLÍTICA ESTATAL DE “DESJUDICIALIZAÇÃO”

*Daniel Mota Gutiérrez, Natália Ribeiro Machado Vilar*

**78**

### A (IN)EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO FAMILIAR PARA A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

*Diego Fernandes Vieira, Carlos Alexandre Moraes*

**89**

### RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONTADOR NA QUALIDADE DE PROFISSIONAL LIBERAL QUE ATUA COMO FORNECEDOR NA RELAÇÃO DE CONSUMO

*Fabricio Germano Alves, Iandeyara Indra Souza Costa*

**103**

AS FORÇAS ARMADAS:  
Sua Relação com a Democracia e os Direitos Humanos  
*Filipe Cortes de Menezes, Fran Espinoza*

**118**

AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.465/17 NO QUE SE REFERE À USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL  
– Uma Análise da Construção de um Ordenamento que Propicie a Desjudicialização

*Gastão Marques Franco, Elcio Nacur Rezende*

**132**

ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DA AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO ITALIANA:  
Comparações com a Tomada de Decisão Apoiada Brasileira  
*Gilberto Fachetti Silvestre, Guilherme Santos Neves Abelha Rodrigues, Igor Gava Mareto Calil*

**145**

SOBRE OS RECENTES ACONTECIMENTOS DA POLÍTICA BRASILEIRA:  
Leituras e Críticas a partir de Hannah Arendt  
*Luiz Antônio da Silva Bittencourt, Leandro José de Souza Martins*

**163**

DIREITO À MORADIA E OS BENEFÍCIOS DE UMA POLÍTICA DE ACOLHIMENTO  
PERMANENTE PARA AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA  
*Luiz Sales do Nascimento, Carlos Gustavo Guimarães Albergaria Barreto*

**173**

O PAPEL DAS PRÁTICAS JUDICIAIS NA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL  
*Luiz Sergio Fernandes de Souza*

**188**

TEORIA DA LEGISLAÇÃO, PRODUÇÃO LEGISLATIVA E CORRUPÇÃO DO DIREITO PENAL:  
O Simbolismo e a Inversão dos Fins da Lei Penal  
*Maíra Fronza, Adalberto Narciso Hommerding*

**204**

JUSTIÇA NEGOCIAL E GARANTISMO PENAL:  
A Fragilização da Epistemologia Garantista a partir da Expansão  
dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro  
*Marcelo Herval Macêdo Ribeiro, André Rocha Sampaio, Marcos Eugênio Vieira Melo*

**215**

A LIBERDADE DE CRENÇA E CULTO, O SACRIFÍCIO DE ANIMAIS E A APLICAÇÃO  
DA RAZOABILIDADE À LUZ DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 494.601/RS  
*Marcus Geandrê Nakano Ramiro*

**230**

O ATIVISMO JUDICIAL:  
Ruptura à Democrática Representatividade Política Brasileira?  
*Mário Lúcio Quintão Soares, Ana Luiza Novais Cabral*

**242**

DESIGUALDADE ECONÔMICA E DIREITOS POLÍTICOS NA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS:  
Uma Análise a Partir de Thomas Scanlon  
*Sandra Sueley Moreira Lurine Guimarães, Heitor Moreira Lurine Guimarães*

**252**

NOVOS DIREITOS, ONDAS RENOVATÓRIAS E JURISDIÇÃO CIVIL  
*Thiago Feiten Nunes, Cristiano Becker Isaia*

**265**

JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS:  
Uma Análise do Processo Judicializante da Lei Maria da Penha à Luz de Theophilos Rifiotis  
*Vivian Paes Galvani, Mareli Eliane Graupe*

**278**

## APRESENTAÇÃO

A Revista Direito em Debate, uma publicação do curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí –, é um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da apreciação crítica do direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, a partir de temáticas relacionadas à democracia, à justiça, à cidadania e à dignidade.

O periódico é classificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) no estrato B1 do Sistema Qualis de Periódicos Científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada, sempre atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados à excelência de periódicos.

O momento pandêmico em que vivemos exige profundas mudanças no papel dos Estados e ações integradas nas mais diversas áreas, que respondam aos interesses e necessidades da coletividade, já tão afetada pelos altos índices de desigualdade, miserabilidade e violações de direitos. Ações que garantam a efetivação de uma justiça social equitativa e sustentável são necessárias.

Com uma gama de artigos que incluem pesquisas sobre várias temáticas relacionadas ao Direito e áreas afins, a Revista Direito em Debate, no seu volume 30, número 55, referente ao primeiro semestre de 2021, permanece reafirmando o seu compromisso com um debate acadêmico qualificado acerca de temas que demonstram comprometimento com a superação do dogmatismo jurídico e com os instrumentos de transformação social.

Assim, com imensa alegria a presente edição é entregue à comunidade acadêmica. Agradecemos aos autores, pela confiança assentada em nossa Revista para fins de publicação de suas pesquisas, pareceristas e equipe editorial, indispensáveis para que cada número publicado possibilite novos debates e reflexões.

Ijuí, maio de 2021.  
*Anna Paula Bagetti Zeifert*

# A ATUAÇÃO DO CONSELHO DO MERCADO COMUM NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS HUMANOS NO MERCOSUL

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.6-19>

Recebido em: 22/2/2020

Modificações solicitadas em: 20/4/2020

Aceito em: 21/7/2020

***Amanda Carolina Buttendorff Rodrigues Beckers***

Autora correspondente. Universidade do Contestado – Campus Rio Negrinho. R. Pedro Simões de Oliveira, 315 – Centro, 89295-000. Rio Negrinho/SC, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/124427524837705>.  
<http://orcid.org/0000-0002-0116-6155>. [amandacbeckers@gmail.com](mailto:amandacbeckers@gmail.com)

***Luís Alexandre Carta Winter***

Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba/PR, Brasil.

## RESUMO

O presente estudo visa à análise da atuação do Conselho do Mercado Comum – órgão máximo do Mercosul –, ao qual incumbe a condução política do processo de integração regional na consecução das políticas públicas em Direitos Humanos. Volta-se, na sequência, ao Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos – IPPDH –, órgão auxiliar exclusivamente direcionado à temática e sua atuação na formação de atores sociais. Para tanto, o trabalho, que trata do viés político e social do Mercosul, perpassa fatores históricos, políticos, sociais, jurídicos e econômicos do bloco, mediante estudo dos institutos da integração regional e do direito ao desenvolvimento e sua relação com a salvaguarda dos Direitos Humanos. A pesquisa teve base deductiva, sendo estudo qualitativo, construído interdisciplinarmente, visando a responder ao problema proposto, qual seja: identificar e analisar qual ou quais as medidas do Conselho do Mercado Comum no desenvolvimento do Mercosul no que se refere às políticas públicas em Direitos Humanos, levando em consideração os objetivos do bloco e seus diálogos com aspectos econômicos, políticos e sociais. Com a construção das seções, responde-se o questionamento levantado na hipótese, demonstrando-se, durante o desenvolvimento do texto, a atuação do CMC na consecução das políticas públicas em Direitos Humanos no Mercosul, para, nas considerações finais, debater-se sobre a referida atuação, seus limites e possibilidades.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Mercosul. Integração regional. Desenvolvimento. Participação social.

**THE ACTING OF THE COMMON MARKET COUNCIL ON PUBLIC HUMAN RIGHTS POLICIES IN MERCOSUR**

## ABSTRACT

This study aims to analyze the performance of the Common Market Council - Mercosur's highest organ, which is responsible for the political conduct of the regional integration process, in the pursuit of public policies on Human Rights. It then follows the Institute of Public Policies on Human Rights – IPPDH, an auxiliary body exclusively focused on the theme and its role in the formation of social actors. To this end, the work, which deals with the political and social bias of Mercosur, permeates the bloc's historical, political, social, legal and economic factors, by studying the institutes of regional integration and the right to development and their relationship with the safeguarding of human rights. Humans. The research had a deductive basis, being a qualitative study, built interdisciplinarily, aiming to answer the proposed problem, namely: to identify and analyze which measures of the Common Market Council the development of Mercosur regarding public policies in Human Rights, leading The bloc's objectives and its dialogues with economic, political and social aspects should be taken into consideration. With the construction of the chapters, we answer the question raised in the hypothesis, demonstrating, during the development of the text, the CMC's performance in the pursuit of public policies on human rights in Mercosur, so that in the final considerations it is possible to debate about this action, its limits and possibilities.

**Keywords:** Human rights. Mercosur. Regional integration. Development. Social participation.

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Panorama social do Mercosul. 3 As decisões do CMC em matéria de direitos humanos. 4 O IPPDH. 5 Considerações finais. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O abalo na conjuntura global, decorrente da Segunda Guerra Mundial, trouxe mudanças irreversíveis na temática da proteção aos Direitos Humanos. A crescente preocupação com a salvaguarda internacional dos Direitos Humanos remonta ao Pacto da Sociedade das Nações e firmemente à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que trouxe verdadeira transformação no entendimento acerca da necessidade de proteção de tais direitos não somente pelos Estados, mas também pela comunidade internacional.

Paralelamente a tal fenômeno, na América Latina, no período Pós-Segunda Guerra, surge uma nova conjuntura regional, na qual os países do continente intentaram reformular seus processos econômicos a fim de fomentar a industrialização e o crescimento econômico.

Foi neste cenário de mudanças globais e regionais que, em 1991, firmou-se o Tratado de Assunção, instituidor do Mercosul. O referido documento formalizou a criação do bloco econômico sem, contudo, relegar à margem das preocupações dos Estados envolvidos o caráter humano e social, sem os quais não se pode, segundo seu preâmbulo, alcançar a integração regional e o esperado desenvolvimento econômico com justiça social, tampouco melhorar a condição de vida dos cidadãos dos Estados-membros como preconizava seu texto.

É justamente este enfoque, de um Mercosul político e não de sua faceta econômica, que este artigo aborda. Muitos foram os documentos posteriores e as disposições complementares ao Tratado de Assunção que delinearam o que hoje representa este bloco, o que se verá em momento oportuno.

O estudo volta-se à atuação do Conselho do Mercado Comum (CMC) na elaboração de políticas públicas em Direitos Humanos, o qual, mediante Decisão – nome dado às duas determinações –, criou órgão auxiliar exclusivamente voltado à temática: o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos – IPPDH. O referido órgão tem atuado principalmente na formação de agentes sociais e na educação em Direitos Humanos, ações sem as quais não se pode falar em instituição de políticas públicas mediante, principalmente, a Escola Internacional de Direitos Humanos do Mercosul.

A atuação do CMC via IPPDH tem se dado de forma horizontal, a fim de fomentar a discussão dos Direitos Humanos e as necessárias políticas públicas não somente entre os Estados, mas, principalmente, por meio daqueles que serão, ao mesmo tempo, atores e objeto de tais políticas – os nacionais dos referidos países.

Assim, diante da importância do Mercosul enquanto bloco econômico – e ainda da importância de um bloco econômico voltar-se ao eixo de proteção aos Direitos Humanos; das mudanças estruturais do bloco, com a movimentação política dos membros e a aproximação de países associados e observadores; e compreendendo que a integração regional só poderá ser alcançada mediante desenvolvimento social e respeito aos Direitos Humanos –, mostra-se de grande relevância o estudo da política de Direitos Humanos do bloco, bem como o estudo dos mecanismos instituídos nesta temática.

## 2 PANORAMA SOCIAL DO MERCOSUL

Ao longo dos anos o bloco ganhou visibilidade, fazendo crescer o interesse de outros países. Hoje é membro efetivo, além dos fundadores Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, a Venezuela, que concluiu seu processo de adesão em 2012, mesmo ano em que se deu a assinatura do Protocolo de Adesão da Bolívia ao bloco, documento que deu início ao processo de adesão do país como Estado-participante (BRASIL, 2019).

O bloco contou ainda com os chamados Estados Associados, que, diferentemente dos membros efetivos, não adotaram a Tarifa Externa Comum – TEC. São eles Chile, Colômbia, Equador, Guiana e Suriname. Há ainda a figura dos “países observadores”, que acompanharam as discussões e decisões do bloco, mas sem poder de participação de decisão. Atualmente são países observadores o México e a Nova Zelândia (BRASIL, 2019).

No intuito de concretizar o proposto, o bloco fixou objetivos específicos para a efetivação da integração regional, dentre os quais a criação de um programa de liberação comercial, que previa a introdução da livre-circulação de bens, serviços e fatores produtivos e o estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum – TEC –, e a

doutrina pontua dois objetivos principais: “aumentar a competitividade intrabloco, em face dos produtos externos (garante a margem de preferência nacional); preservar as conquistas já realizadas; e possibilitar maior unidade nas negociações comerciais com outros Estados e blocos regionais” (VARELLA, 2012, p. 461).

A determinação pela criação de um programa de liberação comercial foi executada com base em um cronograma, o qual, diante de querelas pontuais de execução, teve de ser adequado em algumas ocasiões. A maior parte dos produtos teve, até chegar à tarifa zero, ou seja, liberação total, uma redução gradativa das tarifas (VARELLA, 2012, p. 460).

A ideia inicial era a abrangência total de produtos. Ainda hoje, entretanto, há uma chamada lista de exceção, na qual figuram produtos sob os quais ainda existem as chamadas barreiras comerciais.

Com isto, embora almejasse em sua criação a formação de um mercado comum, o Mercosul é caracterizado, hoje, como uma união aduaneira em fase de consolidação, ou união aduaneira incompleta, como refere-se parte da doutrina. Isto porque ainda não há total superação das barreiras comerciais, posto que muitos produtos estão inseridos na chamada lista de exceção à TEC.

Sobre as características do mercado comum, leciona Winter (2008, p. 75):

O almejado enquadramento como mercado comum visava ir mais além. Inserido no conceito do modelo de associação “mercado comum”, insere-se o propósito pelo atingimento das chamadas cinco liberdades, em tese defendida por Carta Winter. São elas: (i) livre circulação de bens, o que perpassa a necessidade da criação de uma política externa comum e pela implementação da TEC; (ii) livre prestação de serviços; (iii) livre circulação de pessoas; (iv) livre circulação de capitais; (v) liberdade concorrencial, que depende da igualdade de condições e regramentos econômicos, jurídicos, fiscais, políticos e sociais, a fim de submeter igualmente os produtores dos Estados-partes. Tal modelo é mais abrangente que a União Aduaneira, eis que prevê não somente a livre circulação de pessoas, mas também dos demais fatores produtivos, razão pela qual torna-se também mais árduo de alcançar, diante da necessidade de harmonização de diversos setores. A União Aduaneira, que visa a “eliminação das restrições comerciais tarifárias e extra-tarifárias, adoção de regras comuns para importação e exportação de produtos”. Trata-se de uma área de livre-comércio – descrita no artigo XXIV, 8, “b” do GATT, como “um grupo de territórios aduaneiros entre os quais se eliminam os direitos de aduana e as demais regulamentações comerciais restritivas com respeito ao essencial dos intercâmbios comerciais dos produtos originários dos territórios constitutivos da dita zona de livre comércio” – acrescida do instituto da chamada tarifa externa comum, somada ainda de outras medidas que resultaram uma política comercial externa comum.

A referida lista de exceções inicialmente foi elaborada com um restrito número de produtos – e, em tese, deveria ser progressivamente revisada para excluir tais exceções e acaba por ser renovada sucessivamente, dificultando a exclusão total das exceções.

Veja-se que os mecanismos determinados no Tratado de Assunção para a instituição do sonhado mercado comum, visam, além do fomento econômico dos Estados-partes, a fomentar iguais oportunidades de crescimento aos países desenvolvidos, com base nos princípios da cooperação e reciprocidade constantes do Tratado. “O mercado comum deveria dar oportunidades iguais de aceleração do desenvolvimento a todo e qualquer país latino-americano” (CEPAL, 2017). Assim, haveria uma tendência a diminuir assimetrias econômicas e sociais dos membros. “Mas, como as situações relativas dessas nações são desiguais, em virtude de seus diferentes graus de evolução, impõe-se um tratamento diferenciado para conseguir, na medida do possível, essa igualdade de oportunidades em relação ao mercado comum” (BIELSCHOWSKY, 2017 . p. 350).

Embora não sejam o objeto do presente estudo, os aspectos econômicos não podem ser relegados à margem da análise, um dos objetivos do Mercosul, dada a importância dos números que o bloco representa na atualidade. Os Estados-partes do bloco “abrangem, aproximadamente, 72% do território da América do Sul; 70% da população sul-americana e 77% do PIB da América do Sul em 2012 (US\$ 3,18 trilhões de um total de US\$ US\$ 4,13 trilhões, segundo dados do Banco Mundial)” (BRASIL, 2019).

Não obstante a importância do fator econômico do bloco, e todas as adaptações havidas institucionalmente no Mercosul econômico, é relevante para o deslinde deste trabalho ressaltar as modificações havidas na estrutura do Mercosul político e no que diz respeito à integração regional e ao fator humano.

Nestas quase três décadas de existência foi necessário adequar a estrutura institucional do bloco. A fim de instrumentalizar os firmados compromissos, hoje o bloco conta com o Parlamento do Mercosul – Parlasul –, que, até 2020, deverá contar com eleições diretas para o preenchimento das vagas, calculadas de acordo

com o “princípio da proporcionalidade atenuada: há um número mínimo de representantes por Estado Parte (18 por país) e uma escala de assentos adicionais a ser aplicado para cada Estado Parte em proporção à sua população” (PARLASUL, 2017).

Com sede em Montevidéu, criado em 2005, o Parlasul, “instituição de caráter permanente e de natureza consultiva, e, portanto, sem competência legislativa, mas com a finalidade de representar os interesses dos cidadãos” (GOMES, 2011, p. 49), tem como objetivo principal “emitir opiniões sobre os diferentes aspectos do processo de integração” (VARELLA, 2012, p. 464).

Seu protocolo instituidor expressa o compromisso com a consolidação da democracia e dos Direitos Humanos no âmbito do Mercosul, trazendo, ainda, a possibilidade de interação entre a instituição e os cidadãos dos Estados-partes, principais interessados na efetivação de tais direitos. “Referido distanciamento, entre as instituições do bloco econômico e os interesses dos cidadãos, pode ser suprido com a atuação, cada vez maior, do Parlamento do Mercosul, de forma a legitimar a adoção das referidas políticas, tornando-se um foro, ainda que político, para a inclusão, debate e efetivação de outras políticas, como a democracia, proteção aos direitos humanos, redução das diferenças sociais e realização de investimentos estruturais nos países” (GOMES, 2011, p. 50).

Cabe ao Parlamento preservar o regime democrático nos Estados-Partes; elaborar e publicar anualmente um relatório sobre a situação dos Direitos Humanos nos Estados-Partes; requerer informações aos demais órgãos no que se refere às questões do processo de integração; convocar, via CMC, os representantes dos demais órgãos para avaliar e trocar informações sobre o processo de integração, dentre outras funções.

A criação de um órgão de participação social e muitas outras políticas na área dos Direitos Humanos, que serão analisadas no último tópico deste trabalho, reforça a ideia de que, ainda que em sua origem, o Mercosul tenha finalidade econômica, e hoje se pauta também pela necessidade de redução das desigualdades sociais e não somente comerciais e econômicas, premente à necessidade de investimentos estruturais nos Estados-partes, a fim de se alcançar o sucesso da almejada integração (GOMES, 2011, p. 58).

O objetivo da integração regional só poderá ser alcançado com o compromisso dos Estados-partes em “conjugar esforços na adoção de políticas conjuntas e que tenham por finalidade valorizar os Direitos Humanos, direitos sociais e a democracia” (GOMES, 2011, p. 59), posto que democracia e Direitos Humanos são valores essenciais para qualquer processo de integração.

Neste contexto, em 1998 o Protocolo de Ushuaia “firmou um pacto pela democracia no âmbito do Mercosul, no sentido de que a manutenção das instituições democráticas seria condição indispensável para existência e desenvolvimento do bloco” (MORAES, 2017, p. 1). Dentre várias disposições importantes, o documento previu punições para os Estados que estivessem sob ameaça ou tivessem sua ordem democrática rompida, dentre as quais destaca-se o previsto no artigo 5º: “a suspensão do direito de participar nos diferentes órgãos dos respectivos processos de integração até a suspensão dos direitos e obrigações resultantes destes processos” (MERCOSUL, 2020).

O referido documento ganhou destaque no cenário internacional por ocasião da suspensão do Paraguai em decorrência do *impeachment* do então presidente Fernando Lugo. A forma de sua saída da chefia de governo do país foi considerada pelos demais Estados-partes “nítida ofensa ao devido processo legal e ao direito de ampla defesa, traduzindo-se, portanto, em medida arbitrária, não condizente com os princípios do Estado Democrático de Direito” (MORAES, 2017, p. 12), razão pela qual foi tomada a decisão de suspensão do Estado no bloco.

Tal suspensão, ocasionada pela quebra da cláusula democrática preconizada no Protocolo de Ushuaia, acabou por contribuir para a aprovação do ingresso da Venezuela como membro efetivo do bloco, o que não era anuído pelo Paraguai, que não pode se opor no momento justamente em razão da suspensão.

Controversa desde o início, a participação da Venezuela como membro efetivo do Mercosul voltou ao noticiário internacional em dezembro de 2016, quando o país foi suspenso por não ter cumprido a pauta comercial acordada como requisito para sua admissão no bloco. Não obstante, curiosamente, em abril de 2017, os Estados-partes convocaram uma reunião de emergência na qual a chancelaria presente leu um comunicado oficial requerendo que o país respeitasse a separação de poderes e a ordem democrática, consignando o início da aplicação da cláusula democrática ao país, que vive uma crise política (EL PAÍS, 2017).

Paralelamente a tais questões de reafirmação da ordem democrática nos Estados-partes, em 2004 adveio o Protocolo de Olivos, que instituiu o atual sistema de solução de controvérsias do Mercosul, instaurando o Tribunal Permanente de Revisão – TPR. Anteriormente, o sistema era baseado no Protocolo de Brasília de 1991 e no Protocolo de Ouro Preto de 1994, e, após o início dos procedimentos arbitrais, foi verificada a “necessidade de instituição de uma nova sistemática visando a necessidade de garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do processo de integração” (MARTINS, 2006, p. 80).

Verifica-se, pois, que foram várias as mudanças institucionais do Mercosul ao longo dos anos. Há que se considerar o foco ao setor político e social do bloco, dentre os quais se destaca a salvaguarda aos Direitos Humanos, ora objeto de estudo, conforme se verá adiante.

### 3 AS DECISÕES DO CMC EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

O Conselho do Mercado Comum, órgão político máximo do Mercosul, tem, ao longo da história do bloco, intensificado sua atuação na temática dos Direitos Humanos mediante suas decisões, e as mais relevantes e transversais ao tema serão ora abordadas.

Em 1991 a Decisão 07/1991 explicitou sua preocupação com a educação enquanto Direito Humano fundamental e fator essencial para o fortalecimento do processo de integração. Consignou uma vez mais sua intenção em fomentar o bem-estar e a justiça social na região, propondo um grupo de trabalho formado pelos ministros da Educação dos Estados-partes.

Em 1992, por meio da Decisão 07/1992, reafirmando a premissa de que a educação enquanto Direito Humano fundamental é de igual forma importante para o processo integrador, o bloco instituiu o Plano Trienal de Educação, cujos objetivos eram (i) a formação de consciência cidadã como mecanismo de integração; (ii) a capacitação de recursos humanos para promover estratégias de desenvolvimento na área da educação; e (iii) a compatibilização e harmonização dos projetos educacionais dos envolvidos. Isso demonstra a positivação de uma política voltada à área já considerada estratégica em Decisão anterior, o que sinaliza a transformação em política pública por meio da criação do Plano Trienal – o Direito Humano à educação reconhecido no documento citado anteriormente.

A Decisão 001/1995 confirmou a manutenção das reuniões ministeriais nas áreas temáticas consideradas estratégicas, sem prejuízo de criação de outras. O referido documento, embora não crie efetivamente inovação na área e não se trate propriamente de política instituída, é importante por reafirmar a preocupação com as temáticas transversais estratégicas em Direitos Humanos, confirmando-o como um dos temas prioritários no bloco.

A Decisão 003/1995 criou a reunião de ministros da Saúde, com o intuito de propor políticas na área da saúde, entendendo o documento ser conveniente à integração regional. A coordenação de políticas conjuntas na área, a fim de efetivar o disposto no Tratado de Assunção, preconiza o desenvolvimento humano e a justiça social dos membros.

Em 1995 o CMC decidiu pela criação da Reunião de Ministros da Cultura, com vistas a promover a difusão de conhecimentos da cultura e valores tradicionais dos Estados-partes, cabendo às autoridades reunidas propor políticas de cooperação na área da cultura.

A Decisão 09/1996 firmou o Protocolo de Integração Educacional para a formação de recursos humanos no nível de Pós-Graduação entre os países membros do Mercosul. O documento tem como fundamento o importante papel da educação no processo da integração regional, tendo como base a cooperação entre os Estados e suas instituições de ensino, com o objetivo de promover o desenvolvimento harmônico da região, principalmente no que se refere à formação de recursos humanos em âmbito de Pós-Graduação.

Para instrumentalizar tal propósito, o documento prevê uma série de objetivos a serem trabalhados pelos órgãos responsáveis pela Pós-Graduação em cada país membro (ROSEVICS, 2015, p. 120) – no Brasil a Capes, como o estabelecimento de critérios comuns de avaliação no nível de Pós-Graduação; a criação de um sistema de intercâmbio de docentes e discentes; a cooperação entre pesquisadores; a instituição de cursos em áreas estratégicas; sem prejuízo de outras.

Mediante a Decisão 11/1996 adveio o Protocolo de Integração Cultural do Mercosul, no qual os Estados-partes, movidos pelo respeito à diversidade de identidades e cientes de que a difusão cultural é elemento importante no processo de integração, comprometem-se a promover projetos culturais conjuntos. Seus artigos preveem a criação de iniciativas nas áreas artísticas, de pesquisa, de televisão, de cinema, de bibliotecas, de museus, entre outras, buscando abranger as mais diversas formas de manifestação cultural.

A Decisão 19/1997 institui o Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercosul, que reconheceu o direito à seguridade social aos trabalhadores – e seus familiares – que tenham prestado serviços em quaisquer dos Estados-Partes, sendo ou não nacionais destes. O documento prevê que sua aplicação se dará de acordo com a legislação e consequentes prestações pecuniárias e de políticas de assistência de cada país.

A Decisão 22/1997 instituiu o Protocolo de Intenções entre o Mercosul e a ONU para a educação, a ciência e a cultura. Mercosul e Unesco, no intuito de promover o desenvolvimento regional, firmaram o documento a fim de elaborar projetos de cooperação nas áreas citadas, a fim de fomentar a integração regional.

Mediante a Decisão 25/1997, o CMC prorrogou a vigência do Plano Trienal para o setor de educação, por considerar a área estratégica para a consecução do processo integrador.

A Decisão 13/1998 efetivou novo Plano Trienal de Metas para o Setor Educacional, com abrangência de 1998 a 2000. O referido documento veio solidificar o disposto nas decisões 07/1991 e 07/1992, reiterando a importância da educação para a integração regional e melhoria na qualidade de vida dos nacionais dos Estados-partes, pautado pelo respeito à diversidade, à autodeterminação, ao compromisso democrático e à educação de qualidade.

O documento traz ainda resultados dos sete anos de existência do chamado setor educativo do bloco, que, segundo o documento, conseguiu importantes êxitos na área, dentre os quais se destacam: (i) a aprovação de protocolos facilitadores do reconhecimento de certificações e consequente livre-circulação de estudantes; (ii) início dos trabalhos de adequação dos currículos educacionais e de incentivo de aprendizagem às línguas dos países e suas peculiaridades em história e geografia; (iii) aprovação de protocolos facilitadores para o intercâmbio de discentes e docentes; e (iv) criação de um sistema de comunicação no setor educacional do Mercosul.

Veja-se a importância de referido documento, que elencou os avanços obtidos no setor educacional, sendo possível, assim, visualizar mais claramente os resultados conquistados no que diz respeito à educação, com medidas relevantes de intercâmbio de conhecimento e reconhecimento da relevância dos aspectos regionais, geográfico, históricos e culturais dos povos no ensino regular.

A Decisão 61/2000, que prevê a criação da Reunião de Ministros e Autoridades de Desenvolvimento Social do Mercosul, já determinada na Carta de Buenos Aires, resultado da XVIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, instituiu o Foro de Consulta Política do Mercosul, que, conjuntamente com a Reunião dos Ministros, deve propor medidas com o fito de fomentar o desenvolvimento social dos Estados-Partes.

A Decisão 15/2001 criou um grupo de trabalho chamado Setor Educacional do Mercosul – SEM –, responsável “pela condução dos estudos e das viabilidades dos acordos a serem propostos para a área educacional do bloco” (ROSEVICS, 2015, p. 118), tendo criado, ainda, o primeiro plano de trabalho da área.

Novamente o direito à educação foi objeto do CMC mediante a Decisão 26/2002, que aprovou acordos de cooperação firmados na XXIII Reunião dos Ministros da Educação do Mercosul, da Bolívia e Chile, firmando documentos no intuito de uniformizar o reconhecimento de certificados e fomentar os recursos humanos mediante programas de Pós-Graduação com os países citados.

A Decisão 24/2004 criou o Centro Mercosul de Promoção ao Estado de Direito. O documento parte da premissa de que o Estado de Direito tem como base a democracia e a eficácia das instituições, sendo, ainda, essencial para este a proteção aos Direitos Humanos, as liberdades e o desenvolvimento dos países envolvidos. Com esta finalidade, o Centro criado visa à pesquisa nas temáticas correlatas e à criação de políticas de capacitação e difusão dos recursos humanos. A determinação era de que as atividades fossem desenvolvidas na sede do Tribunal Permanente de Revisão em Assunção. A proposta compreendia a realização de conferências e seminários, cursos de capacitação, programas de intercâmbio e a manutenção de um *sítio* na internet e de uma biblioteca própria.

A Decisão 37/2004 instituiu projetos de acordos de cooperação contra o tráfico de pessoas entre o bloco, Chile e Bolívia, visando à edição de medidas para mapear, prevenir e combater o problema. O referido documento demonstra a sinergia do CMC com problemáticas relevantes a atuais ao bloco, como o enfrentamento do tráfico de pessoas.

Os Estados-partes já haviam assinado e ratificado o Protocolo Adicional à Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, o chamado Protocolo de Palermo (SOARES, 2011, p. 188), tendo se comprometido não só internamente em realizar ações contra o fato, mas agido também em âmbito regional.

A Decisão 40/2004 instituiu a Reunião de Altas Autoridades sobre Direitos Humanos do Mercosul – RAADH. A criação de órgão específico à temática levou em consideração a necessidade de um núcleo de atenção aos Direitos Humanos, considerados fundamentais para a consecução de sociedades livres nos países membros e na busca do desenvolvimento econômico e social.

Nesta mesma linha, o estudo de Ignacy Sachs atrela o desenvolvimento aos Direitos Humanos em um processo de luta. Para ele “a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta, antes de serem reconhecidos como direitos” (SACHS, 1998, p. 156).

Verificou-se, neste cenário, a necessidade de que os Estados não mais agissem isoladamente nesta temática, mas criassem mecanismos de ação conjunta. “O Estado se acha integrado na comunidade internacional, e é missão nacional de cada povo que decide sua posição de equilíbrio na ordem da humanidade” (MELRELLES, 1991, p. 48).

Trata-se de um grande avanço na temática de proteção aos Direitos Humanos, que, agora, além de serem abordados por políticas transversais nos mais diversos setores do bloco, passaram a contar com um órgão especificamente voltado ao assunto, o que demonstra o destaque que a temática – já presente no Tratado de Assunção – veio adquirindo no bloco ao longo dos anos.

Em 2005, Bolívia, Chile, Colômbia e Venezuela, países observadores, fizeram compromissos de salvaguarda ao Compromisso Democrático do Mercosul, por meio das decisões 14/2005, 15/2005 e 16/2005.

Da Decisão 17/2005 adveio o Protocolo de Assunção sobre compromisso com a promoção e proteção dos Direitos Humanos no Mercosul, reconhecendo expressamente que a proteção efetiva aos Direitos Humanos é indispensável para a consolidação do processo de integração regional.

O Protocolo reafirmou os compromissos firmados em documentos anteriores, como o Protocolo de Ushuaia, o Compromisso Democrático do Mercosul e a própria Carta Democrática Interamericana, consignando que o respeito aos Direitos Humanos é fundamental à democracia, a qual deve ser protegida e promovida mediante cooperação dos Estados-partes, que, nos termos do protocolo, se compromete a verificar casos de violação de direitos havidos em seus territórios.

Este novo instrumento, ratificado por todos os membros, envolve uma mudança qualitativa importante no Mercosul, porque os Direitos Humanos estão entrincheirados como um fator chave no processo de integração. São destacados os princípios comuns, a vocação dialógica com o sistema universal e o interamericano, assim como o dever fundamental de proteger, promover e garantir os Direitos Humanos como uma condição para a consolidação do bloco (ANTONIAZZI, 2017, p. 12).

A Decisão 19/2006 encomendou à Comissão Permanente de Representantes do Mercosul que elaborasse um projeto de Instituto Social do Mercosul, que trabalhasse conjuntamente com a Secretaria Permanente Social a fim de traçar diretrizes para atuação na área citada, o que se concretizou, conforme será visto mais adiante, na Decisão respectiva, sendo hoje órgão auxiliar de grande relevância na consecução de políticas públicas sociais.

A Decisão 24/2006 encomendou a criação de um projeto para um Observatório da Democracia no Mercosul, considerando que é dever do bloco fomentar projetos de desenvolvimento humano, democrático e social nos Estados-partes.

Mediante a Decisão 34/2006 o bloco elaborou diretrizes para a elaboração de um plano de diminuição das assimetrias dos partícipes, principalmente no que se refere ao Paraguai e Uruguai, cuja situação de pontuais diferenças já tinha sido apontada no Tratado de Assunção. Tal plano englobaria traçar objetivos de curto, médio e longo prazos na temática, criar instrumentos de política comunitária e criar ações para fomentar as economias locais.

A Decisão 03/2007 previu a criação do Instituto Social do Mercosul, que visava a fomentar a dimensão social e o desenvolvimento do bloco, superar as assimetrias, sistematizar indicadores sociais e promover o intercâmbio de boas práticas sociais. Atualmente, o ISM tornou-se verdadeira ferramenta de fortalecimento institucional, sendo organismo técnico de apoio bastante atuante nas ações sociais promovidas pelos Estados, dentre as quais a elaboração de cursos de formação de agentes na temática (STF, 2017).

A Decisão 05/2007 instituiu o Observatório da Democracia do Mercosul, que, dentre os principais objetivos, tinha o fortalecimento das instituições democráticas e do disposto no Protocolo de Ushuaia. O Observatório reuniria agentes dos Estados-partes, os quais seriam responsáveis pela nomeação de observadores para trabalhar no projeto, que visa à difusão e efetivação do disposto no Protocolo de Ushuaia, o fortalecimento de seus objetivos e o acompanhamento dos processos eleitorais nos Estados-partes (RIBEIRO, 2017, p. 184).

O Acordo entre Estados-partes do Mercosul e Estados Associados sobre cooperação regional para a proteção dos direitos das crianças e adolescentes em situações de vulnerabilidade, foi instituído por meio da Decisão 25/2008 e, posteriormente, instrumentalizado pela aprovação da criação da base de dados sobre a criança e o adolescente em situação de vulnerabilidade, estabelecida pela Decisão 26/2008.

A Decisão 37/2008 deliberou sobre a estrutura institucional do ISM, trazendo observações gerais administrativas e fiscais sobre o órgão. A preocupação social do Mercosul levou o bloco a elaborar a Decisão 39/2008, que instituiu uma Comissão de Ministros de Assuntos Sociais, criado como um órgão auxiliar ao CMC, visando a trabalhar especificamente na temática e criar planos de ação na área.

A Decisão 14/2009 criou o Instituto de Políticas Públicas e Direitos Humanos – IPPDH – com o fito de fomentar a elaboração de políticas públicas voltadas à temática, compreendendo que a efetivação dos Direitos Humanos são fundamentais para o desenvolvimento do bloco.

A Decisão 12/2010 previu a estrutura organizacional o Instituto de Políticas Públicas e Direitos Humanos, tendo sido aprovado seu orçamento pela Decisão 13/2010. O IPPDH, frise-se, será objeto de estudo do próximo item.

A participação social foi tema da Decisão 65/2010 que criou a unidade de apoio à participação social, promovendo a coordenação de políticas públicas na área, tendo sido complementada pela Decisão 67/2010, que originou o Plano Estratégico de Ação Social do Mercosul, o qual foi complementado pela Decisão 12/2011, que estabeleceu novas metas ao Plano.

A Decisão 27/2011 aprovou o Protocolo de Montevidéu sobre o compromisso com a Democracia no Mercosul, que veio reiterar o já disposto no documento anterior e estabelecer parâmetros de atuação e sanções por ocasião de possíveis violações.

Com a Decisão 14/2012 instituiu-se a Diretriz para a Política de Igualdade de Gênero, que visava a estabelecer uma política especialmente voltada para esta temática, haja vista a importância da criação de ações afirmativas no setor.

A Decisão 44/2012 criou o fundo para convergência estrutural do projeto “Construindo uma infraestrutura em Direitos Humanos”, que visava a fomentar a captação e gerenciamento estratégico de recursos na temática dos Direitos Humanos, fortalecendo a atuação do IPPDH, a participação social e a formação de atores regionais para atuarem neste seguimento.

A Decisão 07/2015 traçou diretrizes para a Política de Bons Tratos à criança e ao adolescente, objetivando a prevenção da violência enquanto mecanismo de consolidação dos Direitos Humanos da infância e juventude e preconizando o crescimento seguro e em ambiente saudável, com acesso à educação, saúde, alimentação adequada e outros.

A Decisão 08/2015 institui diretrizes para a criação de uma Política de Educação e Cultura em Direitos Humanos, com o fito de fortalecer a educação em Direitos Humanos no âmbito regional, promovendo a cidadania, a cultura de paz e o respeito à democracia.

A Decisão 09/2015 organizou a Reunião de Ministros e Autoridades sobre o Direitos dos Afrodescendentes, considerando a importância da diversidade de formação histórica e populacional dos Estados-partes do bloco.

O Fundo para a convergência estrutural do Projeto “Mercosul social” foi instituído pela Decisão 37/2015. O projeto trouxe a previsão de custos e origem do fomento, perpassando as disposições do Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul (Focem), esclarecendo, ainda, as principais áreas estratégicas de investimento.

Verifica-se, pois, que o CMC tem, ao longo dos anos, emitido Decisões nos mais variados temas atinentes à salvaguarda dos Direitos Humanos no bloco. A criação da RAADH e, posteriormente, do IPPDH demonstram a importância que a temática tem para a consecução do desenvolvimento e da integração regional, conforme se verá adiante.

#### 4 O IPPDH

A salvaguarda aos Direitos Humanos é premissa basilar para um Estado comprometido com o desenvolvimento de seus cidadãos. “A teoria crítica dos Direitos Humanos propõe um diálogo intercultural como mecanismo de interação entre as diferentes culturas. Uma inter-relação pautada pelo reconhecimento e respeito à diferença” (SOUZA JÚNIOR; ESCRIVÃO FILHO, 2016, p. 34).

No âmbito do Mercosul, “uma constatação que se impõe reside no reconhecimento do alto grau de heterogeneidade dos países que integram o Mercosul, tanto do ponto de vista do seu crescimento econômico recente quanto das condições de vida de sua população” (PITANGUY; HERINGER, 2017, p. 12).

A preocupação com a salvaguarda dos Direitos Humanos, que já era recorrente nas decisões do CMC, conforme verificado no item anterior, consolidou-se com a Decisão 40/04, que deu origem à Reunião das Altas Autoridades sobre Direitos Humanos do Mercosul – RAADH.

Verifica-se que a Decisão prevê uma “atuação conjunta com os órgãos competentes na matéria dos Estados-Partes e Associados, visando à pesquisa, capacitação e assessoramento técnico na construção de políticas públicas voltadas à temática dos Direitos Humanos, sendo o responsável pelo direcionamento estratégico das ações da temática no bloco” (WINTER; BECKERS, 2016, p. 11).

Confirmou-se, no ano seguinte, quando os países membros assinaram o chamado Protocolo de Assunção sobre o Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul, reafirmando os princípios e normas contidos na Declaração Americana de Direitos e deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos regionais de Direitos Humanos, assim como na Carta Democrática Interamericana e ressaltando o expressado na Declaração e no Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, que a democracia, o desenvolvimento e o respeito aos Direitos Humanos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente.

“O respeito e a promoção dos Direitos Humanos constituem condições indispensáveis para a integração” (IPPDH, 2016). O bloco tem compreendido o tema como de central importância, considerando sua estreita relação com a democracia dos Estados-partes. Neste sentido, “os Direitos Humanos não são pensados apenas como um limite para a opressão e para o autoritarismo, mas também como um guia para o desenvolvimento de políticas públicas e o fortalecimento das instituições democráticas” (IPPDH, 2016).

Neste contexto, verifica-se uma verdadeira modificação na concepção do papel dos Estados, que não mais devem somente respeitar os Direitos Humanos, mas, sim, promover ações para concretizá-los. “Ao mesmo tempo, impacta na concepção dos Direitos Humanos, como campo específico de política pública e como um enfoque a ser incorporado em políticas governamentais” (IPPDH, 2016).

Rui Duguit (2009, p.75) já apontava para uma modificação na função do Estado, esposando sua tese de uma nova concepção, pautada pela realidade social e voltada para a natureza sociológica do fenômeno jurídico, diminuindo a distância imposta ao direito, por parte da doutrina, para com as demais ciências sociais.

Essas mudanças têm envolvido uma adequação na concepção do papel dos Estados, que não só devem respeitar os Direitos Humanos, mas também para promover medidas eficazes para garantir suas ações de exercício. Por sua vez, eles têm impactado o conceito de direitos humanos como um campo específico de política pública e como uma abordagem para incorporar nos campos que definem as políticas do governo (PATRINÓS, 2014, p. 114).

É neste cenário, “voltado à função de existir, que se vislumbra a necessidade da integração regional entre os Estados e implementação de políticas públicas em Direitos Humanos” (WINTER; BECKERS, 2016, p. 2).

Neste contexto, o Mercosul consolida sua dimensão social e política apoiando os governos na implementação de estratégias nacionais em direitos humanos, favorecendo a coordenação entre as políticas dos diferentes Estados e incentivando estratégias regionais para avançar nos direitos e na cidadania. Ao mesmo tempo, favorece a participação social de alcance regional sobre temáticas fundamentais para o aprofundamento das democracias na região (IPPDH, 2016).

Diante de tal quadro, visando à integração regional, e preocupado com o desenvolvimento e a qualidade de vida dos cidadãos dos Estados-partes, e ciente das diferenças de realidade social entre os membros, o bloco tem atuado na temática, como já visto, mediante as decisões do Conselho do Mercado Comum. “O aprofundamento das relações dentro do bloco levará os países-membros a buscarem soluções em conjunto e equalização de dispositivos jurídicos internos (além de acordos entre si) para dar continuidade ao processo de integração” (PITANGUY; HERINGER, 2017, p. 19).

O Mercosul consolida sua dimensão social e política apoiando os governos na implementação de estratégias nacionais em direitos humanos, favorecendo a coordenação entre as políticas dos diferentes Estados e incentivando estratégias regionais para avançar nos direitos e na cidadania. Ao mesmo tempo, favorece a participação social de alcance regional sobre temáticas fundamentais para o aprofundamento das democracias na região (IPPDH, 2016).

No âmbito da RAADH, adveio a proposta de criação de um organismo regional de direitos humanos, cujos trabalhos seriam baseados na identidade e no desenvolvimento dos países do bloco, concretizada mediante a já abordada Decisão 14/09 do CMC, que instituiu o Instituto de Políticas Públicas e Direitos Humanos do Mercosul.

O IPPDH tem por objetivo contribuir aos processos de planejamento, implementação e consolidação das políticas públicas em direitos humanos como marca central da identidade, do desenvolvimento e da integração dos países do Mercosul. Tem como funções principais a cooperação técnica, a pesquisa, a capacitação e o apoio à coordenação de políticas regionais de direitos humanos (IPPDH, 2016).

A criação de um órgão especializado voltado à temática, visou, sobretudo, a incentivar o fortalecimento da proteção dos referidos direitos intramuros, “mediante a concretização de políticas públicas em direitos humanos, que permitam a efetiva e eficaz implementação dos direitos humanos como eixo fundamental da identidade e do desenvolvimento do Mercosul” (RIBEIRO, 2011, p. 305).

Veja-se que a preocupação do bloco com o tema não fica no campo teórico, uma vez que o objetivo é instituir políticas públicas que efetivem os direitos positivados. Tão controverso quanto o conceito de Direitos Humanos, o conceito de política pública, ora utilizado neste trabalho, é de que o termo não se limita apenas à norma ou à busca pela efetividade da norma, mas a um complexo de normas e decisões do Poder Público que visa a efetividade do disposto na lei (KROLING; MARTINS, 2006, p. 154).

Com este fito, foi criado o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul (IPPDH), órgão que atua em diversas frentes de direitos, conforme necessidade específica detectada.

A Reunião de Altas Autoridades em Direitos Humanos e Chancelarias do Mercosul e Estados Associados – RAADH – e 114 do Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos – IPPDH são configurações institucionais do Mercosul contribuir para a formação de uma comunidade política com o compromisso de respeitar e promoção de Direitos Humanos, enquanto eixo fundamental da identidade e desenvolvimento da região (Mercosul/CMC/DEC. N° 26/03, N° 40/04 YN 17/05) (tradução nossa) (PATRINÓS, 2014, p. 114).

Trata-se de um conjunto de países em desenvolvimento, dos quais surge a necessidade de políticas públicas em proposta ao desenvolvimento aos Direitos Humanos e ao desenvolvimento social. Dentre as ações necessárias pode-se pontuar, com destaque, a transferência de renda, a promoção da cidadania, a prestação social e a formação sobre garantias e direitos (COELHO; TAPAJÓS; RODRIGUES, 2010, p. 20).

Considerando-se as diferenças sociopolíticas entre os países do bloco, é mais do que necessária a criação de uma diretriz que possibilite a formação intercultural e interdisciplinar sobre o assunto, pois “os direitos se constroem e desconstroem na medida dos contextos de desenvolvimento político e social de cada sociedade, em sua própria história” (SOUZA JÚNIOR; ESCRIVÃO FILHO, 2016, p. 38).

O desenvolvimento de uma educação intercultural na perspectiva apresentada é uma questão complexa, atravessada por tensões e desafios. Exige problematizar diferentes elementos do modo como hoje, em geral, concebemos nossas práticas educativas e sociais. As relações entre Direitos Humanos, diferenças culturais e educação colocam-nos no horizonte da afirmação da dignidade humana num mundo que parece não ter mais essa convicção como referência radical. Nesse sentido, trata-se de afirmar uma perspectiva alternativa e contra-hegemônica de construção social, política e educacional (tradução nossa) (CANDAU, 2008, p. 52).

Com este propósito, o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul (IPPDH) atua em diversas frentes de direitos, conforme necessidade específica detectada.

O Instituto cria ainda comissões específicas em temáticas estratégicas, de acordo com a demanda social, tais como: comissão da pessoa com deficiência; comissão de combate à discriminação, racismo e xenofobia; comissão de gênero; comissão do idoso; comissão LGBT e outras, visando a fomentar a discussão e a formação de políticas em áreas estratégicas.

O IPPDH produz pesquisa aplicada na área, realizando estudos de necessidade e viabilidade sobre a criação de políticas específicas em determinadas regiões. Desenvolve, ainda, ações de capacitação voltadas aos atores estatais, por meio da Escola Internacional de Política Pública em Direitos Humanos, que presta assistência técnica na área e proporciona cursos voltados à temática, tendo como público-alvo atores sociais e funcionários de instituições dos Estados-membros.

Como eixo de ação transversal aos temas de política acima mencionados e como fator fundamental para o desenvolvimento de políticas públicas de direitos humanos, o IPPDH apóia o fortalecimento de uma instituição pública de direitos humanos em nível nacional e regional. São iniciativas de capacitação de servidores públicos, geração de sistemas de informação técnica úteis para a gestão pública, bem como elaboração de diagnósticos, avaliações e apoio ao planejamento de políticas de direitos humanos (PATRINÓS, 2014, p. 115).

Entre as principais atividades desenvolvidas pelo IPPDH estão as palestras e debates na área, proporcionando intenso diálogo sobre a temática das políticas públicas de Direitos Humanos entre Estados e membros da sociedade civil. “A luta contra a exclusão deve ser abordada por meio de formas de se fazer que habilitem e capacitem as pessoas. As políticas públicas devem buscar incorporar instrumentos de participação e de fortalecimento do capital humano” (COELHO; TAPAJÓS; RODRIGUES, 2010, p. 117).

Mediante cooperação técnica internacional, o Instituto oferece apoio nos processos de formulação, execução e avaliação de políticas públicas nacionais para as autoridades e instituições de Direitos Humanos dos Estados-Partes e Associados do Mercosul.

O IPPDH traça suas diretrizes de trabalho mediante planos de ação anuais, prestando contas semestralmente das atividades desenvolvidas.

No Plano de Ação definimos nossa missão que é fortalecer os direitos humanos como um eixo fundamental da identidade e integração regional por meio da cooperação e coordenação de políticas públicas. Nossa visão é ser uma referência de organismos regional de ações estratégicas em políticas públicas em Direitos Humanos (IPPDH, 2016).

O objetivo da iniciativa de consulta aos Estados-membros é articular sociedade civil e atores estatais, promovendo integração entre as organizações dos Estados, visando à consolidação do debate sobre a temática no âmbito regional.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo destas décadas foram muitas as mudanças no Mercosul econômico, rotineiramente objeto de estudos acadêmicos e digressões interessantes sobre o futuro do bloco enquanto união aduaneira, e sua permanente intenção de conformação em mercado comum. Pouco se viu entretanto como como objeto de pesquisa seu viés humano e social.

É difícil ponderar a que se deve tal fato, uma vez que, como visto ao longo do presente trabalho, desde o preâmbulo do Tratado de Assunção, seu documento instituidor, já se vislumbrava a preocupação com a dignidade e qualidade de vida dos cidadãos dos Estados-partes e a justiça social. Como falar em melhoria da dignidade, qualidade de vida e justiça social sem voltar as atenções à temática dos Direitos Humanos? Indo além, como falar em desenvolvimento e integração regional sem atentar à salvaguarda dos Direitos Humanos?

Com o presente trabalho entendeu-se que não é factível tal possibilidade. Mediante o estudo da estrutura do bloco, a evolução histórica dos processos de integração regional e a atual conjuntura dos Estados-partes, não raras vezes acometidos por questões sociais, humanas e democráticas, restou confirmada a hipótese de que não há integração regional no bloco, e desenvolvimento – nos termos utilizados na construção teórica desta pesquisa –, sem proteção aos Direitos Humanos.

Ainda que assim não fosse, e não compreendida como crucial a proteção aos Direitos Humanos, como relegar à margem a questão da salvaguarda aos Direitos Humanos em países de grande assimetria social e com “democracias” tão jovens?

A preocupação com temas que não o foco principal do bloco, demonstra a importância que os Direitos Humanos tinham mesmo no princípio das atividades. As questões de difusão de conhecimento e da atuação em educação e formação de agentes, temática da primeira Decisão alinhada ao eixo humano, sempre figurou entre as ações mais recorrentes do CMC, o que demonstra a preocupação, presente desde os idos de 1991, com a difusão de conhecimento e educação em Direitos Humanos como premissa basilar para fomentar o estabelecimento de outros temas transversais.

Certamente ainda há muito a ser feito, principalmente no que diz respeito à divulgação de tais políticas, à formação de agentes e à participação social, posto que para que haja intensa participação é necessário que os grupos de interesse, movimentos sociais e atores da sociedade civil tenham conhecimento de tais ações e possam usufruir de tal política, absorvendo conhecimento institucional, dialogando com agentes de outros países, compreendendo de que forma dar mais visibilidade às suas causas e assim promover a salvaguarda dos Direitos Humanos.

## 6 REFERÊNCIAS

- ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Mercosurización de la democracia y los derechos humanos*. Disponível em: <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/antonazzi/MMAMercosurizacion02082014.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2017.
- BRASIL. *Protocolo de Assunção*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7225.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7225.htm). Acesso em: 25 abr. 2017.
- BRASIL. *Tratado de Assunção*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf101/anexo/Tratado\\_de\\_Assuncao.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf101/anexo/Tratado_de_Assuncao.pdf). Acesso em 10 fev. 2017.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Integração Latino-Americana: 50 anos da Alalc/Aladi*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2010.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Mercosul*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/integracao-regional/686-mercosul>. Acesso em: 25 mar. 2019.
- CEPAL. *Comissão Econômica para América Latina e Caribe*. Disponível em: <http://www.cepal.org/pt-br>. Acesso em: 15 mar. 2017.
- CEPAL. O mercado comum latino-americano. In: BIELSCHOWSKY, Ricardo (org.). *Cinqüenta anos de pensamento na Cepal*. Rio de Janeiro: Record, 2000. Disponível em: <http://archivo.cepal.org/pdfs/cdPrebisch/123.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2017.
- CANDAU, Vera Maria. Direitos humanos, educação e interculturalidade: as tensões entre igualdade e diferença. *Revista Brasileira de Educação*, v. 13, n. 37, jan./abr. 2008.
- CEPAL. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. O mercado comum latino-americano. In: BIELSCHOWSKY, Ricardo (org.). *Cinqüenta anos de pensamento na Cepal*. Rio de Janeiro: Record, 2000. Disponível em: [https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/1607/S33098N962Av2\\_pt.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/1607/S33098N962Av2_pt.pdf). Acesso em: 3 mar. 2017.

CMC. Conselho do Mercado Comum. *Gestor de documentos*. Disponível em: <https://gestorweb.mercosur.int/?pag=n&tab=0&lang=pt>. Acesso em: 5 abr. 2017.

COELHO, Maria Francisca Pinheiro; TAPAJÓS, Maria de Souza; RODRIGUES, Monica (org.). *Políticas sociais para o desenvolvimento: superar a pobreza e promover a inclusão*. Simpósio Internacional sobre Desenvolvimento Social. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; Unesco, 2010.

DUGUIT, Rui. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

EL PAÍS INTERNACIONAL. *Mercosul pressiona Venezuela com a cláusula democrática*. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/01/internacional/1491076022\\_326137.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/01/internacional/1491076022_326137.html). Acesso em: 10 jun. 2017.

FLORES, Joaquín Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Entrevista concedida a José Geraldo de Souza Júnior para Constituição & Democracia – Observatório da Constituição e da Democracia; Sindijus, Brasília: UnB, n. 23, jun. 2008.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos econômicos: solução de controvérsias*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Democracia e o Parlamento do Mercosul – rumos da integração sul-americana*. *Revista do Senado*, Brasília, a. 48, n. 191, jul./set. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242908/000926848.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 mar. 2017.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Manual de Direito da Integração Regional*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

IPPDH. Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul. Disponível em <http://www.ipdh.mercosur.int/pt-br/funciones-pt>. Acesso em: 4 jul. 2016.

ISM. Instituto Social do Mercosul. Disponível em: <http://ismercosur.org/Mercosul-social/?lang=pt-br>. Acesso em: 1 jun. 2017.

KROLING, Aloísio; MARTINS, Marianne Rios de Souza. O Papel da Políticas Públicas na Efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão. *Revista Depoimentos*, n. 10, p. 144-170, jan./dez. 2006. Disponível em: <http://docplayer.com.br/5038623-Faculdade-de-direito-de-vitoria-fdv-depoimentos.html>. Acesso em: 1º abr. 2020.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. Sistemática de Solução de Controvérsias do Mercosul: o Protocolo de Brasília. *Cadernos PRO-LAM/USP*, ano 5, v. 1, p. 79-93, 2006. Disponível em: [http://www.unisantos.br/upload/menu3niveis\\_1265908234981\\_eliane\\_maria\\_octaviano\\_martins\\_sistemática\\_de\\_solução\\_de\\_controvérsias\\_no\\_mercosul.pdf](http://www.unisantos.br/upload/menu3niveis_1265908234981_eliane_maria_octaviano_martins_sistemática_de_solução_de_controvérsias_no_mercosul.pdf). Acesso em: 27 maio 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

MERCOSUL. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br>. Acesso em: 5. jan. 2021.

MERCOSUR. *Protocolo de Ouro Preto*. 1994. Disponível em: [http://www.mercosur.int/msweb/SM/Normas/PT/CMC\\_1994\\_OuroPreto.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/SM/Normas/PT/CMC_1994_OuroPreto.pdf). Acesso em: 10 jan. 2017.

MERCOSUR. *Protocolo de Ushuaia*. 1998. Disponível em: [http://www.mercosur.int/innovaportal/file/110/1/1998\\_protocolo\\_de\\_ushuaia-compromiso\\_democratico\\_port.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/110/1/1998_protocolo_de_ushuaia-compromiso_democratico_port.pdf). Acesso em: 17 maio 2017.

MORAES, Filomeno; FORTES, Gabriel Barroso *Democracia na América Latina: o Protocolo de Ushuaia e as relações institucionais no Mercosul*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1a3650aedfdd3a21>. Acesso em: 1º jun. 2017.

PARLASUL. Parlamento do Mercosul. Disponível em: <https://www.parlamentomercosur.org>. Acesso em: 31 mar. 2017.

PATRINÓS, Paula Rodriguez. *Institucionalidad pública para la protección y promoción de los Derechos Humanos en el Mercosur*. In: SARTI, Ingrid (org.). *Os desafios da integração sul-americana: autonomia e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2014.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e globalização. In: SUNFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito global*. São Paulo: Malheiros, 1999.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flavia. Pobreza e desigualdade no Brasil: traçando caminhos para a inclusão social. In: WERTHEIN, Jorge (org.). Brasília: Unesco, 2003. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001339/133974por.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2016.

PITANGUY, Jacqueline; HERINGER, Rosana. Direitos humanos no Mercosul. *Cadernos Fórum Civil*, ano 3, n. 4. Disponível em: <http://www.cepia.org.br/doc/livro4forum.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2017.

RAADH. Reunião das Altas Autoridades em Direitos Humanos. Iniciativas regionais de direitos humanos são ampliadas. Disponível em: <http://www.raadh.mercosur.int/pt-br/iniciativas-regionais-de-direitos-humanos-sao-ampliadas/>. Acesso em: 4 jul. 2016.

RIBEIRO, Daniela Menegotti; DOS ANJOS, Luiz Sérgio Moreira. Desenvolvimento, políticas públicas e direitos humanos: o acordo multilateral de segurança social do MECOSUL. *Revista de Direito Brasileiro*, v. 2011. Disponível em: <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/viewFile/61/60>. Acesso em: 1º maio 2020.

ROSEVICS, Larissa. Por uma integração via educação: o novo marco do Mercosul Educacional no século XXI. *Revista Neiba*. v. IV, n. 1 ago. 2015. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/neiba/article/download/13807/13523](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/neiba/article/download/13807/13523). Acesso em: 27 maio 2017.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. In: PINHEIRO, P. S.; GUIMARÃES, S. P. (org.). *Direitos humanos no século XXI*. [S.I.]: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais e Fundação Alexandre de Gusmão, 1998.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo; ESCRIVÃO FILHO, Antônio. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo; ESCRIVÃO FILHO, Antônio. Discurso social e cidadania: movimento social e práticas instituinte de direito (ética e direitos humanos). In: *Revista Ethos*. Brasília: Sociedade de Estudos e Pesquisas éticas de Brasília – Sepeb, 2000. p. 171-190. p. 183.

STF. Supremo Tribunal Federal. Internacional. *Novos rumos para o Instituto Social do Mercosul (ISM)*. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=308053>. Acesso em: 4 jun. 2017.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WINTER, Luís Alexandre Carta. *O Mercosul e o sistema presidencialista*. 2008. Tese (Doutorado) – Prolam-USP, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/84/84131/tde-10112009-144912/pt-br.php>. Acesso em: 2 dez. 2016.

WINTER, Luís Alexandre Carta; BECKERS, Amanda Carolina. Desenvolvimento e integração regional: a atuação do Mercosul em políticas públicas de direitos humanos. In: *Revista Direitos Humanos em Perspectiva*, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/1398>.

## AUXÍLIO-RECLUSÃO: Análise do Benefício Previdenciário

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.20-33>

Recebido em: 7/4/2020

Modificações solicitadas em: 12/8/2020

Aceito em: 7/9/2020

***Antonio Paulo Guillen Hurtado***

Autor correspondente. Faculdade Dom Bosco. Avenida XV de Novembro, nº 57, Centro, Cornélio Procópio/PR, Brasil. CEP 86300-000. <http://lattes.cnpq.br/8524523697834921>. <https://orcid.org/0000-0002-4908-7704>. [antonioauloguillen.adv@hotmail.com](mailto:antonioauloguillen.adv@hotmail.com)

***Carollyne Pereira da Costa Guerreiro***

Faculdade Dom Bosco.

***Cláudia Ramos de Souza Bonfim***

Faculdade Dom Bosco.

### **RESUMO**

O auxílio-reclusão é devido aos familiares dependentes do segurado da Previdência Social que se encontrar preso em regime fechado. Este estudo é de abordagem qualitativa, método dedutivo e caráter bibliográfico-jurídico-teórica. Fundamenta-se, especialmente, na Lei n. 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social. O objetivo deste artigo é analisar a legislação previdenciária, mais precisamente no que diz respeito à Lei n. 8.213/91, demonstrando seus impactos na sociedade brasileira e as últimas alterações legislativas, assim como descrever a relevância do auxílio-reclusão por meio um levantamento dos valores que são pagos, e apresentar as mudanças legislativas que aconteceram ao longo dos anos. Questiona-se: Qual a importância social do auxílio-reclusão para a sociedade brasileira? Considera-se, ao final, que esse benefício é necessário para que muitas famílias não fiquem desamparadas, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme previsto na Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chave:** Lei 8.213/91. MP 871/2019. Previdência social. Direito constitucional. Extinção do benefício.

**IMPRISONMENT AID: ANALYSIS OF THE SOCIAL SECURITY BENEFIT**

### **ABSTRACT**

The imprisonment aid is owned to family members who are dependent on the Social Security insured who are in prison. This study has a qualitative approach, deductive reasoning and is bibliographic-legal-theoretical. It is based especially on Act nº 8.213/91 which provides for Social Security benefit plans. The general objective of this paper is to analyze the social security legislation, more precisely with regarding to Act nº 8.213/91, demonstrating its impacts on Brazilian society, and also the changes brought by MP 871/2019. And its specific objectives are to describe the importance of the prison aid to society, identify the technical aspects by conducting a survey of the amounts that are paid, and present the legislative changes that have happened over the years. Questioning: what is the social importance of the imprisonment aid for Brazilian society? At the end, it is considered that this benefit is necessary so that many families are not left helpless, respecting the principle of human dignity, as provided for in the Federal Constitution of 1988.

**Keywords:** Act 8.213/91. MP 871/2019. Social security. Constitutional right. Termination of benefit.

### **SUMÁRIO**

1 Introdução. 2 Origem do auxílio-reclusão. 3 Princípios constitucionais que norteiam o auxílio-reclusão. 4 Aspectos legais. 5 Resultados e discussões. 6 Considerações finais. 7 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O auxílio-reclusão é antigo companheiro do ordenamento jurídico brasileiro. A primeira vez que se falou no benefício foi no ano de 1933, e, a partir daí, ele vem sofrendo inúmeras mudanças, consolidando-se ao longo do tempo. Atualmente, é um benefício devido aos familiares dependentes do apenado enquanto perdurar os efeitos da prisão em regime fechado.

Neste contexto, questiona-se: Qual a importância social do auxílio-reclusão para a sociedade brasileira?

Parte-se do preceito de que o auxílio-reclusão é fundamental para a sociedade brasileira, pois visa a garantir a assistência econômica da família do preso durante o período de reclusão, sendo este um amparo mínimo para que suas dignidades sejam preservadas.

Para tanto, o presente estudo tem como objetivo geral analisar a legislação previdenciária, mais precisamente no que se refere à Lei nº 8.213/91, demonstrando seus impactos na sociedade brasileira, e também as mudanças trazidas pela MP 871/2019. São seus objetivos específicos: descrever a importância do auxílio-reclusão para a sociedade, identificar os aspectos técnicos, realizando um levantamento dos valores que são pagos, e apresentar as mudanças legislativas que aconteceram ao longo dos anos pertinentes ao tema. O trabalho apresenta resultados e discussões a partir de levantamento de dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) baseado nas estatísticas do sistema penitenciário brasileiro referente aos estabelecimentos penais e à população encarcerada, considerando somente penitenciárias federais.

Justifica-se o tema porque grande parte da população não tem conhecimento de que para receber o benefício é necessário o preenchimento dos requisitos previstos em lei. Muitos conteúdos são apresentados por meio da internet com o intuito de manipular os cidadãos e induzir a uma visão equivocada sobre o benefício, sendo tratado como um incentivo ao crime quando, na verdade, refere-se a um benefício da Previdência Social que visa a proteger a família do cidadão que é contribuinte, e que, porventura, cometeu algum delito e foi preso. Deseja-se oportunizar conhecimento sobre esta área do Direito Previdenciário brasileiro, instruindo com informações relevantes e trazendo o Direito mais próximo da vida das pessoas.

A pesquisa é de abordagem qualitativa, método dedutivo e caráter bibliográfico-jurídico-teórica, com referencial embasado em artigos publicados em Revistas Científicas, livros, leis e jurisprudências que abordam o tema.

O método é dedutivo, pois parte-se de uma premissa existente, um fato, um conhecimento prévio geral e busca-se demonstrá-la ao longo do estudo, para, de maneira lógica, por meio de argumentações conceituais, chegar a uma verdade, a uma conclusão.

Ainda que baseada em alguns dados quantitativos, a abordagem é qualitativa, pois, segundo Minayo (2001, p. 21), a pesquisa qualitativa

[...] se preocupa, nas ciências sociais, com um nível de realidade que não pode ser quantificado. Ou seja, ela trabalha com um universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização das variáveis.

A partir deste estudo será possível compreender, de forma mais aprofundada, os fundamentos do auxílio-reclusão, abrindo caminhos para construir novos olhares e debates sobre o assunto.

Nos capítulos a seguir apresentam-se a origem do benefício e como foi sua criação no Brasil, alguns princípios constitucionais que fundamentam o benefício do auxílio-reclusão e os aspectos legais que envolvem o benefício, trazendo, em ordem cronológica, as alterações legislativas ao longo dos anos, com ênfase na MP 871/2019. Os resultados e discussões também levam em consideração uma análise de dados do Infopen, que é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro.

## 2 ORIGEM DO AUXÍLIO-RECLUSÃO

Ao contrário do que se pensa, o benefício não foi criado recentemente, pois o auxílio-reclusão estreou no ordenamento jurídico brasileiro em junho de 1933 pelo extinto Decreto n. 22.872, que criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, que, em seu artigo 63, mais especificamente no seu parágrafo único, tratava do referido benefício.

Logo no ano seguinte foi criado o Decreto n. 54/34, que aprovava e regulamentava o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Bancários (IAPB), que, em seu artigo 67, trazia a previsão de um benefício quando um de seus associados se encontrasse preso.

No ano de 1960, apesar de já existir para algumas categorias de trabalhadores, o benefício generaliza-se por meio da Lei n. 3.807, Lei Orgânica da Previdência Social (Lops), sendo vinculado a algumas condições, dentre elas a contribuição prévia, mas mantendo seu *status* de seguro social (LIMA NETA, 2017).

Em 1988, com a chegada da Constituição da República Federativa do Brasil, aconteceu um marco jurídico-político, pois, a partir daí, o auxílio-reclusão passou a ser disciplinado expressamente na legislação constitucional. Pela redação, que já fora modificada, no artigo 201, inciso I, o qual estabelecia que os planos de Previdência Social deveriam cobrir os riscos sociais resultantes da prisão de qualquer pessoa que fosse contribuinte, não existindo ainda critérios rígidos para concessão do benefício, passou a ser não apenas um direito legal, mas um direito constitucional.

Em seguida, a Lei n. 8.213, de 24 de junho de 1991, que trata dos Planos de Benefícios da Previdência Social, trazia alguns requisitos, em seu artigo 80, que tinha a seguinte redação:

Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário (BRASIL, 1991).

A Emenda Constitucional n. 20/1998, que alterou o artigo 201, I da CF/88, trouxe mais um requisito de seletividade para a concessão do auxílio-reclusão, fazendo com que houvesse diversas controvérsias sobre o tema, pois instituiu o critério de baixa-renda, dificultando para que os dependentes do recluso pudessem receber a prestação previdênciária, o que fez com que muitos doutrinadores, como Hélio Gustavo Alves (2007), Fábio Zambitte Ibrahim (2008) e Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macedo (2010), criticassem, pois estaria distorcendo a real finalidade do benefício, que seria prover as necessidades básicas da família do preso.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...]

IV – Salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (BRASIL, 1998).

No ano de 1999 foi editado o Decreto nº 3.048, regulando a Previdência Social e trazendo vários outros critérios dispostos nos artigos 116 ao 119, dentre eles a preexistência de dependência econômica e a apresentação trimestral de atestado de que o segurado continua preso. Em 2003, o Decreto nº 4.729 alterou o § 4º e incluiu os parágrafos § 5º e § 6º, que instituíram os tipos de prisão em que o segurado poderia receber o auxílio e também que a atividade remunerada realizada pelo recluso não faria com que os beneficiários perdessem o auxílio-reclusão, desde que continuasse contribuindo.

§ 5º O auxílio-reclusão é devido, apenas, durante o período em que o segurado estiver recolhido à prisão sob regime fechado ou semi-aberto. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003).

§ 6º O exercício de atividade remunerada pelo segurado recluso em cumprimento de pena em regime fechado ou semi-aberto que contribuir na condição de segurado de que trata a alínea “o” do inciso V do art. 9º ou do inciso IX do § 1º do art. 11 não acarreta perda do direito ao recebimento do auxílio-reclusão pelos seus dependentes (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003) (BRASIL, 2003).

Em janeiro de 2019, assim que o presidente Jair Bolsonaro assumiu a presidência da República, ele editou a Medida Provisória nº 871 alterando a Lei nº 8.213/91 e trazendo novos critérios mais rigorosos. Tais critérios de seletividade entram em conflito com os princípios constitucionais que regem o auxílio-reclusão (ARAÚJO, 2012).

### 3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM O AUXÍLIO-RECLUSÃO

As leis brasileiras são embasadas em princípios que buscam, principalmente, igualdade social e justiça. Sendo assim, destaca-se alguns princípios constitucionais que fundamentam o benefício auxílio-reclusão, como o princípio da dignidade da pessoa humana, princípios da proteção familiar, princípio da erradicação da pobreza e o princípio da solidariedade social.

No Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, de acordo com Piovesan (2000), a dignidade da pessoa é um dos mais relevantes princípios estabelecidos na Constituição, estando ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, agregando valores éticos e de justiça dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A Dignidade da Pessoa Humana está consagrada na CF/88, em seu artigo 1º, inciso III (BRASIL, 2019h), posto que este princípio busca uma sociedade igualitária, na qual todos os seus integrantes se desenvolvam plenamente, sendo aí que o Estado entra por meio de prestações positivas dando assistência às pessoas, pois é seu dever manter condições mínimas para que um indivíduo viva em sociedade, particularmente aos que não têm condições de se sustentar, que é o caso quando o pai ou a mãe de família se encontra preso. O princípio em questão busca o desenvolvimento social e os valores de liberdade, paz e justiça (ARAÚJO, 2012).

Uma pessoa ser presa, por qualquer motivo que seja, não afastará dela o princípio da dignidade humana, que nunca pode ser retirado de ninguém, uma vez que é intríseco ao ser humano, não sendo possível, por motivo algum, afastá-lo.

O Princípio da Proteção Familiar traz que a família deve ser protegida pelo Estado. De acordo com o artigo 226, caput, da CF/88, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, proteção essa que independe da sua situação ou composição familiar. Este princípio justifica plenamente a concessão do benefício do auxílio-reclusão, uma vez que os dependentes do segurado necessitam mais ainda deste amparo. Segundo a CF/88, em seu artigo 227,

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (BRASIL, 2019).

Como uma família que teve seu provedor preso conseguirá, sem o amparo do Estado, assegurar aos seus dependentes os direitos previsto no artigo mencionado? Por isso o auxílio-reclusão visa a proteger a família e desenvolver, ao máximo, seus membros, uma vez que a família é indispensável para a formação do ser humano.

O Princípio da Erradicação da Pobreza está previsto no artigo 3º, inciso III, da CF/88, que descreve “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (BRASIL, 2019h).

Vale ressaltar que a desigualdade social e a marginalização acarretam maiores chances do envolvimento com a delinquência, podendo o familiar que ficou desamparado ocorrer em crimes para sua subsistência ou se envolver com drogas, posto que quem mantinha a família não mais pode fazer. Desse modo, o amparo do Estado se faz indispensável, uma vez que ninguém que tenha o mínimo de compaixão para com o próximo deseja que o restante da família siga o mesmo caminho de quem foi preso (ARAÚJO, 2012).

Sendo assim, o auxílio-reclusão vem para concretizar o princípio da erradicação da pobreza, haja vista que o benefício, apesar de não ser voluptuoso, vai garantir o mínimo de subsistência, evitando, assim, a pobreza da família, nos casos em que a única fonte de renda era por meio do segurado que foi preso.

De acordo com o Princípio da Solidariedade Social, previsto no artigo 3º, inciso I, da CF/88, “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]” (BRASIL, 2019h). A Solidariedade Social resume-se em ações que fortalecem uma sociedade em conjunto. A CF/88 traz, em seu artigo 194, uma justificativa para a existência do auxílio-reclusão, sendo obrigação do Estado aplicar a solidariedade para assegurar uma sociedade mais justa para os desprotegidos.

Quando, portanto, o beneficiário encontra-se preso, a assistência para sua família reflete a cooperação da maioria, contribuindo para a subsistência da minoria, de acordo com a capacidade contributiva. O auxílio-reclusão visa à proteção social e tem caráter assistencial, sendo encargo do Estado (ARAÚJO, 2012).

Nessa perspectiva, o auxílio-reclusão contribui com o direito ao desenvolvimento, voltado, principalmente, no que se refere à sua dimensão social e jurídico-política. Em relação à dimensão social, busca a promoção da qualidade de vida do indivíduo, garantindo o mínimo essencial para o seu bem-estar. Ainda nesse sentido, a dimensão jurídico-política busca o desenvolvimento dos direitos fundamentais, respeitando a dignidade da pessoa, os direitos humanos e a distribuição de renda de forma adequada (GOMES; FERREIRA, 2018).

Dessa forma, sempre deve prevalecer o interesse da coletividade e não o da individualidade, pois a proteção social e a dignidade da pessoa humana estão acima de qualquer interesse particular.

O capítulo seguinte versa sobre os aspectos legais que envolvem o benefício, trazendo, em ordem cronológica, as alterações legislativas ao longo dos anos, com ênfase na MP 871/2019 (BRASIL, 2019c).

#### 4 ASPECTOS LEGAIS

Ainda que no Brasil as prisões estejam superlotadas, não são todos os presos que recebem o auxílio-reclusão, considerando que a maioria não preenche os requisitos necessários para a concessão do benefício, sendo concedido apenas para uma parcela minoritária dos reclusos. É notório, no entanto, que notícias falsas são divulgadas nas mídias, fazendo com que muitas pessoas repudiem o benefício por falta de conhecimento. O auxílio-reclusão não é um presente do governo para quem comete crimes, mas, sim, um direito constitucional do cidadão que trabalha com carteira assinada e contribui com a Previdência Social (ROQUE, 2015).

Segundo Hélio Gustavo Alves (2007),

[...] o sistema carcerário tem como função reeducar o preso e uma das formas de ressocialização é dar-lhe oportunidade de exercer uma atividade profissional dentro do sistema carcerário, fato que não ocorre. Logo, o preso, além de não estar sendo reeducado, por uma falha no sistema não pode exercer qualquer espécie de trabalho, primeiro por estar recluso, segundo por má administração do Estado em não construir uma penitenciária produtiva que proporcione o exercício profissional (p. 35).

Por falha do Estado em não conceder condições mínimas para os presos trabalharem dentro dos presídios, as famílias destes não podem ficar desamparadas, uma vez que elas não cometem crime algum, e não devem pagar, portanto, pelo delito juntamente com a pessoa que foi presa. Esse benefício tem o intuito de beneficiar as famílias dos reclusos que possuem dependência financeira, não podendo ficar desamparadas, sendo-lhes garantido o mínimo essencial para sobreviverem na ausência do familiar preso.

O referido autor nos ensina, ainda, que

[...] o auxílio-reclusão é um benefício que garante a proteção da família e dependentes, além da fundamental importância para o equilíbrio da economia do País, ou seja, proporciona aos recebedores uma qualidade de vida digna, servindo a renda mensal para sustentação às bases alimentar e educacional e à saúde (ALVES, 2007, p. 16).

No ano de 2013 tramitou no Congresso Nacional a PEC 304/2013 (BRASIL, 2013a) com o objetivo de extinguir o auxílio-reclusão, substituindo o mesmo por um auxílio às vítimas. A deputada Antônia Lúcia (PSC-AC), em uma entrevista ao site da Câmara dos Deputados, publicada em 22/1/2014, justificou tal projeto de Emenda Constitucional afirmando que “hoje não há previsão de amparo para vítimas do criminoso e suas famílias”, o que não é verdade, posto que, se a vítima também for contribuinte da Previdência Social, receberá o benefício adequado caso preencha os requisitos exigidos (BRASIL, 1991).

A PEC 304/2013 aguarda parecer do relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Nesse mesmo sentido, tramitou o Projeto de Lei n. 5.671/2013 (BRASIL, 2013b), de autoria do deputado André Moura (PSC-SE), que visava a alterar o artigo 80 da Lei 8.213/91 para que o auxílio-reclusão fosse rateado entre os dependentes das vítimas de homicídio. Em apenso a este Projeto de Lei, também tramitou no Congresso Nacional o PL 8.313/14, de autoria do deputado federal Diego Andrade (PSD-MG), que tinha o intuito de destinar integralmente o valor do auxílio-reclusão à família da vítima, nos casos de homicídio consumado ou tentado e nos casos em que ocorrer sequelas irreversíveis à vítima (BRASIL, 2015).

Os dois Projetos de Lei supracitados foram arquivados no dia 13/12/2018 pelo plenário da Câmara dos Deputados, tendo em vista que o parecer do Relator deputado federal Diego Garcia, na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), rejeitou o PL 5.671/2013 e todos os outros que a este estavam apensados, sob os argumentos de que, primeiramente, não é possível que lei ordinária como tais projetos altere um direito garantido constitucionalmente, pois o benefício do auxílio-reclusão está expressamente descrito no artigo 201, IV da CRFB/88 (BRASIL, 2019), quando a Constituição garantiu esse benefício aos dependentes do segurado e não deu margem para que lei pudesse estabelecer destinação diversa, podendo, assim, somente por meio de proposta de emenda à Constituição, destinar o benefício às vítimas e não aos dependentes do segurado.

Outro ponto em relação ao mérito destacado pelo relator na CSSF, é que o titular do benefício não é o preso, e, sim, seus dependentes, que, com o auxílio-reclusão, têm uma forma de manter o sustento da família em razão de o segurado estar impossibilitado de trabalhar, uma vez que se encontra preso. O auxílio-reclusão tem caráter contributivo, portanto não se trata de uma escolha de o Estado conceder ou não o benefício, pois as pessoas que contribuírem e estiverem dentro das exigências estabelecidas na lei vão ter o direito ao auxílio-reclusão (BRASIL, 2018c).

Não se sustenta o argumento de que as famílias das vítimas ficam desamparadas pelo governo, pois se a vítima também contribuir para a Previdência Social, seus dependentes terão direito aos benefícios previdenciários que lhe cabem. Caso uma vítima que seja segurada do INSS venha a sofrer uma lesão corporal, por exemplo, terá direito ao auxílio-doença se ficar incapacitado para o trabalho; no caso de vítima de homicídio, os dependentes terão direito à pensão por morte (BRASIL, 1991). No âmbito do Direito Civil, a família da vítima pode buscar reparação pelos danos materiais e morais causados por quem cometeu o crime (BRASIL, 2019a).

No dia 18 de janeiro de 2019 entrou em vigor a Medida Provisória nº 871/2019, alterando a Lei nº 8.213/91, trazendo critérios mais exigentes, fazendo com que esses critérios entrassem em conflito com os princípios constitucionais, limitando, assim, sua verdadeira função, que é dar suporte aos dependentes do segurado recluso que não tem condições de sobreviver sem a renda antes auferida pelo beneficiário (ARAÚJO, 2012).

O benefício era concedido às famílias que cumpriam com os requisitos sem nenhuma exigência de tempo mínimo de contribuição, porém, atualmente, é exigida a carência de 24 meses de contribuições, ou seja, que tenha contribuído 2 anos de forma ininterrupta (BRASIL, 2019).

Outra mudança trazida no artigo 80 da Lei nº 8.213/91 foi a impossibilidade de a família de presos que se encontram em regime semiaberto receber o benefício, pois somente as famílias que possuem presos no regime fechado poderão receber o auxílio-reclusão. Os beneficiários do regime semiaberto que garantiram seu direito antes da MP 871/19, entretanto, continuarão recebendo normalmente (BRASIL, 2019).

O § 4º do artigo 80 da Lei nº 8.213/91, ainda trouxe alteração no cálculo do salário para determinar se o segurado é de baixa renda ou não. Antes era observado apenas o último salário, no entanto agora é feita a média dos últimos 12 salários de contribuição (BRASIL, 2019).

Também é necessária a certidão judicial chamada declaração de cárcere para instruir o pedido de concessão do benefício, que é uma certidão emitida pela unidade prisional em que se encontra o preso, sendo obrigatória para sua manutenção, devendo ser apresentada de três em três meses (BRASIL, 2019).

Havendo perda da qualidade de segurado, o mesmo terá de, após a perda, computar um novo período de carência para fazer jus aos benefícios de auxílio-doença, salário maternidade e auxílio-reclusão. De acordo com a medida provisória, era necessário contar novamente o mesmo período integral, mas, com a entrada em vigor da Lei nº 13.846/2019, basta o segurado cumprir metade do tempo de carência para recuperar a qualidade de segurado.

Em seu artigo 59, § 2º, a MP incluiu a impossibilidade de o preso em regime fechado receber auxílio-doença, e se o contribuinte estiver em gozo do auxílio-doença este ficará automaticamente suspenso com o recolhimento à prisão (BRASIL, 2019).

O auxílio-reclusão foi criado há mais de 50 anos e foi recepcionado pela CF/88, que preza, acima de tudo, pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, a legislação previdenciária que trata dos benefícios da Previdência Social, Lei nº 8.213/91, estabeleceu que o auxílio-reclusão será devido aos dependentes

dentes do segurado recolhido à prisão que não estiver recebendo nenhuma remuneração da empresa, nem esteja em gozo do auxílio-doença, pensão por morte, aposentadoria, salário-maternidade ou abono de permanência, sendo ele ofertado seguindo algumas condições da pensão por morte, devendo ser observado o artigo 25, IV.

Neste sentido, Fábio Zambitte Ibrahim (2008) destaca:

Caso o segurado sofra um acidente ou preencha os requisitos para a aposentadoria, não poderá cumular os benefícios decorrentes destes eventos com o auxílio-reclusão, recebido por seus dependentes. Todavia, se o novo benefício for superior ao auxílio reclusão, poderá haver a opção por aquele. Naturalmente, tratando-se de auxílio-doença e existindo a percepção do mesmo (em razão de opção do segurado), quando da consolidação futura das lesões, o auxílio-doença extinguir-se-á e voltará a ser pago o auxílio-reclusão (p. 600).

A Emenda Constitucional n. 20/98 alterou o inciso IV, artigo 201, da Constituição Federal, determinando que o benefício seja concedido aos dependentes de baixa renda e fixado em três salários de contribuição, e esta situação financeira deve ser constatada no momento em que o indivíduo for preso.

O Ministério da Economia publicou no Diário Oficial da União, no dia 15 de janeiro de 2019, a Portaria n. 09/2019, mostrando que deverão ser considerados de baixa renda, e, portanto, receber o auxílio-reclusão, os dependentes do segurado que teve o salário de contribuição inferior ou igual a R\$ 1.364,43.

A mudança trazida pela EC n. 20/98, entretanto, levou a muitas discussões entre vários autores acerca da sua constitucionalidade, pois o segurado que estivesse contribuindo teria direito adquirido sobre o auxílio, e a EC n. 20/98 não estaria respeitando a igualdade conquistada, conforme esclarece Hélio Gustavo Alves (2007):

[...] a igualdade é um direito fundamental; mas ainda, é um princípio universal estampado na Declaração Universal e em inúmeros tratados, com o principal objetivo de igualar os privilegiados com os desprivilegiados para estes terem os mesmos direitos, deveres e garantias fundamentais, não podendo uma norma (Emenda 20/98) adentrar a Carta Magna por meio de Emenda, para desestruturar o alicerce dos direitos fundamentais (p. 118).

Da mesma forma, explica Fábio Zambitte Ibrahim (2008):

A alteração constitucional foi de extrema infelicidade, pois exclui a proteção de diversos dependentes, cujos segurados estão fora do limite de baixa renda. Esta distinção, para o auxílio-reclusão, não tem razão de ser, pois tais dependentes poderão enfrentar situação difícil, com a perda da remuneração do segurado (p. 598).

Outros autores também defendem que teria de ser constatada a baixa renda do dependente que fosse receber o auxílio e não do recluso.

Dias e Macedo (2010), então, afirmam:

Neste tipo de benefício não dá para fazer a seleção dos beneficiários levando-se em conta a renda do recluso. Qualquer que seja essa renda, dentro do limite de proteção do Regime Geral de Previdência Social, a reclusão causará inexoravelmente o estado de necessidade para as pessoas que dele dependiam economicamente (p. 280).

Há de se pensar no fato de que os dependentes do segurado que recebem valor superior ao permitido para fazer jus ao benefício, poderiam passar por necessidades caso o provedor de sua família venha ser preso. A EC n. 20/98 deixou essas pessoas desprotegidas. Coadunante a este pensamento, Alves (2007) ainda ensina:

Qual a diferença do cidadão que contribui menos para o que contribui mais? (exceto a base de cálculo) Qual a diferença entre aquele que tem uma renda menor ou maior, se ambos serão ou estão presos, sem poder exercer de igual forma as suas profissões sendo que tanto o “pobre” quanto o “rico” deixarão de sustentar suas famílias pelo mesmo motivo, ou seja, a prisão? (p. 93).

Para Alves (*apud* SILVA; ANDRADE, 2014), a EC n. 20/98 é inconstitucional, pois o auxílio-reclusão tem como objetivo a proteção dos dependentes que ficarão desamparados com a reclusão do segurado, sendo injusta a constatação da baixa renda do segurado e não sendo analisadas as reais condições dos dependentes.

O Decreto n. 3.048/99 trata especificamente das regras de concessão do auxílio-reclusão, sendo o primeiro critério para sua concessão a prisão do segurado, conforme o artigo 166: “[...] § 2º O pedido de auxílio-reclusão deve ser instruído com certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, firmada pela autoridade competente” (BRASIL, 1999).

Para o dependente requerer o pagamento do auxílio-reclusão, este deverá solicitar diretamente no INSS com horário previamente agendado. Ele necessita, primeiramente, acessar o portal “Meu INSS”, fazer o cadastro, logo após clicar na opção agendamentos e comparecer à unidade do INSS no dia marcado munido dos documentos solicitados, sendo possível, também, o agendamento pelo telefone 135 (BRASIL, 2017).

Os documentos indispensáveis para requerer o benefício são o documento com foto do interessado no auxílio, dos dependentes e do preso, documentos que comprovem os 24 meses de contribuições do recluso, como os carnês de contribuição individual e a carteira de trabalho, documento que comprove a dependência econômica nos casos em que ela é exigida e, por fim, a declaração do cárcere (BRASIL, 2017).

A declaração de cárcere é um documento fornecido pela unidade prisional onde o segurado se encontra preso, como já mencionado. Para manutenção do benefício é necessária a apresentação desta declaração de três em três meses junto ao INSS, mas, em relação à declaração de cárcere, a mudança trazida pela MP 871/19 mostra que será instituído um convênio entre o INSS e a Justiça. Como, entretanto, a mudança é recente, o INSS ainda não emitiu orientações, devendo os dependentes continuar levando a declaração de cárcere até que essa parceria do INSS com a Justiça esteja plenamente funcionando (BRASIL, 2017).

A Emenda Constitucional 103/2019, em seu artigo 27, § 1º, traz que o valor a ser pago de auxílio-reclusão não excederá um salário mínimo, e seu cálculo será realizado na forma aplicável à pensão por morte. Se o segurado iniciou suas contribuições antes do ano de 1999, somente serão levadas em conta as contribuições a partir do ano de 1994. Se o segurando começou a contribuir após 1999 serão consideradas, no cálculo, todas as suas contribuições. Assim dispõe o artigo 188-A do Decreto n. 3.048/99:

Art. 188-A. Para o segurado filiado à previdência social até 28 de novembro de 1999, inclusive o oriundo de regime próprio de previdência social, que vier a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, no cálculo do salário-de-benefício será considerada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos I e II do caput e § 14 do art. 32 (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999) (BRASIL, 1999).

Vale lembrar que o auxílio-reclusão nunca será inferior ao valor do salário mínimo nacional, independentemente do valor que se encontrou nesses cálculos, de acordo com artigo 32, § 3º, do Decreto n. 3.048/99: “§3º O valor do salário-de-benefício não será inferior ao de um salário mínimo, nem superior ao limite máximo do salário-de-contribuição na data de início do benefício” (BRASIL, 1999).

O benefício será devido a partir do recolhimento do segurado à prisão, se este for requerido até 30 dias. Se for requerido após 30 dias da prisão será devido a partir da data do requerimento, conforme está disposto no artigo 116, § 4º, do Decreto nº 3.048/99:

§ 4º A data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior, observado, no que couber, o disposto no inciso I do art. 105 (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003) (BRASIL, 1999).

Em relação à duração do benefício, ele varia de acordo com a idade dos dependentes e o tipo de beneficiário. Será de 4 meses contados a partir da data da reclusão se a prisão ocorrer sem que o segurado tenha completado 18 contribuições à Previdência Social, ou se a união estável ou o casamento tenha ocorrido em menos de 2 anos antes da prisão do segurado.

Se a prisão se deu após 18 contribuições mensais e o casamento ou união estável tenha ocorrido pelo menos 2 anos antes, a duração do auxílio-reclusão será variável conforme o Quadro a seguir.

**Quadro 1 – Duração do auxílio-reclusão**

<b>Idade do dependente da data da prisão</b>	<b>Duração máxima do benefício ou cota</b>
Menos de 21 anos	3 anos
Entre 21 e 26 anos	6 anos
Entre 27 e 29 anos	10 anos
Entre 30 e 40 anos	15 anos
Entre 41 e 43 anos	20 anos
A partir de 44 anos	Vitalício

Fonte: BRASIL (2017).

O benefício cessa ao completarem 21 anos para os filhos ou equiparados, exceto se for inválido ou deficiente. Se houver emancipação, haverá a cessação do benefício (BRASIL, 2017).

Caso o segurado seja posto em liberdade, o dependente ou responsável deve apresentar imediatamente ao INSS o alvará de soltura, assim cessará também o auxílio; portanto, só é devido quando estiver recluso em regime fechado, devendo o beneficiário apresentar atestado trimestralmente dado por autoridade competente, alegando que o segurado continua recluso conforme o Decreto nº 3.048/99.

Há casos em que o benefício pode ser suspenso, conforme explica o artigo 395 da Instrução Normativa nº 77 de 21 de janeiro de 2015:

Art. 395. Os pagamentos do auxílio-reclusão serão suspensos:

I – na hipótese da opção pelo auxílio-doença, na forma do §2º do art. 383;

II – se o dependente deixar de apresentar atestado trimestral, firmado pela autoridade competente, para prova de que o segurado permanece recolhido à prisão; e

III – se o segurado recluso possuir, mesmo que nesta condição, vínculo empregatício de trabalho empregado, doméstico ou avulso (BRASIL, 2015).

O benefício será restabelecido no dia posterior ao término do auxílio-doença ou no dia seguinte após o encerramento do vínculo empregatício. Há casos, entretanto, em que ocorrerá a extinção do benefício, como explica Horvath Jr. (2014):

Extinção do benefício: Extinção da última cota individual; Concessão da aposentadoria no período de privação da liberdade; Óbito do segurado; Soltura do preso; Emancipação ou atingimento de 21 anos para os filhos e irmãos, salvo se inválidos; Cessação da invalidez para dependentes inválidos (p. 415).

Nos casos de óbito, este pode ser do segurado ou do beneficiário. Nos casos de morte do segurado durante a reclusão, o benefício será automaticamente convertido em pensão por morte, segundo o artigo 118 do Decreto n. 3.048/99 (BRASIL, 1999).

Em relação à alínea “e”, do mesmo artigo, nos casos dos filhos ou irmãos, o benefício também cessará caso haja casamento, início de emprego público efetivo ou, ainda, constituição de estabelecimento comercial ou relação de emprego, desde que, em razão destes, o menor com 16 anos completos tenha economia própria.

A Instrução Normativa n. 77/2015 apresenta outras hipóteses de cessação do benefício em seu artigo 394, conforme se exposito a seguir:

Art. 394. O auxílio-reclusão cessa: [...]

VII – pela adoção, para o filho adotado que receba auxílio reclusão dos pais biológicos, exceto quando o cônjuge ou o companheiro (a) adota o filho do outro;

VIII – pelo levantamento da interdição no caso do (a) filho (a) ou irmã (o) com deficiência intelectual ou mental;

IX – pela fuga do recluso; e

X – quando o segurado deixar a prisão por livramento condicional ou por cumprimento da pena em regime aberto (BRASIL, 2015).

Nos casos de fuga, livramento condicional ou cumprimento de pena em regime aberto ou semiaberto, o benefício não poderá ser reativado; se houver a captura ou regressão de regime será considerado um novo fato gerador para requerimento do auxílio-reclusão, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 394 da Instrução Normativa n. 77/2015 (BRASIL, 2015).

Conforme, portanto, disposto no § 2º do artigo 395 da Instrução Normativa n. 77/2015, se no período em que o segurado fugiu ou estava em cumprimento de pena em regime aberto, ou estava em livramento condicional, tiver exercício de atividade remunerada que contribua para o INSS, este período será considerado para verificar a manutenção ou não da qualidade de segurado.

## 5 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Foram analisados alguns dados extraídos do Infopen, que, segundo o site do Ministério da Justiça, são informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. Este sistema é atualizado pelos gestores dos estabelecimentos prisionais desde 2004 e “sintetiza informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional” (BRASIL, 2019e).

O Infopen apresenta dados somente do Sistema Penitenciário Federal (SPF), que é composto por cinco penitenciárias, sendo elas Catanduvas/PR, Campo Grande/MS, Mossoró/RN, Porto Velho/RO e Brasília/DF. O estudo abrange, entretanto, somente quatro delas, pois a de Brasília foi inaugurada somente em 2018 e os dados são de 2016. Cada penitenciária federal possui capacidade para alojar 208 internos em celas individuais (BRASIL, 2016).

No SPF, em dezembro de 2016, o número de internos era de 472; já em 30 de junho de 2017 possuía 570 internos, distribuídos da seguinte maneira: 127 presos em Mossoró, 150 presos em Porto Velho, 143 presos em Campo Grande e 150 presos em Catanduvas. A idade predominante no SPF está na faixa de 28 a 39 anos, que corresponde a 63,01% do total.

Tratando-se da renda mensal, 52,70% dos presos possuem renda familiar abaixo de um salário mínimo e 92,90% informaram possuir um ou mais filhos (BRASIL, 2016).

Em relação ao recebimento do auxílio-reclusão pode-se observar, no Gráfico a seguir, que apenas 8,33% dos presos responderam que seus dependentes recebiam o benefício, o que faz constatar que houve uma queda, uma vez que no ano de 2015 esse percentual era de 11,15%.

Gráfico 1 – Recebimento de auxílio-reclusão



Fonte: BRASIL (2016).

Apesar de os dados não serem recentes, é inegável que o auxílio-reclusão é um benefício restrito, divergente da ideia presente no imaginário social e divulgado erroneamente de que todos os presos e seus dependentes têm acesso ao benefício. Os estudos realizados pelo Ministério da Justiça demonstram claramente que a quantidade de presos em penitenciárias federais em que os dependentes recebem auxílio-reclusão não chega a 10% do total.

Em matéria escrita pela jornalista Giuliana Saringer, veiculada pelo Portal R7 Notícias em 11/6/2018, com dados extraídos via Lei de Acesso à Informação, foi publicado que o INSS pagou 48.755 benefícios de auxílio-reclusão em abril/2018, e, desse total, 82% foram pagos a dependentes com até 19 anos (SARINGER, 2018). Em agosto de 2018 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou o novo relatório do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), apontando que havia 602.217 pessoas encarceradas no Brasil (BRASIL, 2018a).

Fazendo um paralelo, comparando os benefícios de auxílio-reclusão pagos em abril/2018 e a quantidade de presos divulgados em agosto/2018, constata-se que apenas 8,09% de todos os reclusos do país recebem o benefício, demonstrando que os dados divulgados pelo Infopen/2016, que abrange somente prisões federais, se repetem também no âmbito de todas as prisões nacionais. Destaca-se, portanto, mais uma vez, que o benefício não é concedido de qualquer maneira a qualquer recluso, senão estes números seriam consideravelmente maiores. Nota-se, no entanto, como são rígidos os critérios para concessão, pois somente aqueles que realmente cumprem os requisitos é que conseguem receber o benefício.

Outro aspecto importante é em relação a quem está recebendo o auxílio-reclusão como dependente. De acordo com o gráfico a seguir, divulgado no Informe de Previdência Social (LIMA NETA, 2017), 87% dos benefícios são pagos aos filhos do recluso.

Gráfico 2 – Distribuição percentual de auxílios-reclusão concedidos por vínculo do dependente



Fonte: LIMA NETA (2017).

Demonstra-se, portanto, que quem se beneficia do auxílio-reclusão são aqueles que mais precisam, ou seja, os filhos menores ou o cônjuge que ficam desamparados com a prisão do segurado. O benefício garante o direito de os dependentes sobreviverem com um mínimo de dignidade.

O Infopen Mulheres, publicado em 2018, destaca que em junho de 2016 havia 42.355 mulheres presas no país. Dessa totalidade, apenas 3% dos dependentes recebiam o auxílio-reclusão, em apenas 9 Estados da Federação (BRASIL, 2018b).

Diante da análise dos aspectos legais do auxílio-reclusão e os dados apresentados, verifica-se que o auxílio-reclusão exige o preenchimento de critérios para sua concessão, tendo caráter contributivo, proporcionando muitas vantagens para toda a sociedade.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O benefício previdenciário chamado auxílio-reclusão foi instituído em 1933, muitos anos antes da CF/1988, no entanto foi recepcionado por ela pois cumpria todos os requisitos para ser reconhecido como um direito constitucional.

Previsto no artigo 201, IV da CF/88, o auxílio-reclusão é de suma importância para a comunidade brasileira, pois busca garantir a proteção da família do preso para que não fique desamparada economicamente enquanto perdurar a prisão, uma vez que proporciona à família do trabalhador que venha a ser preso o mínimo de renda para a garantia de sua subsistência, preservando, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.

Há vários critérios legais para que o benefício seja concedido; por exemplo, a comprovação da baixa renda do segurado. A partir de 2019, com a entrada em vigor da MP 871/2019, a qual alterou a Lei n. 8.213/91, foi modificado o acesso ao benefício, pois passaram a ser exigidos: a carência de 24 meses, a apresentação da declaração de cárcere a cada 3 meses e que o recluso esteja em regime fechado, não sendo mais concedido o benefício aos reclusos em regime semiaberto.

Tais critérios limitam o acesso dos familiares do recluso ao benefício, o que faz com que fiquem desamparados financeiramente, pois, com o recebimento do referido auxílio, conseguiram ter uma vida minimamente digna, custeando a base alimentar e educacional familiar até que o recluso estivesse novamente em liberdade.

Até o momento atual, tramita no Congresso Nacional a PEC 304/2013 que busca acabar com o auxílio-reclusão, substituindo-o por um amparo às vítimas. A extinção do benefício, entretanto, é inaceitável, haja vista ter caráter contributivo e não indenizatório, no qual o Estado não escolhe quem recebe ou não, pois, desde que sejam cumpridas as exigências previstas em lei, é um direito constitucional dos dependentes do segurado preso. A possível extinção do benefício com a PEC 304/13, se efetivada, trará muitos danos à sociedade, considerando que se a família ficar totalmente desamparada possivelmente incorrerá também na prática de crimes, tendo em vista que um lar com ausência da figura paterna ou materna, agregada com a baixa renda, deixará os jovens e crianças mais vulneráveis e excluídos da sociedade.

O argumento de que se gasta muito com auxílio-reclusão no país não é verídico, pois os dados do Infopen (BRASIL, 2016) demonstram que nem 10% dos presos detidos em penitenciárias federais recebem o benefício. No mês de abril de 2018 foram pagos 48.755 benefícios de auxílio-reclusão, o que representa apenas 8,09%, uma vez que no mesmo período se encontravam presas 602.217 pessoas, demonstrando, mais uma vez, que não são todos os presos que têm direito ao benefício, mas somente aqueles que conseguiram cumprir todos os requisitos legais.

Analizando os aspectos legais do benefício, pode-se considerar que o auxílio-reclusão é de extrema importância para a sociedade brasileira, porque, por meio do benefício, muitas famílias não ficam desassistidas, evitando que outras pessoas entrem para o “mundo do crime”. É dever do Estado garantir a todos indiscriminadamente os direitos previstos no artigo 5º da CF/88, e quando o Estado falha nesta prestação de assistência oportuniza espaço para a criminalidade.

A concessão do auxílio-reclusão não deveria estar restrita a critérios objetivos como os que foram apresentados, mas estar vinculada a uma avaliação econômico-social da família dependente do preso, buscando um parecer social que apontasse quem realmente necessita do benefício, posto que os critérios utilizados atualmente excluem possíveis dependentes de segurados que precisam do benefício para garantir o mínimo para uma vida digna.

Ademais, a legislação brasileira demonstra que o auxílio-reclusão é um benefício previdenciário e não um benefício assistencial, sendo inconstitucional a sua extinção. A falta de informação por grande parte da população, todavia, abre cada vez mais espaço para ideias preconceituosas a respeito do tema. Pode-se assegurar que o benefício não tem o intuito de incentivar a prática de crimes, pois seu principal objetivo é amparar os dependentes, o qual é dever do Estado e da sociedade.

## 7 REFERÊNCIAS

- ALVES, H. G. *Auxílio reclusão: Direitos dos presos e de seus familiares*. São Paulo: LTr, 2007.
- ARAÚJO, A. S. B. *O auxílio reclusão sob o aspecto (in)constitucional*, 2012. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/3314/1/PDF%20-%20Alex%20Sandro%20Brito%20Ara%C3%BAjo.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. In: *Vade Mecum*. 3. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2019a. p. 179-314.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões*. 2018a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/bnmp-2-0/>. Acesso em: 29 jun. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *In: Vade Mecum*. 3. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2019h. p. 29-90.

BRASIL. *Decreto nº 22.872 de 29 de junho de 1933*. Crêa o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, regula o seu funcionamento e dá outras providências. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22872-29-junho-1933-503513-publicacaooriginal-1-pe.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22872-29-junho-1933-503513-publicacaooriginal-1-pe.html). Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 54 de 12 de setembro de 1934*. Aprova o regulamento do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-54-12-setembro-1934-498226-publicacaooriginal-1-pe.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-54-12-setembro-1934-498226-publicacaooriginal-1-pe.html). Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 4.729 de 09 de junho de 2003*. Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/D4729.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4729.htm). Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998*. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm). Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. *Lei Federal nº 3.807 de 26 de agosto 1960*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-3807-26-agosto-1960-354492-norma-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-3807-26-agosto-1960-354492-norma-pl.html). Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. *Lei Federal nº. 8.213 de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm). Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. *Lei Federal nº 13.846 de 18 de junho de 2019b*. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade; altera as Leis nos 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 7.783, de 28 de junho de 1989, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 9.620, de 2 de abril de 1998, 9.717, de 27 de novembro de 1998, 9.796, de 5 de maio de 1999, 10.855, de 1º de abril de 2004, 10.876, de 2 de junho de 2004, 10.887, de 18 de junho de 2004, 11.481, de 31 de maio de 2007, e 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; e revoga dispositivo da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, e a Lei nº 11.720, de 20 de junho de 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13846.htm). Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. *Medida Provisória nº 871 de 18 de janeiro de 2019c*. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade,... Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm). Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. INSS – Instituto Nacional do Seguro Social. *Portaria nº 09 de 15 de janeiro de 2019d*. Dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e dos demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social - RPS. Disponível em: [www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/59253484/do1-2019-01-16-portaria-n-9-de-15-de-janeiro-de-2019-59253472](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/59253484/do1-2019-01-16-portaria-n-9-de-15-de-janeiro-de-2019-59253472). Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. INSS – Instituto Nacional do Seguro Social. *Auxílio-Reclusão Urbano*, 2017. Disponível em: [www.inss.gov.br/beneficios/auxilio-reclusao-urbano](http://www.inss.gov.br/beneficios/auxilio-reclusao-urbano). Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – Infopen/2016. Disponível em: <https://www.gov.br/depem/pt-br/acesso-a-sistemas/sisdepen/infopen/Infopenjun2016.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Mulheres* – Infopen/2018b. Disponível em: [https://www.gov.br/depem/pt-br/acesso-a-sistemas/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](https://www.gov.br/depem/pt-br/acesso-a-sistemas/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf). Acesso em: 29 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – Infopen/2019e. Disponível em: dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias. Acesso em: 29 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. INSS – Instituto Nacional do Seguro Social. *Instrução Normativa nº 77 de 21 de janeiro de 2015*. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: [http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750). Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. *Projeto de Emenda Constitucional nº 304/2013a*. Altera o inciso IV do art. 201 e acrescenta o inciso VI ao art. 203 da Constituição Federal, para extinguir o auxílio-reclusão e criar benefício para a vítima de crime. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarIntegra?codteor=1123340&filename=PEC+304/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1123340&filename=PEC+304/2013). Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. *Projeto de Emenda Constitucional nº 06/2019f*. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459&fichaAmigavel=nao](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459&fichaAmigavel=nao). Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. *Projeto de Emenda Constitucional nº 09/2019g*. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintra?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintra?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019). Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5.671/2013b. Altera o artigo 80 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para ratear o Auxílio-Reclusão aos dependentes de vítima de homicídio. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=578842](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=578842). Acesso em: 23. jun. 2019.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 8.313/2014*. Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para modificar o Auxílio-Reclusão e prever proteção aos dependentes de vítima de homicídio. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858970](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858970). Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. *Publicação do Parecer da Comissão de Seguridade Social e Família*: de 28 de novembro de 2018c. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintra;jsessionid=7542386363512A3326C24C6CC0AB677F](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintra;jsessionid=7542386363512A3326C24C6CC0AB677F). proposicoesWebExterno1?codteor=1697212&filename=Tramitacao-PL+5671/2013. Acesso em: 22 jun. 2019.

DIAS, E. R.; MACEDO, J. L. M. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Método, 2010.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. Políticas Públicas e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 155-178, ago./dez. 2018.

HORVATH JR., M. *Direito Previdenciário*. 10. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

IBRAHIM, F. Z. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LIMA NETA, A. A. *Informe de Previdência Social*, Reflexões sobre o auxílio-reclusão, n. 10, v. 29, out. 2017: Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/02/informe17.10.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2019.

MINAYO, M. C. de S. (org.). *Pesquisa social. Teoria, método e criatividade*. 18. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

ROQUE, M. R. F. Auxílio-reclusão e PEC 304/2013: querem tirar o benefício de quem sequer o tem. *Revista Liberdades*, São Paulo, 19. ed. p. 26-34, maio/ago. 2015.

SARINGER, G. *Mulheres que recebem auxílio-reclusão relatam preconceito*. 2018. Disponível em: [noticias.r7.com/economia/mulheres-que-recebem-auxilio-reclusao-relatam-preconceito-11062018](http://noticias.r7.com/economia/mulheres-que-recebem-auxilio-reclusao-relatam-preconceito-11062018). Acesso em: 29 jun. 2019.

SILVA, J. J.; ANDRADE, G. D. Auxílio-reclusão e a EC 20/98: análise do requisito baixa renda à luz dos princípios constitucionais da seguridade social. *Cientific@*, Goianésia, v. 2, n. 1, p. 52-73. 2014.

# A CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO SOB A ÓTICA DA LEI Nº 13.467/17

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.34-40>

Recebido em: 24/4/2019  
Aceito em: 4/11/2020

***Brenno Augusto Freire Menezes***

Autor correspondente. Ministério Público do Trabalho. Av. Pres. Dutra, 4055 – Olaria, 76801-327. Porto Velho/RO, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/1113626419044543>. <https://orcid.org/0000-0001-6813-2163> [brennofreire19@live.com](mailto:brennofreire19@live.com)

***Mariése Garcia Costa Rodrigues de Alencar***

Centro Universitário Estácio de Sergipe. Aracaju/SE, Brasil.

## **RESUMO**

A pesquisa apresentada neste artigo busca analisar os aspectos positivos e negativos da condenação em honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho, considerando as alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, provenientes da entrada em vigor da Lei n. 13.467 de 2017. Atualmente, no que se refere à temática, o novo texto da CLT prevê a possibilidade de condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em todas as relações de trabalho, inclusive nas relações de emprego, indo de encontro ao entendimento dominante da doutrina e dos tribunais, incluindo o TST, até 2017. Mesmo, todavia, sendo o posicionamento minoritário, antes das alterações já existia uma tímida jurisprudência nos Tribunais Regionais do Trabalho do país no sentido favorável à condenação em honorários sucumbenciais, embasando o seu posicionamento na aplicação subsidiária do artigo 389 do Código Civil. A referida pesquisa pretender analisar os pontos positivos e negativos da efetivação de tal condenação, bem como a constitucionalidade das alterações.

**Palavras-chave:** Condenação. Honorários sucumbenciais. Justiça do Trabalho.

**DAMAGE IN FELLS SUCUMBENTIALS IN LABOR JUSTICE UNDER THE LAW OPTICS N° 13.467/2017**

## **ABSTRACT**

The research presented in this article intends to analyze the positive and negative aspects of the sentenced in attorney's fees in the Labor Court, considering the changes in the Consolidation of Labor Laws, coming from the entry into force of Law n. 13,467 out of 2017. Currently, concerning this thematic, the new text of the CLT, law 13467/17, provides for the possibility of such condemnation in all labor relations, including employment relations, which was contrary to the majority understanding of the Doctrine and Courts, including the TST, until 2017. However, even being a minority position, previously to the law modification, there was already a timid case law in the country's Regional Labor Courts in favor of sentenced in attorney's fees, based on its position in the subsidiary application of articles 389 of the Civil Code. This research intends to analyze the positives and negatives of the effectiveness of such sentence, as well as the constitutionality of those modifications.

**Keywords:** Sentence. Attorney's fees. Labor Justice.

## **SUMÁRIO**

1 Introdução. 2 Breve histórico acerca da condenação dos honorários na Justiça do Trabalho. 3 As alterações provenientes da reforma trabalhista no que se refere à condenação em honorários sucumbenciais. 3.1 A (In)constitucionalidade do artigo da lei que trata dos honorários. 4 Aspectos positivos e negativos da condenação em honorários sucumbenciais de acordo com o texto da nova reforma trabalhista. 5 Considerações finais. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema dos honorários sucumbenciais era bastante polêmico nos domínios do processo do trabalho, tendo em vista que existia um forte dissenso doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria, com a formação de duas correntes. Com a reforma trabalhista, decorrente das alterações trazidas pela Lei n. 13.467 de 2017, porém, esse cenário sofreu importantes alterações, conforme será tratado posteriormente.

Nesse contexto, antes da vigência da nova lei trabalhista existiam duas correntes acerca da condenação em honorários advocatícios na Justiça do Trabalho; uma delas, encabeçada pelo Tribunal Superior do Trabalho, trazia no bojo das suas súmulas 219 e 329, o entendimento de que, em regra, os honorários sucumbenciais não eram cabíveis na justiça laboral. Assim, a possibilidade da condenação em honorários sucumbenciais pelo vencido somente era admitida em hipóteses excepcionais, por exemplo, em casos em que a parte era beneficiária da assistência judiciária gratuita, desde que assistida pelo sindicato profissional, com condenação fixada de 10% a 20%.

A segunda corrente acerca do assunto, cujo posicionamento era minoritário, entendia que os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, em caso de sucumbência, seriam sempre devidos ao advogado, tendo em vista o disposto no artigo 133<sup>1</sup> da Constituição Federal e nos artigos 84 e 85 do Código de Processo Civil,<sup>2</sup> os quais são aplicados de forma subsidiária no Direito Processual do Trabalho. Além dos dispositivos citados, os defensores dessa corrente fundamentavam o seu entendimento ainda no artigo 22 da lei 8.906 de 1994,<sup>3</sup> que dispõe que a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados tanto por decisão judicial quanto por sucumbência.

Diante do dissenso jurisprudencial e doutrinário acerca do assunto e das alterações provenientes da Lei n. 13.467 de 2017, o presente artigo tem o objetivo de apresentar, por meio de uma linha do tempo, a temática dos honorários na Justiça do Trabalho. Assim, pretende-se apresentar o entendimento, que vinha sendo adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho, por meio de súmulas que restringiam vultuosamente a condenação dos honorários na justiça laboral, e o entendimento atual acerca do assunto, com a nova redação apresentada pela reforma trabalhista, que ampliou notavelmente o rol de possibilidades desse tipo de condenação.

Nesse sentido, buscar-se-á realizar uma análise detalhada acerca do assunto, verificando os seus pontos positivos e negativos, principalmente considerando que tal temática sofreu grandes alterações em todos os seus pontos, razão pela qual este estudo será feito considerando também a discussão acerca da constitucionalidade das recentes alterações.

Cumpre salientar que para o desenvolvimento deste artigo foram levantadas informações em diversas fontes, dentre elas a Consolidação das Leis Trabalhistas e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, além de obras doutrinárias e artigos jurídicos que abordam o tema em questão.

<sup>1</sup> Ressalte-se que, conforme redação do artigo 133 da Lei Maior, “o advogado é indispensável a administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

<sup>2</sup> Com relação ao atual Código de Processo Civil, os seus artigos 84 e 85 estabelecem que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios, conforme redação a seguir.

Art. 84 – As despesas abrangem as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha.

Art. 85 – A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

<sup>3</sup> Artigo 22 da lei 8.906/94 – A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.

§ 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

§ 3º Salvo estipulação em contrário, um terço dos honorários é devido no início do serviço, outro terço até a decisão de primeira instância e o restante no final.

§ 4º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituente, salvo se este provar que já os pagou.

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica quando se tratar de mandato outorgado por advogado para defesa em processo oriundo de ato ou omissão praticada no exercício da profissão.

## 2 BREVE HISTÓRICO ACERCA DA CONDENAÇÃO DOS HONORÁRIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

No Brasil, a discussão a respeito dos honorários advocatícios de sucumbência surge a partir da vigência do Código de Processo Civil de 1939, derivado do princípio da integralidade da reparação do dano.

O instituto dos honorários sucumbenciais, contudo, não era considerado aplicável à Justiça do Trabalho, porque nela prevalecia o *jus postulandi*, não sendo obrigatória a presença de advogado nas reclamações trabalhistas (CASTRO, 2017, p. 13).

O processo civil, em relação ao processo do trabalho, sempre tratou de forma diferente os honorários sucumbenciais, considerando estes de natureza alimentar, aplicando-lhe em qualquer situação a sucumbência, de forma diferente do processo trabalhista, que sempre trouxe restrições à condenação em honorários sucumbenciais, principalmente no tocante às relações de emprego.

O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, majoritário até a vigência da Lei nº 13.467 de 2017, era sustentado pelas súmulas 219<sup>4</sup> e 329 do egrégio Tribunal, e previa que os honorários advocatícios sucumbenciais na justiça do trabalho só seriam cabíveis nas relações diversas da de emprego.

Nas relações de emprego, em regra, os honorários eram meramente contratuais. Existiam, no entanto, duas situações em que os honorários eram sucumbenciais, excepcionando essa regra: Quando o empregado fosse beneficiário da justiça gratuita e estivesse assistido por sindicato da categoria profissional ou quando o sindicato atuasse como substituto processual. Em tais situações os honorários eram arbitrados inicialmente no percentual de 15%, passando ao percentual de 10% a 20% sobre o valor da condenação, após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

Ao mesmo tempo, uma segunda e minoritária corrente vinha apoiando os honorários sucumbenciais em todas as relações de trabalho, inclusive a de emprego, em qualquer situação, com fulcro no artigo 133 da Constituição Federal, artigos 84 e 85 do Código de Processo Civil e o artigo 22 da lei 8.906/94, sustentando a importância dos honorários advocatícios considerados verba de natureza alimentar.

Nesse sentido, Leone Pereira (2017, p. 191) afirmava que esse impasse, defendido pelo TST, acabava por prejudicar os empregados, uma vez que o único meio de remuneração dos advogados contratados por eles era os honorários contratuais, que, normalmente, eram pactuados em contrato do recebimento do valor máximo (30%) sob o valor da condenação, diminuindo os valores percebidos pelo trabalhador.

Diante de tal impasse, já existiam entendimentos que permitiam ao juiz de primeiro grau condenar a empresa vencida a arcar com os honorários contratuais, com o intuito de assegurar ao trabalhador a inteira reparação do dano, embasado nos artigos 389 e 404 do Código Civil.

Alguns magistrados atuantes no 1º grau da justiça do trabalho, mas precisamente presentes no corpo do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região, detinham o entendimento no sentido do cabimento da condenação do reclamado no pagamento dos honorários estabelecidos no contrato firmado entre o empregado e o seu advogado de forma indenizatória na justiça do trabalho nas relações de emprego.

<sup>4</sup> Súmula nº 219 do TST – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) – Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016. I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art. 14, § 1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I). II – É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista. III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego. IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90). V – Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º). VI – Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.

Dentre os que se posicionavam nesse sentido, destaca-se a magistrada Cinthia Lima de Araújo do TRT da 20ª Região. No momento de arbitrar referida indenização, a juíza embasava sua decisão com fulcro no artigo 389 do Código Civil, como pode ser observado a seguir.

#### *HONORÁRIOS CONTRATUAIS OU INDENIZAÇÃO DAS DESPESAS COM ADVOGADO.*

O artigo 389 do CCB/2002 consagrou o princípio da restituição integral das perdas e danos, impõe-se uma mudança de perspectiva quanto ao ressarcimento da despesa com advogado particular a que o empregado fica compelido, diante do descumprimento da lei trabalhista, a fim de mover a máquina judiciária para promover o recebimento dos seus créditos.

A faculdade de agir pessoalmente na Justiça do Trabalho (*jus postulandi* – artigo 791 da CLT) ou ser assistido por seu sindicato não obriga as partes a isso. Por outro lado, a estrutura sindical no país revela-se deficitária, não sendo capaz de atender à demanda por assistência judiciária gratuita atual.

Assim, desde que o autor esteja acompanhado de advogado particular, impõe-se a restituição integral desse valor, como regra de justiça e equidade. Embora não haja prova do percentual de honorários advocatícios contratados, segue-se a prática forense de 20% sobre o valor líquido da condenação. Dessa forma, defiro o pedido.

A referida decisão demonstra uma progressividade não só no fortalecimento da ideia de reconhecimento da natureza alimentar dos honorários advocatícios, mas também uma preocupação com os prejuízos sofridos pelo empregado, sujeito hipossuficiente nas relações de emprego.

Em que pese a progressividade da decisão, porém, a mesma quase sempre foi rechaçada quando reavaliada no 2º grau e, nas difíceis vezes que acatada por algum desembargador, acabava sendo rejeitada nos julgados dos ministros do Tribunal Superior do Trabalho. Apesar de tanta rejeição, daqueles que acreditavam nessa ideia, jamais deixou de seguir o seu posicionamento, e, durante muitos anos, até o dia da vigência da nova lei, continuaram aplicando o seu entendimento.

Por fim, alguns doutrinadores também já vinham defendendo, em suas obras jurídicas, outras possibilidades da condenação em honorários sucumbenciais previstas de forma limitada ou não incluídas nas súmulas, por exemplo, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais nas ações acidentárias. Tal situação não estava prevista na redação das súmulas, mas colaborou, posteriormente, na alteração do entendimento jurisprudencial do próprio tribunal (LEITE, 2017, p. 928).

Um dos pontos mais relevantes trazidos no bojo da reforma trabalhista de 2017, todavia, diz respeito às alterações quanto à possibilidade de condenação em honorários sucumbenciais na justiça laboral no que concerne às relações de emprego.

### **3 AS ALTERAÇÕES PROVENIENTES DA REFORMA TRABALHISTA NO QUE SE REFERE À CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS**

É notório que, mesmo com a prevalência do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a aplicação dos honorários advocatícios na justiça do trabalho, alguns doutrinadores e magistrados já embasavam suas ideias de forma diferente, fortalecendo a concepção da natureza alimentar dos honorários advocatícios.

A reforma trabalhista, vigente a partir de novembro de 2017, no entanto, trouxe no seu bojo significantes mudanças no que se refere à condenação em honorários sucumbenciais na justiça do trabalho. Todas as considerações supracitadas devem ser reexaminadas em razão do artigo 791-A da CLT, acrescentado pela Lei n. 13.467/2017.

A primeira delas prevê a condenação em todas as relações de trabalho, inclusive as de emprego, em favor do advogado, ainda que atue em causa própria, fixados entre 5% e 15% sobre o valor da condenação, ou seja, do proveito econômico obtido. Destaca a nova lei que também serão devidos os honorários sucumbenciais na reconvenção.

O §1º, do supramencionado dispositivo legal, consolidou o entendimento de que cabe, inclusive, honorários sucumbenciais perante a Fazenda Pública, bem como nos processos em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria, seguindo a inteligência do novo CPC, que, em 2015, alterou a redação da Súmula nº 219, do TST (TEIXEIRA FILHO, 2017, p. 86).

Cumpre salientar, ainda, que, ao fixar os honorários, o juízo observará as seguintes condições: o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo advogado, bem como o tempo exigido para o seu serviço.

É importante destacar, também, que, na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários para ambas as partes litigantes, sendo vedada a compensação entre as partes.

Por fim, ressalta o novo texto trabalhista que, vencido o beneficiário da justiça gratuita e que, caso litigue em outras demandas e não alcance créditos suficientes para saldar sua condenação sucumbencial, sua dívida ficará suspensa por dois anos. Ultrapassado tal lapso temporal e permanecendo na situação de hipossuficiente, o reclamante terá sua dívida extinta.

Dessa forma, continua existindo a faculdade do *jus postulandi* das próprias partes, aplicando-se, no que couber, a Súmula 219 do TST. Caso, entretanto, elas estejam litigando com o patrocínio de advogado, a este serão devidos honorários advocatícios nos termos do artigo 791-A da CLT.

### 3.1 A (In)Constitucionalidade do Artigo da Lei que Trata dos Honorários

Um ponto controverso, após a aprovação da nova lei trabalhista, diz respeito à (in)constitucionalidade da condenação em honorários de sucumbências na justiça do trabalho nas relações de emprego, com a alegação de que tal condenação prejudicará o hipossuficiente da relação de emprego. Alguns doutrinadores entendem que esse ponto, trazido na reforma, encontra-se eivado de vício de inconstitucionalidade, porém, de fato, isso não acontece; são vários os argumentos que podem comprovar que não lhes cabe razão, como pode ser analisado a seguir.

Entende parte da doutrina que as normas constantes do artigo 791-A, caput e §§ 1º até 5º, da CLT – se lido em sua literalidade –, podem dificultar o acesso ao direito e às garantias constitucionais fundamentais da justiça gratuita (artigo 5º, XXXV, CF), bem como pode violar o direito, garantia e princípio fundamentais do amplo acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, CF), relativamente à grande maioria das pessoas físicas trabalhadoras do país (GODINHO, 2017, p. 328).

O referido entendimento leva em consideração os elevados riscos econômico-financeiros que passam a envolver as pessoas detentoras de ínfimas rendas, que, normalmente, no processo do trabalho, é o hipossuficiente da relação jurídica processual.

Tal inconstitucionalidade, porém, não merece prosperar, uma vez que os honorários sucumbenciais são necessários nessa seara do direito em todas as suas relações, inexistindo inconstitucionalidade, e, pelo contrário, protegendo direitos fundamentais previstos na Constituição Federal vigente em nosso ordenamento jurídico.

O advogado, como se observa no artigo 133 da Constituição Federal, “é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Além disso, a Lei Maior sustenta como um de seus fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa.

É importante destacar, também, a natureza alimentar dos honorários advocatícios, sejam eles contratuais ou sucumbenciais. O atual Código de Processo Civil, ao abordar o assunto, trata a referida verba como alimentar, conforme dispõe o seu artigo 85, §14: “Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial”.

Vale ressaltar, ainda, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria. Em que pese não ter competência sob a justiça laboral, o STJ já reconheceu devidamente a natureza alimentar dos honorários em diversos julgados, por meio de inúmeros Recursos Especiais, tais como o REsp 706331/PR e o REsp 1.152.218/RS.

No mesmo sentido, entende o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, que os honorários advocatícios, sejam eles sucumbenciais ou não, têm natureza alimentar e são necessários para a sobrevivência da pessoa humana, desenvolvendo, dessa forma, a manutenção do trabalho humano e autônomo, como é o caso do advogado.

Conclui-se, dessa maneira, que a Lei nº 13.467/17 alterou a CLT para introduzir, ao processo do trabalho, o princípio da sucumbência, aplicando-se subsidiariamente o CPC. Assim, acredita-se que a referida modificação no processo trabalhista trará benefícios especialmente aos advogados, que passarão a receber honorários sucumbenciais.

#### **4 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DE ACORDO COM O TEXTO DA NOVA REFORMA TRABALHISTA**

Uma vez apresentados os distintos posicionamentos acerca da constitucionalidade do dispositivo que possibilitou, como regra, a condenação de honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho, cabe analisar, de forma breve, alguns aspectos positivos e negativos relativos à tal alteração.

No que se refere ao aspecto positivo a se observar com todas as alterações, um dos principais é que, caso a parte sucumbente condenada em honorários não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar as obrigações decorrentes da sucumbência, a dívida da condenação sucumbencial fica suspensa durante dois anos e, caso continue em situação de hipossuficiência, extingue-se a obrigação.

É muito importante observar como o texto trabalhista vem a favorecer o empregado hipossuficiente, uma vez que, mesmo tendo criado essa regra de forma subsidiária ao Código de Processo Civil, estipulou um prazo para cessar a condenação bem inferior a este, uma vez que o CPC prevê que a condenação fica suspensa durante cinco anos, três anos a mais do que prevê a nova reforma trabalhista.

Isso, com certeza, irá favorecer muito ao empregado, posto que dificilmente uma pessoa deixará a condenação de hipossuficiência no interstício de dois anos.

Com relação aos pontos negativos da reforma quanto ao tema abordado, um dos que mais chama a atenção é a hipótese de procedência parcial, uma vez que o juízo condenará em honorários sucumbenciais ambas as partes, sendo proibida a compensação entre honorários.

Dessa maneira, o empregado, quando figurar no polo ativo da demanda, deverá ter muito cuidado com o que realmente vai pedir na inicial, uma vez que, caso o juiz indefira seu pedido em sentença, o mesmo arcará com os custos processuais referentes às custas judiciais e honorários sucumbenciais.

Apesar de ser um ponto negativo no que compete aos custos para o reclamante, tal novidade, trazida na nova lei trabalhista, com certeza irá propiciar um grande conforto na considerável demanda da justiça laboral, posto que o reclamante, ao entrar com uma ação trabalhista, deverá ser orientado pelo seu procurador a relatar e pedir apenas aquilo que lhe foi lesado, sob pena de arcar com altos valores e podendo acabar saindo com um saldo negativo no resultado final da lide.

#### **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo buscou analisar as alterações legislativas trazidas pela Lei nº 13.467/17 referentes aos honorários sucumbenciais. Para isso, foram examinadas cada uma das modificações no pagamento dos honorários sucumbenciais advocatícios.

Ademais, este artigo buscou elucidar algumas questões controvertidas a respeito dos honorários sucumbenciais, as quais ainda estão sendo discutidas e pacificadas pela doutrina e jurisprudência pátria.

Diante do exposto, percebe-se que a reforma trabalhista pouco deixou a desejar quanto a esse ponto trazido em seu corpo. De fato, os honorários sucumbenciais são necessários nessa seara do direito em todas as suas relações, inexistindo constitucionalidade, e, pelo contrário, protegendo direitos fundamentais previstos na Lei Maior.

Ainda há, porém, muito a ser considerado acerca da reforma trabalhista, principalmente levando em conta os diversos pontos de alterações na legislação trabalhista trazidos com a Lei nº 13.467 de 2017 e os prováveis impactos e mudanças que a mesma surtirá nas rotinas de trabalho e emprego dos setores produtivos do país.

Os doutrinadores, em suas obras posteriores à reforma trabalhista, ainda mostram-se bastante silentes quanto ao conteúdo abordado neste artigo, não manifestando ou manifestando pequenos comentários a respeito da temática.

Alguns apenas apresentam a literalidade dos novos artigos, outros atentam-se a tecer comentários mais aprofundados, apontando, inclusive, a (in)constitucionalidade do artigo 791-A da CLT.

Sendo assim, tentou-se, por meio dos comentários deste artigo, atualizar os leitores e a sociedade como um todo sobre as novas regras a respeito da condenação em honorários sucumbências na justiça do trabalho, que, inclusive, já se encontra em vigor. Somente no futuro, todavia, poderá se notar quais os impactos que as alterações trazidas pela Lei nº 13.467/17 acarretarão aos honorários advocatícios sucumbenciais, porém algumas ideias já foram trazidas neste breve escrito.

## 6 REFERÊNCIAS

- AMORIM, Erica Ribeiro Guimarães. *As alterações trazidas pela Lei nº 13.467/17 ao acesso à justiça: os impactos da reforma trabalhista à efetividade da Justiça do Trabalho no Brasil. Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I. Organização Conpedi/Ufba.* Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/4s56827c/fTp824WAm8qhpt22.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Nº 706331.* Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7198271/recurso-especial-resp-706331-pr-2004-0168203-0-stj/relatorio-e-voto-12948038>. Acesso em: 20 out. 2017a.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1152218.* Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/144439769/recurso-especial-n-1152218-rs-do-stj>. Acesso em: 20 out. 2017a.
- BRASIL. *Amatra 9ª Região. Honorários de Sucumbência Recíproca na Justiça do Trabalho – Lei Nº 13.467/2017: Segurança Jurídica, Aplicação Intertemporal e Critérios de Fixação.* Disponível em: <http://www.amatra9.org.br/honorarios-de-sucumbencia-reciproca-na-justica-do-trabalho-lei-no-13-4672017-seguranca-juridica-aplicacao-intertemporal-e-criterios-de-fixacao-eduardo-milleo-baracat/>. Acesso em: 20 maio 2018.
- CASTRO, Antônio Escosteguy. *O acesso à Justiça e as alterações trazidas pela Lei 13.467/17: a reforma trabalhista e os seus impactos no processo do trabalho.* 2017. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/jornal/restricao-ao-acesso-justica-na-lei-13-46717/>. Acesso em: 23 set. 2018.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017.* São Paulo: LTR, 2017.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MANFREDINI, Aryanna; SARAIVA, Renato. *Processo do trabalho.* 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MARTINS. Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho.* 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil.* 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- PEREIRA. Leone. *Manual de processo do trabalho.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PEREIRA. Leone. *Manual de processo do trabalho.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017.* São Paulo: LTR Editora, 2017.

# ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA: Uma Análise do Caso do Trabalho Análogo ao de Escravo no Estado do Amazonas

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.41-48>

Recebido em: 30/4/2020

Modificações solicitadas em: 26/6/2020

Aceito em: 21/7/2020

***Brychtn Ribeiro de Vasconcelos***

Autor correspondente. Universidade do Estado do Amazonas. <http://lattes.cnpq.br/0445762148028931>.  
<https://orcid.org/0000-0002-8567-8499>. [brychtn@gmail.com](mailto:brychtn@gmail.com)

***Daphine Ramiro Herrera***

Departamento de Ciências Biológicas da Unesp. Bauru/SP, Brasil.

## RESUMO

O combate ao trabalho escravo no Brasil passou a ter expressão a partir da alteração do Código Penal brasileiro e por meio da Constituição Federal. Atualmente, a escravidão contemporânea apresenta-se como violação da dignidade humana, dos valores sociais do trabalho e da liberdade e, apesar das leis e intervenções existentes, o trabalho análogo à escravidão persists, todavia, sob novas formas, sendo um problema que necessita ser analisado a fim de responder essa contingência. Este artigo trata da análise do caso do trabalho análogo ao de escravo no Estado do Amazonas, no município de Barcelos, em 2014. Baseado no método dedutivo, pautado na análise documental, conclui-se que o resgate de 13 trabalhadores em condições análogas à de escravo demonstra a importância de fiscalização e participação dos órgãos públicos. Para, porém, o combate ao trabalho análogo ao de escravo, é necessário a regulamentação da atividade extractivista e a eliminação do avanço e políticas públicas educacionais em conjunto com leis precisas e fiscalização eficaz.

**Palavras-chave:** Trabalho escravo. Dignidade da pessoa humana. Trabalhadores resgatados. Políticas públicas.

**CONTEMPORARY SLAVERY: AN ANALYSIS OF THE CASE OF LABOR ANALOGOUS TO THAT OF SLAVE IN THE STATE OF AMAZONAS**

## ABSTRACT

The action against slave labor in Brazil has come to be expressed through the amendment of the Brazilian Penal Code and the Federal Constitution. Currently, contemporary slavery presents itself as a violation of human dignity, the social values of work and freedom and, despite existing laws and interventions, work analogous to slavery persists, however, in new forms, being a problem that needs to be analyzed in order to answer this contingency. This paper analyses the case of work analogous to slavery in the State of Amazonas, in the municipality of Barcelos in 2014. Based on the deductive method, on documentary analysis, it is concluded that the rescue of 13 workers in conditions analogous to slave labor, demonstrates the importance of inspection and participation by public agencies. However, in order to combat the work analogous to slavery, it is necessary to regulate extractive activities, eliminate the aviation and educational public policies in conjunction with precise laws and effective inspection.

**Keywords:** Slave labor. Dignity of the human person. Rescued workers. Public policy.

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A história da escravidão no Brasil. 3 Escravidão contemporânea. 4 Condições análogas ao trabalho escravo na Região Norte no Estado do Amazonas. 5 Propostas de soluções para os desafios enfrentados. 6 Conclusões. 7 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

No Brasil, apesar de a escravidão ter sido abolida há 131 anos por meio da promulgação da Lei Áurea, ainda hoje é notória a presença de um grande número de trabalhadores escravizados, sob novas formas de sujeição do indivíduo, nas diversas regiões do país, o que contrapõe a convicção institucionalizada de que a interdição normativa basta para encerrar o fenômeno.

O Código Penal brasileiro e a Constituição Federal de 1998 incriminam qualquer conduta de reduzir alguém à condição análoga à de escravo, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda assim, historicamente, o Estado brasileiro desempenhou diferentes papéis quanto ao trabalho escravo, legitimando-o em alguns momentos e criminalizando-o em outros.

O trabalho escravo apresenta-se como uma violação aos direitos humanos renitente no Brasil. Paralelamente, existe, há mais de duas décadas, um sistema de combate ao trabalho escravo sendo introduzido pelo Estado brasileiro, que deriva de um conjunto de políticas públicas que tem enfatizado as ações de repressão ao trabalho escravo por meio das fiscalizações e do resgate de trabalhadores (SUZUKI, 2017).

No início de 2014 uma operação conjunta entre Ministério Público do Trabalho (MPT) e o Ministério Público Federal no Amazonas (MPF-AM) resgatou 13 trabalhadores em condições análogas à de escravo no Amazonas, Região Norte do país. Essa notícia, entre outras, mostra que o trabalho escravo é ainda uma realidade e um problema que merece atenção.

Assim, embora a escravidão tenha sido abolida e institucionalizada, as práticas atuais que submetem os trabalhadores a condições degradantes e exaustivas de trabalho, tendo a liberdade restringida, apresentam-se como uma nova forma de escravidão contemporânea e uma problemática, marcada pela desigualdade endêmica de sua estrutura, que necessita ser analisada a fim de responder a essa contingência.

Diante das constantes operações e notícias sobre essa temática, estudos que visam a compreender as bases do trabalho escravo contemporâneo são de importância crescente, pois apresentam reflexos em toda a estrutura social, impactando nas relações jurídicas e no posicionamento e atuação dos órgãos responsáveis pelo combate e fiscalização dessa prática.

Sendo assim, o presente artigo tem por objetivo analisar as características do trabalho análogo ao de escravo, focando especificamente no estudo de caso do trabalho escravo registrado no Estado do Amazonas, no município de Barcelos, e a violação aos fundamentos constitucionalmente protegidos, apresentando os aspectos que evidenciam a sua concretização.

O procedimento metodológico trabalhado foi o método dedutivo e o discurso do tipo expositivo-argumentativo, uma vez que foram analisados materiais pesquisados a partir de uma revisão de literatura e da legislação em vigor no que se refere às formas análogas à de escravidão. A elaboração foi quanto ao tipo básico e documental por meio da atualização e da investigação do conhecimento da pesquisa.

A estratégia metodológica utilizada para mapear a estrutura do conhecimento sobre a escravidão no Brasil ocorreu por análise quali-quantitativa, e foram compiladas a partir de conclusões dos artigos, textos e dados.

## 2 A HISTÓRIA DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL

O Brasil Colônia tinha como sentido econômico exclusivamente a exportação. Consequentemente, não houve o desenvolvimento de um mercado interno com necessidade de existência de trabalhadores assalariados para consumir tal produção. Surge, assim, a necessidade de trabalho compulsório para atender ao próprio sentido da colonização, e o escravismo adquire a natureza de modo de produção dominante (SILVA; BOAVENTURA, 2014).

No início lograram atrair tribos indígenas a colaborar na obra da colonização, engajando-os como trabalhadores nas fazendas e engenhos. Os processos brutais empregados pelos portugueses para forçar os indígenas ao trabalho, porém, não os atraíam, forçando-os a fugas e confrontos constantes (PRADO JR., 2012).

A escravidão indígena manteve-se até meados do século 18, quando foi totalmente abolida, seja pela baixa densidade demográfica da população, pela dizimação provocada pelas doenças ou pela evasão dos indígenas, e substituída apenas pelos escravos africanos que se constituía em atividade extremamente lucrativa (PRADO JR., 2012; MIRAGLIA, 2015).

Ao percorrer a costa africana no século 15, os portugueses já haviam começado o tráfico de africanos, facilitado por sociedades que conheciam o valor mercantil do escravo. Os cálculos sobre o número de pessoas transportadas como escravos para o Brasil variaram muito, mas estimativas mostram que entre 1550 e 1855 entraram pelos portos brasileiros cerca de 4 milhões de escravos (FAUSTO, 2012).

Os grandes centros importadores de escravos no Brasil foram Salvador, que utilizava o fumo produzido no Recôncavo como moeda de troca, e o Rio de Janeiro, superando a Bahia com a descoberta das minas de ouro, o avanço da economia açucareira e o grande crescimento urbano da capital a partir do início do século 19 (FAUSTO, 2012).

A estrutura social da colônia era extremamente simples no primeiro século e meio da colonização. De um lado os proprietários rurais, senhores de engenho e fazendas; do outro a população dos trabalhadores do campo, os escravos, ou seja, toda a população vive na dependência dos senhores rurais (PRADO JR., 2012).

Na ordem política, até meados do século 17 a autoridade era exercida dentro dos limites da sede do governo-geral, representando, assim, a fixação de um polo administrativo na organização da Colônia (FAUSTO, 2012), e as massas populares eram mantidas numa sujeição completa por diplomas normativos vigentes e instituições opressivas que legitimavam a escravidão.

Em 1830 a Inglaterra propôs um tratado com o intuito de extinguir a entrada de novos escravos no território brasileiro, declarando livres os escravos que entrassem no Brasil após 1831, e prevendo aplicações severas aos traficantes de escravos. Somente em 1850, porém, inicia-se a abolição ao tráfico de escravos no Brasil (OLIVEIRA, 2017).

A Lei do Ventre livre foi aprovada em 1871, declarando livres os filhos da mulher escrava que nascessem a partir daquele ano e, em 1885, a Lei dos Sexagenários libertava os escravos que chegasse aos 60 anos de vida (BRASIL, 2017).

A Lei nº 3.353, conhecida como Lei Áurea, foi promulgada em 1888, declarando extinta a escravidão no Brasil. De acordo com Oliveira (2017), a Lei Áurea é considerada um marco definitivo após anos de luta, em processo de abolição lento e gradual, que aprovou leis que pouco valeram.

### 3 ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA

Com o passar do tempo a escravidão adquiriu distintos conceitos e nomenclaturas. Após 131 anos, os sistemas de produção e os modos de contratação mudaram, assim como as formas de exploração do trabalho humano, a legislação e a própria escravidão (LACERDA; TOSTES; CANTELLI, 2018).

O termo “escravidão” é tradicionalmente compreendido como a submissão de um indivíduo a outro. De acordo com Cerqueira (2017), a Convenção de Genebra, de 1926, define escravidão como “estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade”. Essa definição remete-nos ao período colonial, porém persiste atualmente a escravidão mediante métodos de coação mais complexos que precisam ser cuidadosamente examinados.

O combate ao trabalho escravo no Brasil passou a ter expressão a partir da edição da Lei nº 10.803, de 2003, que alterou profundamente o artigo 149 do Código Penal brasileiro, tipificando como crime de reclusão de dois a oito anos submeter alguém a trabalhos forçados, jornadas exaustivas, condições degradantes e liberdade restrinida por terem contraído dívida junto a seus empregadores (BRITO FILHO, 2012).

O Código Penal trouxe, de fato, condutas aptas a caracterizar o ilícito penal do trabalho escravo, porém são as normas internacionais sobre direitos humanos e a Constituição Federal, ao dispor sobre dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho (artigo 1º), que dão conteúdo jurídico à tipificação do crime (MIRAGLIA; SOUZA; CHAVES JR., 2018).

Atualmente, a *escravidão contemporânea* pode ser tratada como *escravidão branca*, que, por sua vez, é utilizada no sentido de demonstrar que a exploração do trabalho escravo contemporâneo não leva em conta a raça ou a cor do trabalhador (BELISÁRIO, 2005), ou, também, *trabalho em condições análogas à de escravo*,

expressão que se encontra em sintonia com o disposto no artigo 149 do Código Penal, igualmente denominado pela doutrina de *plágio*, que consiste em reduzir alguém à condição análoga à de escravo (MIRABETE, 2005).

Seja como for, independentemente da terminologia utilizada, observa-se que o ponto comum das distintas formas de apresentação do trabalho em condições análogas à de escravo é a violação à dignidade do trabalhador (LACERDA; TOSTES; CANTELLI, 2018).

Apesar das leis e intervenções de combate ao trabalho em condição análoga à escravidão, dados coletados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 2019, estimam que 40 milhões de pessoas são submetidas a regimes de trabalho forçado no mundo. De acordo com Miraglia (2015), o Brasil convive, hoje em dia, com cerca de 40 mil indivíduos sujeitos ao trabalho em condição análoga ao de escravo.

Desse modo, é fundamental que a análise do trabalho escravo concreto seja feita à luz da dignidade humana. O Direito do Trabalho deve conceituar o trabalho em situação análoga à de escravo, de modo a abranger todo aquele trabalho que desrespeite a dignidade da pessoa humana (LACERDA; TOSTES; CANTELLI, 2018).

## 4 CONDIÇÕES ANÁLOGAS AO TRABALHO ESCRAVO NA REGIÃO NORTE NO ESTADO DO AMAZONAS

De acordo com Miraglia (2015), a escravidão contemporânea faz, historicamente, suas vítimas no meio rural principalmente nas atividades de pecuária, agricultura, desmatamento, extrativismo e produção de carvão. Apesar de todos os esforços realizados nas últimas duas décadas, a exploração ilícita da mão de obra de trabalhadores permanece como um problema social grave no país.

No Estado do Amazonas, entre 2008 e 2014, foram resgatados 376 trabalhadores em condições análogas à de escravo. Em 2014, foram realizadas duas ações fiscais que resultaram no resgate de trabalhadores na região do alto e médio Rio Negro, nos municípios de Santa Isabel e Barcelos, envolvendo a extração da palmeira piaçava (*Leopoldinia piassaba*) (CPT, 2015).

No município de Barcelos, a 405 quilômetros de Manaus, uma operação conjunta entre o Ministério Público do Trabalho (MPT) e o Ministério Público Federal no Amazonas (MPF-AM) resgatou 13 trabalhadores em condições análogas à de escravo.

Segundo os dados do MPT (2014), o grupo trabalhava na extração de piaçava – fibra largamente utilizada na confecção de vassouras. Os trabalhadores eram submetidos a jornadas excessivas de trabalho e ao aviamento – servidão por dívida – ou seja, os trabalhadores eram impelidos por intermediários, chamados de “patrõezinhos” ou “aviadores”, a contrair dívidas com o empregador antes de iniciar a atividade, a partir de adiantamentos em dinheiro ou insumos, com valores superfaturados em até 140%.

De acordo com a Procuradoria da República no Amazonas, as dívidas surgidas desses adiantamentos costumam consumir quase toda – quando não toda ou ser mesmo superior a ela – a remuneração devida aos piaçaveiros. Estabelece-se, assim, um ciclo de repressão da forma de trabalho por meio da dívida e outros mecanismos de dominação.

O regime de aviamento é proibido pela legislação brasileira, em normas como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e o Código Penal. De acordo com a CLT, o empregador é vetado de efetuar qualquer desconto nos salários dos empregados, salvo ressalvas, exercendo coação no sentido que os empregados utilizem serviços de venda de mercadorias da empresa visando o lucro ou benefício para esta. Já o Código Penal veda restringir, por qualquer meio, a locomoção em razão de dívida contraída com o empregador.

Segundo a Procuradoria da República no Amazonas (Pram), o relatório da fiscalização realizada em Barcelos descreve que os alojamentos eram construções improvisadas no interior da Floresta Amazônica, sem condições básicas de subsistência, segurança e higiene. Desta forma, 11 trabalhadores pernoitavam em barracos improvisados, um dormia num casebre de madeira e dois pernoitavam em pequenas embarcações atracadas nos igarapés próximos às frentes de trabalho (PRAM, 2014).

A água consumida era captada por eles mesmos no rio ou nos igarapés, sujeita a contaminações, e não havia energia elétrica em nenhum desses locais. A rotina de trabalho consistia na extração das fibras da piaçava de segunda a sexta-feira e os sábados e domingos eram reservados apenas para o beneficiamento do produto, penteando e amarrando a piaçava (PRAM, 2014).

Ainda de acordo com o relatório, para evitar provas de crime o empresário do ramo de piaçava omitiu, em documentos de Previdência Social, o nome dos trabalhadores, seus dados pessoais, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços e sua remuneração (PRAM, 2014).

Do inquérito do MPF resultam dois processos na Justiça Federal (esferas penal e cível), e do inquérito do MPT resultou um processo na Justiça do Trabalho (esfera trabalhista).

Na denúncia, Processo 0016064-35.2014.4.01.3200 – 4ª Vara da Justiça Federal –, o MPF-AM pede à Justiça Federal a condenação do empresário pelos crimes de redução à condição análoga à de escravo, previsto no artigo 149 do Código Penal, de frustração de direito assegurado por lei trabalhista, constante do artigo 203 do Código Penal, e de falsificação de documento público, relativo ao artigo 297 do Código Penal (BRASIL, 2014).

Este processo encontra-se no *status* “em movimentação” em consulta virtual. Na sua última sentença, o réu foi absolvido em primeira instância no que se refere ao artigo 149, depois de constatado não haver indícios de tal crime conforme apontado a partir de depoimentos de testemunhas; os demais foram encaminhados à Justiça Estadual.

No processo 0014847-20.2015.4.01.3200 – 3ª Vara da Justiça Federal – a empresa e o proprietário foram processados pelo MPF-AM a reparar o dano moral coletivo sofrido pelos povos tradicionais da região, ficando proibidos de comercializar as fibras de piaçava sobre regime de aviamento, devendo formular pedido de desculpas à comunidade local bem como financiar material didático sobre trabalho escravo contemporâneo. Os bens da empresa foram bloqueados até o limite de R\$ 500.000,00 pela Justiça (BRASIL, 2015).

Em ação civil pública, Processo 607-55.2014.5.11.401 – 11ª Região do Tribunal Regional do Trabalho –, o MPT busca a reparação pelos danos causados pela empresa e pretende garantir o pagamento das verbas rescisórias e indenizações dos trabalhadores resgatados (BRASIL, 2019).

O processo requer, ainda, que a empresa seja condenada a cumprir 26 obrigações, que se circunscreviam enquanto regras básicas trabalhistas, que poderiam assegurar o respeito ao princípio da dignidade humana. Atualmente, este processo está tramitando ainda em “grau de recurso”, ou seja, o processo foi para uma instância superior (2ª instância) para confirmar ou não a sentença já proferida, posto que houve recurso por parte do réu.

A partir da decisão limiar, e já no processo 0008134-89.2016.4.01.0000, outra sentença é dada: a empresa e seu proprietário têm obrigação de não fazer, consistente em abstenção quanto à exploração do trabalho e à comercialização de piaçava baseados no regime de aviamento, deixando de promover qualquer tipo de adiantamento ou relação não regularizada com os trabalhadores, tampouco cobrança quanto a supostas dívidas pretéritas baseadas naquela relação.

A ação prevê, ainda, que os requeridos formulem pedido de desculpas, nos autos do processo, direcionado aos povos tradicionais da região onde houve exploração ilegal do trabalho sob regime de aviamento, com ampla publicidade no meio radiofônico durante um mês.

Diante disso, com o trânsito em julgado do processo, as constrições existentes sobre os bens dos requeridos foram retiradas, bem como devolvidos os valores bloqueados com base no artigo 18 da Lei nº 7.347/1985. Essa nova sentença absolve o mesmo réu na ação penal do crime de redução à condição análoga à de escravo (Processo 0016064-35.2014.4.01.3200).

## 5 PROPOSTAS DE SOLUÇÕES PARA OS DESAFIOS ENFRENTADOS

A partir das análises históricas, legislativas e do estudo do caso sobre o trabalho análogo à escravidão no Brasil e, em especial na região do Rio Negro no Amazonas, faz-se necessário examinar os desafios observados no combate ao trabalho análogo à escravidão.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa são fundamentos do Estado brasileiro, atributos que todo ser humano possui independente de sua origem, raça, sexo, cor ou condição social. O princípio constitucional da dignidade humana, portanto, assegura um tratamento humano e não degradante e garante o respeito à integridade física, psíquica e moral do ser humano (DUSEK, 2015).

De acordo com Sarlet (2015), a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegure a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano e lhe garanta as condições existenciais mínimas para a vida saudável.

A redução à condição análoga à de escravo fica caracterizada também quando há restrição, por qualquer meio, da liberdade de locomoção, como em razão de servidão por dívida e retenção de documentos (HADDAD, 2013). O direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, é um fundamento garantido a todos, sem distinção de qualquer natureza pela Constituição Federal.

Quando existe a prática do trabalho análogo ao de escravo, como meio para atingir um fim, como mão de obra barata, com ideia de superproduzir e de obter superlucro, estando estes trabalhadores desprovidos de condições mínimas de segurança, higiene, sobrevivência e locomoção, há a violação tanto da dignidade da pessoa humana quanto dos valores sociais do trabalho e da liberdade.

Com isso, a lesão desses fundamentos ocorre quando trabalhadores são submetidos ao regime de avamento, sem poder ir e vir, alojados sem condições de subsistência, alimentação precária, jornadas árduas de trabalho e omissão dos direitos trabalhista, como visto no caso dos piaçaveiros em Barcelos, no Amazonas.

Zuardi, Ramos-Filho e Bentes (2019) sugerem que se estabeleça uma definição de trabalho análogo à escravidão no Brasil que inclua todas as formas dessa prática, além do fortalecimento da legislação, da fiscalização e do combate do trabalho análogo à escravidão.

Um dos desafios enfrentados pelo Brasil consiste na definição de trabalho análogo à escravidão. Apesar de todos os instrumentos citados até aqui, em 2017 o Ministério do Trabalho publicou a Portaria nº 1.129, que alterava os conceitos que devem ser usados pelos fiscais para identificar trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas à escravidão para fins de concessão de seguro-desemprego ao trabalhador resgatado em fiscalização, bem como o modo como é feita a inclusão de empresas na chamada “lista suja”, que engloba aqueles que desrespeitam os direitos trabalhistas.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a medida muda o conceito dessa violação e pode causar o aumento da desproteção e da vulnerabilidade dos trabalhadores, pois coloca em risco o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU (ODS) (LAPORTA, 2017).

O país precisa combinar de modo a conciliar todas as relações aos instrumentos já estabelecidos quanto à definição do trabalho análogo à escravidão e caminhar no sentido de complementá-los por outros que tenham o objetivo de trazer mais proteção aos trabalhadores, levando em conta o estado ou condição do indivíduo e o exercício de algum atributo do direito à liberdade individual como fundamentos principais.

Para enfrentar esse cenário é fundamental haver legislação eficaz para enfrentar o trabalho escravo, combatê-lo por meio de penas impostas aos empregadores e, principalmente, viabilizar a atividade extrativista. De acordo com Haddad (2013), a eliminação do trabalho escravo nas fazendas depende da superação da estrutura agrária desigual caracterizada por relações sociais de dominação e poder.

Medidas efetivas devem ser tomadas pelo Poder Público com o compromisso no sentido de regularizar a cadeia produtiva da piaçava e acabar com o regime de avimento na atividade extrativista do Estado do Amazonas e em outras regiões do Brasil, por meio do fortalecimento da atividade econômica para a redução do desemprego e dos trabalhos informais.

Além disso, não bastam ações pontuais de fiscalização; é necessário um conjunto de medidas de valorização e reparação dos trabalhadores e dos espaços de trabalho, dando condições para o desenvolvimento autônomo de suas relações sociais, bem como o acesso às políticas públicas.

De acordo com Zuardi, Ramos-Filho e Bentes (2019), uma boa solução para prevenir que pessoas em vulnerabilidade sejam vítimas do trabalho escravo é investir em medidas de capacitação profissional em áreas carentes e uma rede de atendimento para as vítimas de tal prática.

Ações que levem a políticas públicas educacionais específicas são essenciais neste contexto, formando cidadãos ativos e aptos a participarem da vida social. Medeiros (2008) interliga a educação e o trabalho como soluções para o desenvolvimento individual e social, pois a qualificação melhora a condição de alta vulnerabilidade e agrega valor à atividade desenvolvida pelos trabalhadores.

Um exemplo de política pública educacional é o Plano Nacional de Qualificação (PNQ), criado a partir de 2003 para ações de qualificação social e profissional, integrado por vários planos regionalizados, com parceria de todas as esferas do governo e iniciativa privada, atendendo às demandas por qualificação com base na territorialidade, levando em consideração as peculiaridades de cada região (PENHA, 2016).

Neste sentido, é imprescindível que se regularize as atividades extrativistas e a reforma agrária e se desenvolva ações permanentes de educação e qualificação dos piaçaveiros, inclusive mediante ações de conscientização quanto às relações de trabalho na atividade extrativista e políticas de reinserção social, de forma a assegurar que os trabalhadores resgatados não voltem a condições análogas à escravidão novamente.

## 6 CONCLUSÃO

Entender as raízes e a evolução dos conceitos do trabalho análogo ao de escravo no Brasil é de extrema importância para o fortalecimento do combate à escravidão contemporânea. Nota-se que apenas uma legislação precisa não é suficiente para abolirmos o trabalho escravo, pois não se trata apenas de um problema jurídico com questão penal. É preciso que haja o fortalecimento ao combate por meio de uma fiscalização eficaz, da regulamentação da atividade e de políticas públicas educacionais específicas para cada região.

O caso da extração da piaçava no Estado do Amazonas em 2014 e o resgate dos 13 trabalhadores em condições análogas à de escravo, ocorreu por meio de ação conjunta de fiscalização entre o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público Federal, demonstrando fundamental participação dos órgãos envolvidos, gerando três processos nas esferas penal, cível e trabalhista, aos quais responde o mesmo réu, sendo condenado na Justiça do Trabalho.

Dentre os desafios apresentados ao combate do trabalho análogo à escravidão, está a ausência de uma definição e caracterização do problema, sendo necessário conciliar os instrumentos já estabelecidos e caminhar no sentido de complementação e proteção dos trabalhadores; melhorar a fiscalização do trabalho e a aplicação de penas aos infratores; e investir em políticas públicas educativas destinadas à qualificação dos trabalhadores, assegurando-se, assim, o exercício da cidadania.

Deste modo, é possível constatar que a regulamentação da atividade, a eliminação do avamento e a educação, são pontos centrais encarados sob os enfoques sociais, jurídicos e econômicos, para tentar reduzir o trabalho análogo ao de escravo no extrativismo.

Ações que levem a uma conscientização política, conhecimento sobre os direitos e deveres básicos do cidadão e capacitação dos trabalhadores para o desenvolvimento autônomo de suas relações, serão a chave para enfrentar séculos de imobilização da força de trabalho.

## 7 REFERÊNCIAS

- BELISÁRIO, Luiz Guilherme. *A redução de trabalhadores rurais a condições análoga à de escravo: um problema de direito penal trabalhista*. São Paulo: LTR. 2005.
- BRASIL. Ministério Público Federal. *Escravidão contemporânea*. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2017.
- BRASIL. Justiça Federal (4ª Vara). *Apelação criminal*. Processo nº 0016064-35.2014.4.01.3200. Relator: Ney Bello. Brasília, 21 nov. 2014.
- BRASIL. Justiça Federal (3ª Vara). *Apelação Criminal*. Processo nº 0014847-20.2015.4.01.3200. Relator: João Batista Moreira. 13 out. 2015.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (11ª Região). *Ação Civil Pública*. Processo nº 0000607-55.2014.5.11.0401. Relator: Sandro Nahmias Melo. Presidente Figueiredo, 31 jul. 2019.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. Dignidade da pessoa humana como fundamento para o combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: a contribuição da 1ª turma do Tribunal Superior do Trabalho no processo TST-RR-178000-13.2003.5.08.0117. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, n. 3, p. 93-107, 2012.
- CERQUEIRA, Diego Barbato. Um estudo introdutório sobre a escravidão contemporânea. In: BRASIL. Ministério Público Federal. *Escravidão contemporânea*. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2017.
- CPT. Comissão Pastoral da Terra. 2015. *Ministério Público do Trabalho no Amazonas sedia seminário sobre enfrentamento ao Trabalho Escravo*. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/>. Acesso em: 1º out 2019.

DUSEK, Patrícia Maria. Os impactos da transmutação do vértice no direito privado: a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana como escopo da constitucionalização do direito na era contemporânea. *Amazon's Research and Environmental Law*, Rondônia, v. 3, n. 1, p. 6-21, 2015.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Edusp, 2012.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. 2013. *Aspectos penais do trabalho escravo*. Disponível em: [http://media.wix.com/ugd/830053\\_bd0152c3ff1a4dcf8a9d78b9fcc832cf.pdf](http://media.wix.com/ugd/830053_bd0152c3ff1a4dcf8a9d78b9fcc832cf.pdf). Acesso em: 8 jul. 2020.

LACERDA, Clara; TOSTES, Laura Ferreira Diamantino; CANTELLI, Paula Oliveira. Um olhar contemporâneo do trabalho escravo: a luta continua. In: MIRAGLIA, L. M. M. *Trabalho escravo contemporâneo*. Conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. São Paulo: LTR, 2018.

LAPORTA, Taís. Decreto sobre trabalho escravo no Brasil pode levar a “retrocessos lamentáveis”, diz OIT. G1, 19 out. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/decreto-sobre-trabalho-escravo-no-brasil-pode-levar-a-retrocessos-lamentaveis-diz-oit.ghtml>. Acesso em: 10 jul. 2019.

MEDEIROS, Benizete Ramos. *Trabalho com dignidade*: educação e qualificação é um caminho? São Paulo: LTR, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. *Trabalho escravo contemporâneo*. Conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. São Paulo: LTR, 2015.

MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira; SOUZA, Adriana Augusta de Moura; CHAVES JR., José Eduardo de Resende. *Trabalho escravo contemporâneo*. Desafios e perspectivas. São Paulo: LTR, 2018.

MPT. Ministério Público do Trabalho. 2014. *Operação conjunta de MPF e MPT resgata 13 trabalhadores*. Disponível em: <https://mpt.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 1º out. 2019.

OLIVEIRA, Matheus Requião Silva. Leis abolicionistas: a história da abolição da escravatura no Brasil. 2017. In: BRASIL. Ministério Público Federal. *Escravidão contemporânea*. 2. Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2017.

PENHA, João Paulo. *O direito à educação para o trabalho digno no contexto econômico neoliberal*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2016.

PRADO JR., Caio. *Evolução política do Brasil*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2012.

PRAM. Procuradoria da República no Amazonas. *MPF/AM denuncia à Justiça empresário de Barcelos (AM) por trabalho escravo*. 2014. Disponível em: <https://pr-am.jusbrasil.com.br/noticias/157931851/mpf-am-denuncia-a-justica-empresario-de-barcelos-am-por-trabalho-escravo>. Acesso em: 7 jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Ivone Maria Ferreira; BOAVENTURA, Bruno J.R. O trabalho escravo como expressão latente da questão social. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 124-139, 2014.

SUZUKI, Natália Sayuri. Políticas públicas: a relação de representação entre o estado e o trabalhador vítima de trabalho escravo. In: BRASIL. Ministério Público Federal. *Escravidão contemporânea*. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2017.

ZUARDI, Júlia do Rosário; RAMOS-FILHO, Carlos Alberto de Moraes; BENTES, Dorinethe dos Santos. O trabalho escravo contemporâneo: uma análise do caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *versus* Brasil e da escravidão na Região Norte do Brasil. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 85, n. 2, p. 116-129, 2019.

# AS RECENTES POLÍTICAS PÚBLICAS DE AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS E A (IN)COMPATÍVEL FORMAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE DIREITO

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.49-57>

Recebido em: 19/2/2020

Aceito em: 20/4/2020

***Camila Stangherlin***

Autora correspondente. Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Av. Independência, 2293 – Universitário. CEP 96816-501. Santa Cruz do Sul/RS, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/6684390089442616>. <https://orcid.org/0000-0001-8689-1358>. [camilastangherlin@hotmail.com](mailto:camilastangherlin@hotmail.com)

***Fabiana Marion Spengler***

Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Santa Cruz do Sul/RS, Brasil.

## RESUMO

Nos últimos anos, o Brasil instituiu uma política pública voltada à efetivação do direito de acesso à justiça por meio de mecanismos autocompositivos, o que fora alicerçado na edição de normas resolutivas. Nesse aspecto, os cursos de Direito receberam orientações para um ajustamento em conformidade com essas definições. A presente pesquisa objetiva compreender o panorama atual de formação básica de profissionais de Direito, essencialmente no que diz respeito à sua preparação para as práticas de resolução de conflitos pautadas em autonomia, diálogo e consensualidade entre os envolvidos. O método de abordagem é o dedutivo e o levantamento de dados se deu por fontes primárias e secundárias (pesquisa documental e pesquisa bibliográfica). O problema que move o trabalho questiona: As diretrizes da formação jurídica fundamental encontram-se alinhadas às disposições presentes nas resoluções que contemplam as atividades autocompositivas? A conclusão aponta para uma formação ainda incipiente naquilo que se refere ao estudo e à capacitação para formas consensuais de resolução de conflitos.

**Palavras-chave:** Autocomposição. Conflito. Ensino jurídico. Políticas públicas. Profissionais jurídicos.

**RECENT PUBLIC POLICIES FOR CONFLICT SELF-COMPOSITION AND THE (IN) COMPATIBLE TRAINING OF LAW PROFESSIONALS**

## ABSTRACT

In recent years, Brazil has instituted a public policy aimed at the realization of the right of access to justice through self-composition mechanisms, which was based on the edition of resolute norms. In this regard, the law courses received guidelines for adjustment in accordance with these implementations. This research aims to understand the current panorama of basic training of law professionals, essentially, regarding their preparation for conflict resolution practices based on autonomy, dialogue and consensus among those involved. The approach method is deductive and the data collection was done by primary and secondary sources (documentary research and bibliographic research). The problem that moves the work asks: are the guidelines of fundamental legal training aligned with the provisions present in the resolutions that contemplate self-composing activities? The conclusion points to a training that is still incipient in what concerns the study and training for consensual forms of conflict resolution.

**Keywords:** Self-composition. Conflict. Legal education. Public policy. Legal professionals.

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Política pública de acesso à justiça: as recentes políticas judiciais criadas no país e suas especificidades. 3 A resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e seus reflexos no ensino jurídico. 4 A formação jurídica básica e suas atuais perspectivas no contexto autocompositivo. 5 Conclusão. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito fundamental de acesso à justiça, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, não pode ser sinônimo de acesso ao Judiciário. Trata-se de um direito mais amplo, abarcado na qualidade da prestação dos serviços jurídicos e na satisfação do jurisdicionado com a resposta obtida para sua demanda. Para tanto, sabe-se que nem sempre a decisão impositiva (decisão adjudicada) tem o condão de dar à lide um desfecho que favoreça os interesses dos envolvidos, assim como, na maioria das vezes, não propicia a pacificação das relações sociais – um dos objetivos da jurisdição.

Sendo assim, a política pública de acesso à justiça fora instituída visando a disponibilizar aos cidadãos práticas que fomentem a disseminação da cultura pacifista. Mediante a conciliação e a mediação, os conflitantes, com o auxílio de um terceiro imparcial, possuem a oportunidade de participação ativa na construção de uma solução que, conjuntamente, elegem justa. A política, que nasceu ampla, foi, pouco a pouco, recebendo manejo específico de alguns segmentos do Poder Judiciário, como na seara criminal, por meio da Justiça Restaurativa, e na seara trabalhista, com a Política Judiciária de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito da Justiça do Trabalho.

A fim de alcançar concretude, no entanto, faz-se necessário que os profissionais jurídicos – sujeitos responsáveis por interligar cidadão e justiça estatal – obtenham aporte no ensino básico da profissão por meio de uma preparação que não privilegie apenas a convencional litigância assentada em procedimentos contenciosos, mas que, igualmente, oferte o aprendizado de formas que se fundam na justiça consensual.

Destarte, o presente trabalho tem por objetivo compreender o panorama atual de formação de profissionais de Direito, essencialmente no que se refere à sua preparação para práticas de resolução de conflitos pautadas em autonomia, diálogo e consensualidade entre os envolvidos. Quanto à metodologia adotada, o método de abordagem é o dedutivo, e o levantamento de dados se dará por intermédio de fontes primárias e secundárias (pesquisa documental e pesquisa bibliográfica). Nesse sentido, o problema que move o trabalho questiona: As diretrizes da formação jurídica fundamental encontram-se alinhadas às disposições presentes nas resoluções que contemplam as atividades autocompositivas?

A hipótese levantada aponta para uma resposta afirmativa, uma vez que, existindo norma jurídica disciplinando o assunto, torna-se arrazoada a presença de ações que concedam sentido ao que fora preestabelecido, dando azo à consubstanciação do tema.

Primeiramente, irá ser estudada, de forma geral, a instauração da política pública de acesso à justiça por meio da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ –, e as posteriores políticas judiciárias nacionais que foram estabelecidas pela Resolução nº 225/2016, também do CNJ, e Resolução nº 174/2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT. Por conseguinte, será abordada a Resolução nº 125/2010 a partir de suas designações para com os profissionais atuantes em mecanismo de solução pacífica de conflitos, sob o panorama das instituições da área de ensino (bacharelado em Direito) e suas responsabilidades.

Por fim, serão averiguadas as diretrizes atuais que tratam sobre o enfoque da autocomposição de conflitos no âmbito da formação jurídica, a fim de analisar sua adequação às perspectivas suscitadas pela política pública de acesso à justiça qualitativa. Para isso, será levada em consideração a normativa proveniente do órgão público incumbido de formular e avaliar a política nacional de educação no Ensino Superior.

## 2 POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA: AS RECENTES POLÍTICAS JUDICIÁRIAS CRIADAS NO PAÍS E SUAS ESPECIFICIDADES

Falar em Poder Judiciário é discorrer sobre o monopólio da jurisdição, uma vez que essa é uma de suas principais características. Esse escopo jurídico, todavia, centralizado na imposição de soluções às disputas de interesse, foi se mostrando insuficiente e/ou inadequado ao perfil altamente complexo das relações sociais vislumbradas nos últimos anos.

Diante de um cenário de elevada litigiosidade, o direito fundamental de acesso à justiça vinha sendo rechaçado ante a um Poder Judiciário que não se atentava aos óbices diários presentes nos tribunais, como a morosidade, altos custos ao cidadão, formalismo excessivo, carência de informações, entre outros – o que os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth identificaram como “barreiras ao acesso” (1988, p. 29).

Encontrar formas de superar tais obstáculos é um desafio constante. Na visão de Rodolfo de Camargo Mancuso, uma saída possível de um impasse nesses moldes, com fulcro na satisfação da sociedade com as respostas/serviços assegurados pelo Poder Judiciário, está em uma conjugação de fatores:

um de caráter social, a saber, a superação da mentalidade demandista e da cultura judiciarista, com o fomento de outros meios, auto e heterocompositivos; outro ligado à vontade política, consistente na produção de leis processuais progressistas e inovadoras, acompanhadas dos devidos investimentos em estrutura e logística (MANCUSO, 2014, p. 342).

Ao Estado, para dar efetividade aos ditames do direito de acesso à justiça provenientes da CF/88, cabe identificar e neutralizar essa gama de entraves por meio de programas, ações e atividades específicas traduzidas em políticas públicas. Nesse sentido, a conscientização a respeito da necessidade de se estabelecer uma política pública que atendesse aos problemas identificados, começou a tomar forma perante as inquietações produzidas por diversos movimentos (de profissionais jurídicos, do meio acadêmico, de grupos de estudo/pesquisa, de profissionais de outras áreas, entre outros).

Nesse contexto, é editada a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Sob a “necessidade de consolidar política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010), a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, irrompe-se como um verdadeiro divisor de águas, introduzindo práticas como a mediação e a conciliação na realidade dos tribunais.

Ademais, a ressignificação do direito de acesso à justiça passou a ser debatida. Pode-se afirmar que, por meio da Resolução nº 125/CNJ, houve um investimento por parte do Estado em uma política pública forte, visando a impulsionar, sobretudo, os meios autocompositivos. No revés de submeterem seus conflitos ao Judiciário, “as partes passam a interagir com o estabelecimento de diálogo, auxiliadas por um conciliador ou mediador na busca de um consenso. Interagem e se engajam no processo de forma dialética, reconhecendo os limites de seus direitos comuns e recíprocos” (AQUINO, 2017, p. 225). Desse modo, como uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses produziu reflexos.

O Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT –, tendo por fundamento o conteúdo da Resolução nº 125/2010 (assim como material reunido e discutido conjuntamente por determinado grupo de estudos), disciplinou o tema da autocomposição judicial a partir da edição da Resolução nº 174, de 30 de setembro de 2016, tratando, precisamente, da política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista, e dando outras providências.

A inserção de mecanismos de justiça consensual nas relações conflitivas do campo trabalhista, aos moldes da mediação e da conciliação, teve de percorrer um caminho mais longo se comparado com a institucionalização dessas práticas no cenário da Justiça Comum. Observou-se uma resistência muito acentuada, sobretudo com posicionamentos que defendem que “normas trabalhistas trazem direitos indisponíveis para o seu titular, por possuírem condão alimentar” (SPENGLER, 2017, p. 114).

Dessa forma, arraigada fortemente na segurança jurídica, priorizou-se a manutenção de profissionais da área (magistrados e servidores inativos), já adaptados ao sistema procedural da jurisdição convencional, para desempenhar a função de mediador. Esse é um aspecto que merece grande atenção, uma vez que se tem no juiz o perfil de um profissional “concursado para decidir e sentenciar” (SPENGLER, 2017, p. 129).

Na visão de Gutiérrez e Magalhães (2019, p. 176), há um “engessamento regulatório – promovido pelo principal órgão da Justiça do Trabalho brasileira – dos métodos consensuais, não permitindo o desenvolvimento orgânico desses”. A excessiva atenção aos preceitos que mantêm o desenvolvimento de meios autocompositivos sob a égide da segurança jurídica, acaba contribuindo para uma minoração da autonomia dos conflitantes, que encontram no conciliador/mediador o simbolismo próprio do Poder Judiciário.

Na verdade, a Resolução nº 174/2016 mostra-se como uma ação decorrente da política pública principiada pelo CNJ, em 2010, amparada na ideia central de reformulação das vias da tradicional jurisdição (em muito, fomentada, também, pelas práticas que demonstravam o êxito das soluções extrajudiciais). A tradução dessa concepção inicial, todavia, mostrou-se avessa: sem abandonar o caráter hierárquico, típico da atividade

estatal de dizer o direito, o representante do Estado foi mantido ao centro, ainda que se fale em autocomposição. Daí a fundamentalidade de uma capacitação basilar que prepare todo e qualquer profissional jurídico para as práticas de uma justiça consensual.

Outro segmento do Poder Judiciário que buscou regulamentar os mecanismos propagadores de uma ordem jurídica justa, foi a seara criminal.

Com cerne no direito fundamental de acesso à justiça e na concretização de meios que propiciem a solução efetiva de conflitos por intermédio de mecanismos consensuais voluntários, a Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu a política nacional de justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Consustanciada nas recomendações proferidas pela Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>1</sup>, o CNJ instituiu a previsão de procedimentos de cunho reparatório, tendo por base a inter-relação do tripé vítima, ofensor e comunidade.

Nessa esteira, o conflito recebe uma conotação diferenciada: passa a estar associado à prática da violência, passa a trazer consigo vítimas. A partir do estabelecimento de um processo dialógico, intenta-se a substituição ao tradicional modelo punitivo, centrado na retribuição, por meio de uma proposta abarcada no restabelecimento daquilo que fora lesado.

É bem verdade que nem sempre o reparo estará ao alcance dos limites e das possibilidades dos envolvidos, contudo, ainda assim, o caminho para a efetivação da justiça tem aporte nos passos iniciais, propiciados pela proposta restauradora. Para melhor compreensão acerca do conceito de justiça restaurativa, é pertinente a reflexão de Howard Zehr ao tratar sobre a mudança paradigmática envolvendo a temática crime e justiça:

Quando um mal é cometido, a questão central não deveria ser “o que devemos fazer ao ofensor?”, ou “o que o ofensor merece?”, mas sim “o que devemos fazer para corrigir a situação?” Em vez de definir a justiça como retribuição, nós a definiremos como restauração. Se o crime é um ato lesivo, a justiça significará reparar a lesão e promover a cura. Atos de restauração – ao invés de mais violação – deveriam contrabalançar o dano advindo do crime (2008, p. 175).

Quanto ao dano, insta destacar que a política nacional judiciária se atentou em prever uma conotação mais ampla, não restringindo os reflexos danosos apenas ao campo material/financeiro, mas também ao âmbito abstrato (que pode englobar vertentes psicológicas, culturais, sentimentais ou simbólicas, por exemplo). De tal sorte, é essencial a instauração de uma atmosfera que coadune com tal finalidade, e que tenha o condão de recepcionar cada participante com fulcro nos pressupostos para a realização de um procedimento restaurativo satisfatório.

Assim, em termos de melhorias na destinação de espaços jurídicos para a efetuação de métodos autocompositivos, menos formais e mais acessíveis ao cidadão, percebe-se que a política pública de acesso à justiça proporcionou iniciativas em outros segmentos, com louváveis inovações na estrutura normativa. Perceber, todavia, a insuficiência de previsões normativas desconexas de uma mudança sincrônica, capaz de atingir o conjunto articulado que movimenta o sistema Judiciário, é fundamental para alcançar o aprimoramento. Do mesmo modo,

A reforma a que se almeja no anseio de democratização do Estado perpassa, inclusive, pelos refúgios do Poder Judiciário. Torná-lo mais humano e adequado às demandas que se irrompem cotidianamente em nada compatibiliza com a remodelagem de formas satisfatórias em condições diferenciadas e que, conforme absorvidas, recebem os moldes próprios da jurisdição contenciosa (STANGHERLIN; SPENGLER, 2019, p. 178).

Entrementes, a qualidade na prestação de serviços que abarcam essa totalidade de novos componentes (como os autocompositivos), depende da aceitação dos profissionais jurídicos em tomar para si parte dessa responsabilização. As alterações de ordem legal e/ou administrativa, em que pese representem parte considerável nessa ressignificação da atividade jurisdicional contemporânea, por si só não produzem o efeito prenunciado.

<sup>1</sup> A ONU recomendou aos seus estados-membros a criação de canais voltados à justiça restaurativa. Por meio das Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12, orientou a adoção de programas que possibilitem o alcance de objetivos restaurativos em matéria criminal, capazes de promover a harmonia social associando vítimas, ofensores e comunidade.

No contexto da ampla política pública constituída, tal como expressam André Leonardo Copetti Santos e José Luis Bolzan de Moraes (2007, p. 69), “o Direito passa a ter um caráter transformador da realidade e privilegiar como seu agente não mais, ou apenas, os indivíduos, mas grupos, coletividades, multidões [...]”, e, para tanto, é crucial atentar-se ao processo formativo aplicado ao Direito que, na maior parte do tempo, funda-se no tratamento de pretensões de cunho individual. O próximo tópico desenvolverá a abordagem de tal tema.

### **3 A RESOLUÇÃO Nº 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E SEUS REFLEXOS NO ENSINO JURÍDICO**

De forma geral, as políticas públicas de autocomposição de conflitos têm apresentado variantes que percebem a capacitação dos sujeitos intermediadores como quesito essencial. A Resolução nº 125/2010 fala na adequada formação e treinamento não só de conciliadores e mediadores, mas também dos servidores, “com vista à boa qualidade dos serviços” (artigo 2º). Por sua vez, a Resolução nº 225/2016 afirma ser possível o exercício da função de facilitador restaurativo por “servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras”, desde que estes estejam capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa (artigo 1º, inc. II).

Já a Resolução nº 174/CSJT, diferentemente das demais, assinala de imediato a quem a autocomposição estará vinculada. O magistrado é a terceira pessoa que exercerá o papel de apaziguador do conflito, e, quando não atuar diretamente nessa função, supervisionará o servidor público que estiver em atividade. Dessa forma, a capacitação para as práticas consensuais também foi prevista visando a atender a esses profissionais. Similar ao disposto na Resolução nº 125/2010, o artigo 3º, inciso II, da Política Judiciária Nacional de tratamento das disputas de interesses trabalhistas, estipula, “com vistas à boa qualidade destes serviços”, a realização, por magistrados e servidores, de uma adequada formação e treinamento para exercer a conciliação e a mediação, podendo, inclusive, ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas.

Ressalvadas as peculiaridades de cada normativa, verifica-se uma atenção, presente nas políticas judiciárias nacionais, referente ao preparo dos sujeitos responsáveis por dar executividade às práticas autocompositivas (não somente os terceiros facilitadores, como já citado, mas os servidores de maneira geral, sublinhando a mudança paradigmática). Tem-se, nesse reconhecimento, um pilar de fixação da política pública com a excelência na prestação dessa novel modalidade de serviços jurídicos, o que está umbilicalmente ligado ao acesso à justiça qualitativa. Na verdade, conforme preceitua Boaventura de Sousa Santos, “o pressuposto é que se não houver uma formação específica, a lei obviamente não será bem aplicada” (2015, p. 100).

Avançando um pouco mais, porém, percebe-se que não se trata unicamente de uma capacitação focada na correta aplicação dos ditames normativos (embora muito importantes, inclusive naquilo que aborda a postura ética de mediadores e conciliadores, por exemplo). Mais do que isso, a formação adequada perpassa pela noção da relação dialógica existente entre o cumprimento das orientações contidas na norma e a função social por trás da política pública.

Nesse aspecto, os cursos que se voltam à constituição de profissionais aptos a esse universo (tanto os cursos de Bacharelado em Direito quanto os cursos preparatórios específicos apontados pelas resoluções) não podem se mostrar herméticos às tendências humanistas, interdisciplinares e de abrangência plural. O vínculo entre Estado e sociedade já não é o mesmo de outrora, e a interação do direito com os conflitos sociais precisa acompanhar essa evolução por meio de sujeitos munidos de um saber homólogo.

Além do mais, como afirma Fabiana Marion Spengler (2017, p. 69), “a política pública que institui a mediação e a conciliação como meios alternativos de tratamento de conflitos, [...] pretende, entre outras coisas, construir outra mentalidade junto aos juristas brasileiros”, o que aponta um comprometimento amplo, que ultrapassa a barreira dos resultados imediatos (problemas aparentes), adentrando o campo da percepção cultural de um povo.

Um dos pontos centrais que frisa essa atividade responsiva a ser efetivada pelas instituições de ensino, consta no artigo 6º da Resolução nº 125/CNJ. A política judiciária elegeu como sendo atribuição do Conselho Nacional de Justiça “buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Passada uma década desde a entrada em vigor da resolução, tem-se ganhos notáveis sobre esse aspecto que merecem análise. O próximo item irá averiguar, de modo geral, as principais concretizações no ensino jurídico a respeito da edificação de uma cultura pacifista dentre os profissionais de Direito em formação.

#### **4 A FORMAÇÃO JURÍDICA BÁSICA E SUAS ATUAIS PERSPECTIVAS NO CONTEXTO AUTOCOMPOSITIVO**

A formação acadêmica dos bacharéis em Direito criou raízes profundas, e há quase dois séculos se tem priorizado no país o estudo jurídico nos moldes do conservadorismo. Ademais, a crescente mercantilização do ensino desencadeou a disseminação de diversos cursos de Direito comprometidos, demasiadamente, com o faturamento em detrimento da qualidade da formação profissional de seus discentes. O viés pedagógico, científico e humanístico por muito tempo viu-se rechaçado, de maneira que o Direito se engendrou como ciência estática e como fenômeno social apartado do contexto dinâmico da sociedade. Tornou-se refém das normativas positivadas em códigos e, assim, esquivou-se da reestruturação requerida pela nova faceta dos conflitos sociais.

Como se a complexidade fosse efêmera, o Direito insistiu em seu posicionamento inerte e deu segmento à formação de verdadeiros “técnicos jurídicos”, habilitados em cumprir a letra da lei. Nesse ínterim, “a complexidade não desaparece! Ela cresce e continuará crescendo, pois todos se aproveitam do conforto e da liberdade que vem embutida; ela caracteriza a democracia (SERRES, 2018, p. 82)”. Oportunizar respostas adequadas aos distintos conflitos que adentram a órbita jurídica é função do Estado, como garantidor de um acesso à justiça qualitativo aos seus cidadãos.

Sob tal viés, e a fim de dar efetividade aos preceitos da política pública inaugurada pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, as instituições de ensino logo viram a necessidade de adaptação a essa nova conjuntura. No intuito de ajustar as diretrizes dos cursos de Graduação em Direito às propostas de incentivo aos mecanismos consensuais, fora editada a Resolução CNE/CES nº 5, de 18 de dezembro de 2018.<sup>2</sup>

Nesse aspecto, convém destacar que o Ministério da Educação – MEC (órgão da administração federal direta que tem como área de competência a política nacional de educação) – é responsável por elaborar as diretrizes curriculares nacionais básicas norteadoras dos cursos de Graduação, estabelecendo uma composição organizacional comum a todos que estão inseridos no ensino jurídico. Por seu turno, cabe ao Conselho Nacional de Educação – CNE –, e suas respectivas Câmaras (sendo a Câmara de Educação Superior – CES – uma delas), assegurar a participação da sociedade no desenvolvimento, aprimoramento e consolidação da educação nacional de qualidade.

Assim, a Resolução CNE/CES nº 5 acrescentou no rol de conteúdos necessários para a formação técnico-jurídica do bacharel em Direito, o estudo das formas consensuais de solução de conflitos, tal como preconizada pela Resolução 125/CNJ. Um significativo avanço para o campo das disciplinas que, comumente, figuravam na lista de eletivas/optativas, e, eventualmente, restavam desacompanhadas de um viés pedagógico capaz de instituir uma reconstrução da tradicional visão do bacharelado.

Ainda, introduziu, no decorrer do seu texto, expressões atinentes à diversidade sociocultural, à interdisciplinaridade, ao pluralismo contemporâneo e à importante preparação acadêmica para a solução de conflitos arrimada no diálogo e na autonomia dos envolvidos, como pode ser constatado a seguir:

Art. 3 O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, 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

<sup>2</sup> De acordo com o artigo 1º, o conteúdo da Resolução CNE/CES nº 5 “institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito, bacharelado, a serem observadas pelas Instituições de Educação Superior (IES)”. Trata-se de documento assinado por Antonio de Araújo Freitas Júnior, presidente da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, no uso de suas atribuições legais, com fundamento no artigo 9º, § 2º, alínea “e”, da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, com a redação dada pela Lei nº 9.131, de 25 de novembro de 1995, e as Diretrizes Curriculares Nacionais elaboradas pela Câmara Consultiva Temática de Política Regulatória do Ensino Jurídico, propostas ao CNE pela Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (Seres/MEC), e com fundamento no Parecer CNE/CES nº 635/2018, homologado pela Portaria MEC nº 1.351, de 14 de dezembro de 2018.

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.

Na mesma compreensão, o artigo 4º enfatiza a essencialidade de posturas educativas que possibilitem o ensino e a aprendizagem também imergidos na área interpessoal (e não estritamente na área cognitiva), sendo essa propulsora de uma cultura pacifista:

Art. 4º O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as competências cognitivas, instrumentais e interpessoais, que capacitem o graduando a:

[...]

VI – desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos;

Complementando, o artigo 5º frisa o teor de obrigatoriedade atrelado às disciplinas autocompositivas, de maneira que os Projetos Pedagógicos dos cursos de Direito devem adequar seus conteúdos de forma a incluir o ensino que abarque as formas consensuais de solução de conflitos.

Art. 5º O curso de graduação em Direito, priorizando a interdisciplinaridade e a articulação de saberes, deverá incluir no PPC, conteúdos e atividades que atendam às seguintes perspectivas formativas:

[...]

II – Formação técnico-jurídica, que abrange, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a sua evolução e aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se, necessariamente, dentre outros condizentes com o PPC, conteúdos essenciais referentes às áreas de Teoria do Direito, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional, Direito Processual; Direito Previdenciário, Formas Consensuais de Solução de Conflitos.

Importa destacar, ainda, que o artigo 14 estabelece o prazo para efetivação das orientações apresentadas pela resolução, determinando que as Diretrizes Curriculares Nacionais deverão ser introduzidas pelas IESs, obrigatoriamente, no prazo máximo de até dois anos aos alunos ingressantes, a partir da sua data de publicação.

A edição de um ato normativo indicando a necessidade de uma formação menos focada em procedimentos contenciosos, reflete as conquistas de uma discussão iniciada há largos anos, que enxergava na alteração/ajustamento das matrizes curriculares jurídicas, condição indispensável para uma mudança cultural: em prol de uma sociedade mais pacífica e com menores índices de judicialização de conflitos. Por óbvio, não se pode crer que o teor resolutivo seja suficiente para construir tal transição.

Para tanto, além de uma reestruturação no conteúdo mínimo de formação jurídica – em consonância com a política judiciária nacional – torna-se essencial atentar-se às influências e desenvolvimentos pedagógicos que conduzem professores e alunos nas salas de aula. Como afirma Morin (2004, p. 105), “qualquer concepção do gênero humano significa desenvolvimento conjunto das autonomias individuais”, associado, ainda, ao sentimento de pertencimento à coletividade. Tais pressupostos não podem ser auferidos tão somente pela aprendizagem tecnicista, mas pela instrumentalidade de uma pedagogia cidadã.

Nesse viés, a complementariedade às coordenadas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Educação/ Câmara de Educação Superior requer um olhar atento dentro do campo educativo, com práticas associadas às orientações advindas do conjunto normativo, mas, sobretudo, com posturas que condigam com os preceitos de uma sociedade mais harmônica e menos dependente de decisões judiciais impositivas para a resolução dos conflitos sociais cotidianos. Um aprofundamento, no entanto, na análise da seara educativa para a abordagem dessa proposta pedagógica, anseia por uma pesquisa que priorize tais elementos, o que poderá ser realizado em ocasião futura.

De tal sorte, as perspectivas imanentes à formação básica jurídica no contexto da autocomposição de conflitos demonstram a adoção de passos importantes a serem realizados em um conjunto de ações, norteadas pelo propósito inicial definido pela política pública de acesso à justiça.

## 5 CONCLUSÃO

Na última década, a edição da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ –, representou uma reação/enfrentamento por parte do Estado aos elevados índices de judicialização dos conflitos sociais, com desdobramentos e previsões que conferiram à Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, a condição de precursora de uma série de ações em prol da institucionalização de mecanismos autocompositivos. A Resolução nº 225/2016 do CNJ, assim como a Resolução nº 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT –, também representaram um avanço em busca de práticas mais dialogadas, consensuais e autônomas, respeitadas as particularidades intrínsecas a cada uma delas.

Nessa contemporânea readequação da estrutura dos serviços jurídicos disponibilizados aos cidadãos, o papel dos profissionais de Direito necessita ser realinhado. Nesse aspecto, a norma jurídica, que disciplinou a política judiciária nacional de resolução pacífica de conflitos, atentou-se em orientar a busca pela cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura autocompositiva.

Com a realização da presente pesquisa pode-se concluir que as diretrizes da formação jurídica básica – Bacharelado em Direito – se encontram em visível adaptação às disposições contidas na normativa supracitada. Isso porque, com a edição da Resolução CNE/CES nº 5, de 18 de dezembro de 2018, os cursos jurídicos passaram a ser norteados por um rol de conteúdos fundamentais diferenciado, em que o estudo das formas consensuais de solução de conflitos figura como quesito obrigatório.

Salienta-se, contudo que, perante a gama de conteúdos destinada ao preparo de profissionais capacitados para a tradicional disputa judicial, ainda é incipiente a inserção de disciplinas que priorizam a formação humanística, bem como de conteúdos que se ocupam de uma instrução menos beligerante. Os estudantes, quando no cerne da formação jurídica, necessitam de uma compreensão mais profunda acerca do direito de acesso à justiça, para que, então, tornem-se responsáveis pela concretização do teor das normas que tratam sobre uma justiça mais autônoma e consensual.

## 6 REFERÊNCIAS

- AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa. *Considerações sobre a Resolução CNJ nº 125/2010: Uma avaliação política da política judiciária brasileira – a solução dos conflitos de interesses?* 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. *Resolução CNE/CES 9/2004*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09\\_04.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf). Acesso em: 15 fev. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 14 fev. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 225, de 31 de maio de 2016*. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_225\\_31052016\\_02062016161414.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf). Acesso em: 25 jan. 2020.
- CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Resolução 174, de 30 de setembro de 2016*. Disponível em: [http://www.csjt.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccacf94fab4&groupId=955023](http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccacf94fab4&groupId=955023). Acesso em: 12 fev. 2020.
- GUTIÉRREZ, Daniel Mota; MAGALHÃES, Victor Alves. Acesso à justiça e igualdade: críticas à Resolução nº 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 30, p. 168-185, 2019.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 9. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2004.
- SANTOS, André Leonardo Copetti; MORAIS, José Luis Bolzan de. *O ensino jurídico e a formação do bacharel em Direito: diretrizes político-pedagógicas do curso de Direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015.
- SERRES, Michel. *Polegarzinha*. Tradução Jorge Bastos. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STANGHERLIN, Camila Silveira; SPENGLER, Fabiana Marion. O poder judiciário e o mito grego do deus Cronos: a judicialização dos meios consensuais de solucionar conflitos e o monopólio de acesso à justiça. *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 5, n. 1, p. 173-190, 2019.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas; Athenas, 2008.

# A SEGURANÇA INTERNACIONAL E AS GARANTIAS DOS DIREITOS HUMANOS

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.58-68>

Recebido em: 15/12/2019

Modificações solicitadas em: 20/4/2020

Aceito em: 21/7/2020

**Clarisse Laupman Ferraz Lima**

Autora correspondente. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. R. Monte Alegre, 984 – Perdizes. CEP 05014-901. São Paulo/SP, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/4496607056485518>. <https://orcid.org/0000-0001-6776-2518>. clauupman@terra.com.br

**Carlos Roberto Husek**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo/SP, Brasil.

## RESUMO

O artigo propõe uma inquirição sobre a Segurança Internacional e a postura atual de subtração de garantias de direitos humanos, consolidada no âmbito internacional. Nossa questionamento segue explorando sobre a real necessidade de que para nos sentirmos seguros devemos abrir mão de direitos. Assim, expomos os princípios da segurança internacional e da liberdade religiosa, invocando os acontecimentos últimos, como leis nacionais que impedem a utilização de artefatos religiosos de uso público e diário dos crentes nacionais em nome de maior segurança. Ainda, nos questionaremos sobre o que virá de próximo: Qual das liberdades será colocada na berlinda e o quanto de barganha teremos entre direitos e segurança? Para tanto, far-se-á um arrazoado de considerações que se iniciará com o conhecimento do que é segurança internacional, identificando a ameaça comum ao mundo e que liberdades são as visivelmente atingidas até o momento.

**Palavras-chave:** Segurança internacional. Direitos humanos. Terrorismo.

**INTERNATIONAL SECURITY AND THE GUARANTEES OF HUMAN RIGHTS**

## ABSTRACT

The article proposes an inquiry into International Security and the current position of subtracting human rights guarantees already consolidated at the international level. Our questioning continues to speculate about the real need to feel secure, we must give up rights. Thus, we expose the principles of International Security and religious freedom, invoking past events as national laws that prevent the use of religious artifacts in the public and public use of national believers in the name of greater security. Still, we wonder about what will come next: which of the freedoms will be placed in the limelight, how much of a bargain will we have between rights and security? To do so, we will make a list of considerations that begin with identifying what is international security, what is the common threat to the world, and what freedoms are visibly attained so far.

**Keywords:** International security. Human rights. Terrorism.

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O Terrorismo como ameaça. 3 Segurança Internacional como Princípio. 4 Liberdade Religiosa: a primeira Liberdade, o primeiro ataque. 4.1 A liberdade de crença. 4.2. A liberdade de culto. 4.3. A liberdade de organização religiosa. 5 O que está por vir. 6 Conclusão. 7 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo vem dar exposição a uma crescente preocupação internacional com relação à segurança internacional e a subtração de garantias individuais conquistadas pelos Direitos Humanos. Os noticiários estão repletos de registros expondo atos de terrorismo e a contrarreação dos Estados Nacionais, enrijecendo suas leis internas em nome da segurança nacional.

A situação da elevação do Terrorismo e as contrarreações nacionais severas levam-nos a observar um recrudescimento da ideia de segurança internacional. A segurança internacional aparece como uma grande panaceia para restaurar o caos causado pelo Terror, o câncer da sociedade internacional.

Em seguida, demonstrar-se-á que a aplicação de medidas de Segurança Internacional ameaça sensivelmente a prática da liberdade religiosa, e que o medo impregnado na Sociedade pelo Terror e fomentado por algumas políticas de segregação nos levará a uma real perda de direitos.

Por fim, será confirmado o angustiante presságio no qual as medidas de segurança a serem empregadas em contrarreação ao terrorismo provocarão restrições individuais e coletivas, ferindo as liberdades em nome de uma “proteção maior”; medidas essas que não se satisfarão com a mitigação da liberdade religiosa, primeira das grandes liberdades garantidas pelos Direitos Humanos, mas seguirão avançando entre as demais garantias individuais e coletivas conquistadas pelos seres humanos.

No que se refere à metodologia, será realizada uma pesquisa de cunho exploratório, intercalando técnicas bibliográficas e documentais de coleta de dados. Mais especificamente, observar-se-á prioritariamente a postura positivista do ordenamento jurídico internacional (convenções e costumes internacionais), porém elementos extrajurídicos também serão considerados. A investigação será baseada nas medidas governamentais de contrarreação, positivadas no âmbito internacional e na observação constante das garantias de direitos humanos.

## 2 O TERRORISMO COMO AMEAÇA

Desde os tempos primordiais da existência humana em sociedade constatamos a presença do terrorismo. Uma das primeiras incursões do terrorismo, registrada historicamente, pode ser assinalada no Oriente Médio, na Palestina, no século 1, com a Guerra dos Sicários,<sup>1</sup> quando a seita religiosa dos *Zelotes* entra em conflito com os *Scarris* para expulsar seus desafetos da região da Judeia. Foram empregadas técnicas pouco convencionais à época, com uma forte imposição de temor. Assim, germinava a ameaça do Terror, que possui como maior trunfo a imposição do medo sobre a sociedade e com essa cominação a aceitação social de mitigação de direitos em nome da Segurança.

Encontram-se diversas formas de terror ao longo da história da Humanidade, como nos ensina Nuno Rogério,<sup>2</sup> com motivações variadas, quando múltiplos grupos violentos cometem atos de terror, desde os *Hashashine* e *Tugues*, passando por Niilistas e Anticzaristas *Narodnye Volye*, até os mais recentes, como Exército Republicano Irlandês (IRA) e Movimento de Libertação Nacional Basco (ETA), com suas cruzadas separatistas, ou, ainda, os Tupamaros, *Sendero Luminoso*, os coevos da *Al Qaeda* e do DAESH (autointitulado Estado Islâmico). Todas as formas de terror apresentadas trouxeram consigo respostas adversas, por parte dos governos locais, como medida de proteção ao seu povo.

Dentro da concepção hodierna do terrorismo, ressalta-se a assimetria existente na nova guerra global contra o terror,<sup>3</sup> tendo como marcos fundamentais o atentado de 11 de setembro de 2001 e, mais recentemente, os atentados de Paris, em novembro de 2015. O primeiro marco inaugura uma fase dos movimentos

<sup>1</sup> BORGES, Rosa Maria Zaia; AMARAL, Augusto Jobim do; PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima (org.). *Direitos humanos e terrorismo*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2014. p. 135.

<sup>2</sup> Apud MOREIRA, Adriano (org.). *Terrorismo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 525.

<sup>3</sup> Na guerra pressupunha-se duas partes equivalentes lutando sob as mesmas “regras”; hoje falamos de uma guerra na qual de um lado temos os Estados e de outro os grupos beligerantes terroristas, sem regras postas.

terroristas, com o maior número de mortes registradas, até hoje, em um ataque civil, desenhado e executado com a utilização de aviões comerciais em prédios de importância simbólica para o capitalismo norte-americano.<sup>4</sup> Como contrarreação temos a invasão americana no Afeganistão e o Ato Patriota.<sup>5</sup>

Já o segundo marco, os atentados de novembro em Paris,<sup>6</sup> são considerados uma nova fase do terrorismo por aplicar punição ao modo de vida francês, esmaecendo o falho sentimento de que o terrorismo determina alvos prováveis, como igrejas, mesquitas e outros lugares ligados a grupos definidos, como religiosidade, culturas e seus simbolismos. Como contrarreação vimos a instauração de Estado de Sítio na França<sup>7</sup> e leis mais restritivas da liberdade religiosa, ratificadas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.<sup>8</sup> Posteriormente, ainda vislumbramos as mudanças na política de Segurança dentro da União Europeia.<sup>9</sup>

O Terror divide o Mundo entre “bons” e “maus” mais uma vez, criando condições favoráveis para que os retrocessos em relação aos direitos humanos ganhem destaque.

Nesse sentido, Eric Hobsbawm assevera:<sup>10</sup>

Existe, no entanto, um fator mais perigoso na geração da violência sem limites. É a convicção ideológica, que desde 1914 domina tanto os conflitos internos quanto os internacionais, de que a causa que se defende é tão justa, a do adversário é tão terrível, que todos os meios para conquistar a vitória e evitar a derrota não só são válidos como necessários. Isso significa que tanto os Estados quanto os insurgentes sentem ter uma justificativa moral para o barbarismo... A ascensão do mega terror no século passado não reflete a “banalidade do mal” e sim a substituição dos conceitos morais por imperativos superiores.

Trocamos direitos em nome de um bem maior que é a Segurança? Como possível resposta a essa pergunta assiste-se a uma nova onda conservadora, nos Estados Nacionais, que não se acanha em propor que não existirão liberdades se não houver segurança, valorando, de forma definitiva, qual dos princípios deverá prevalecer. Continuamos nos arguindo, entretanto, se a afirmação não deve ser outra: sem liberdade não há Segurança.

### 3 SEGURANÇA INTERNACIONAL COMO PRINCÍPIO

Alcançar a segurança para membros do grupo e garanti-la perante os perigos que os ameaçam de desagregação, têm sido exigências prioritárias dos grupos humanos. A segurança é um fator sempre presente nas organizações sociopolíticas. A sensação de segurança, antes pretendida em termos de indivíduo e grupos com determinações fronteiriças, ganha contornos mundiais dentro da realidade da globalização iniciada no pós-guerra.

O tema da Segurança nunca foi de fácil entendimento ou aceitação. Sua correlação com a paz e a guerra tornou-o um assunto pouco desejado, mas fundamental para as relações entre Estados. A essencialidade do tema segurança é tamanha que insistimos ser a segurança um princípio internacional. Como nos ensinou Reale,<sup>11</sup> princípios são a viga mestra que fundamenta todo o edifício. A segurança internacional é um desses pontos de estruturação. Se pensarmos direito internacional como um direito de paz, poderemos melhor visualizar o valor da segurança no quebra-cabeça.

Diante do exposto, desde meados do século passado, os estudiosos do tema Segurança Internacional dividem-se entre duas propostas distintas, subdivisões da própria ideia de segurança. A primeira proposta baseia-se na relação entre poder e força, sendo denominados realistas os anuentes desta. Para a segunda pro-

<sup>4</sup> Ver ETZIONI, Amitai. *How Patriotic is the Patriot Act?* New York: Routledge, 2005.

<sup>5</sup> Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-107hr3162enr/pdf/BILLS-107hr3162enr.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2018.

<sup>6</sup> Disponível em: <https://noticias.r7.com/internacional/novo-11-de-setembro-ataques-em-paris-dao-inicio-a-outra-fase-do-terrorismo-diz-especialista-15112015>. Acesso em: 17 abr. 2018.

<sup>7</sup> Disponível em: [http://www.senat.fr/lc/lc264/lc264\\_mono.html](http://www.senat.fr/lc/lc264/lc264_mono.html). Acesso em: 18 abr. 2018.

<sup>8</sup> Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/>. Acesso em: 18 abr. 2018.

<sup>9</sup> Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1534521843371&uri=CELEX:52016DC0670>. Acesso em: 18 abr. 2018.

<sup>10</sup> HOBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. 8<sup>a</sup> reimpr. Trad. José Viegas. São Paulo: Cia. das Letras, 2007. p. 127-128.

<sup>11</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 60.

posta – idealista –, percebe-se que só existe segurança relacionando-a ao conceito de paz. Essas duas ideias, preconizadas por Buzan,<sup>12</sup> somente puderam desenvolver-se com o desenrolar da guerra fria instituída entre o mundo: capitalismo contra comunismo.

Sob visão realista, a soberania estatal, conjurada com os princípios internacionais de autodeterminação e não intervenção,<sup>13</sup> garantiriam aos Estados soberanos total controle sobre a ingerência de sua segurança nacional. O nacionalismo, garantidor de coesão, tenderia, então, a empoderar o Estado ante seus pares no cenário internacional, por ser o detentor do poder soberano, definido o que é bom e o que é ruim para a segurança nacional. A segurança seria, portanto, uma consequência do poder. Nas palavras de Ramina e Cunha,<sup>14</sup> “a aquisição de poder por um estado necessariamente resultaria em gozo de mais segurança”.

Os idealistas, no que lhes diz respeito, narram o tema de segurança pelo conceito de paz. Diante desse conceito, poderíamos entender a segurança dentro de um ambiente de maior completude. Junto ao conceito e prática da soberania, a busca da paz é um objetivo constante, que impediria a ameaça de uma nova guerra de proporções mundiais. A segurança seria um resultado da paz: promovendo-se paz, tem-se segurança.

Em ambas as propostas existem problemas efetivos; nenhuma delas teria a solidez necessária como um norte para o conceito de segurança no sistema internacional. Enquanto a posição realista gera atitudes destrutivas, baseando seu conceito no sistema de poder, com propostas belicistas,<sup>15</sup> a proposta idealista, por muitas vezes, é considerada pueril, em confiar que a paz vai gerar segurança, independentemente do poder dos Estados.

Na década de 50 do século 20, John Herz<sup>16</sup> chamou a atenção para o que denominou de “dilema da segurança”. Dizia o autor que o esforço unilateral de um Estado, no intuito de garantir sua segurança interna, poderia ser interpretado como elevação do grau de ameaça para outros Estados, levando estes a adotar medidas defensivas, promovendo, assim, a insegurança internacional. Instalava-se um círculo vicioso que nunca teria fim. Qual seria a resposta da sociedade internacional para romper este círculo vicioso? A grande aposta internacional foi o sistema das Nações Unidas.

A Organização das Nações Unidas é a protagonista no tema de Segurança Internacional, desde seus princípios estruturais de não intervenção e autodeterminação, até a inclusão do tema nos Comissariados atuais. O respeito às soberanias, exercido pela organização com a sutileza necessária, colabora de forma fundamental para que a ONU seja o local adequado para a pauta de Segurança Internacional. A ideia central é ser um local de diálogo, um centro de coalização pela paz e segurança internacionais. Ainda que de forma tímida para os padrões desejados, a pauta de segurança vem se solidificando em razão da necessidade global.

Aproximadamente 70 anos mais tarde, contudo, a teoria de Herz é mais atual que nunca e convoca uma mudança de paradigma dentro da interpretação de Segurança Internacional. Com efeito, muito foi feito nessas últimas sete décadas, mas a imposição dos sistemas estatais de segurança, egoístas por natureza, impedem um entendimento mais amplo da questão. A Segurança Internacional deve ser pensada de forma coletiva e fundamentada numa proposta de paz, sem nenhum efeito revanchista que acobre a ideia maior de um Mundo livre e seguro.

<sup>12</sup> BUZAN, Barry. *People, States & Fear: an agenda for international security studies in the post-cold war era*. Colchester: ECPR Press, 2009. p. 25-30.

<sup>13</sup> Os princípios de autodeterminação e não intervenção estão contidos na Carta da ONU, artigo 2º, e preconizam que cada Estado deve ter livre-escolha em sua organização interna e que não deve haver intervenção de um Estado em outro, respectivamente. Ver HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 51-52, 202.

<sup>14</sup> RAMINA, Larissa; CUNHA FILHO, Valter Fernandes da. *Segurança internacional: desenvolvimento teórico, desafios concretos e paradoxos*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 26.

<sup>15</sup> Não podemos esquecer que os exércitos estatais de hoje contam com poderio tecnológico e nuclear.

<sup>16</sup> HERZ, John H. Idealist Internationalism and the Security Dilemma. *World Politics*, 2, p. 157-180, 1950. Disponível em: <http://journals.cambridge.org/action/display>. Acesso em: 15 mar. 2018.

## 4 LIBERDADE RELIGIOSA: A PRIMEIRA LIBERDADE, O PRIMEIRO ATAQUE

O direito internacional dos direitos humanos<sup>17</sup> vem se desenvolvendo nos últimos dois séculos a partir dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Ideais estes advindos de movimentos humanos disruptivos do *status quo* de seus tempos e inspiradores de mudanças significativas para a Humanidade. A primeira liberdade conquistada pelos direitos humanos foi a religiosa: robusta em complexidade e desafios e, ao mesmo tempo, bastante frágil em sua perpetração. Ao examinarmos, mais atentamente, a ameaça do terrorismo e os dilemas da Segurança Internacional, nos deparamos com a inquietante possibilidade de perda de direito. Sob essa perspectiva, é a liberdade religiosa o primeiro alvo de ataques.

A discussão sobre liberdade religiosa é mais antiga do que a existência dos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos. A liberdade religiosa vincula-se ao princípio internacional de autodeterminação dos povos,<sup>18</sup> uma vez que tal princípio, de forma subjetiva, nos remete ao poder de escolha, coletiva e individual, garantida aos seres humanos. Mais, a liberdade religiosa é parte valiosa da dignidade da pessoa humana e qualquer dano a ela causada, tanto de forma individual quanto coletiva, será sempre uma mácula infligida aos direitos de modo geral, principalmente aos direitos humanos.

O tema da liberdade religiosa têm detalhamento e complexidade vastos e intrigantes, contudo, para a compreensão deste artigo, vamos admitir como paradigma o artigo 18 da Declaração dos Direitos Humanos de 1948.<sup>19</sup>

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

### Artigo 18

Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse 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 em público ou em particular.

Um pequenino artigo, três linhas, que guardam uma imensidão de direitos humanos. Direitos como:

- Liberdade de pensar: a própria essência diferencial do ser humano em relação às demais espécies;
- A liberdade de consciência: poder de saber de si, para si e para o próximo a si e do contexto geral da humanidade;
- A liberdade de religião em si: de acreditar e promover sua crença, ou seja, liberdade de deixar o foro íntimo e proclamar seu pensamento e vontade para todos;
- Ainda, a liberdade, respeitosa, de tentar fazer com que ideias particulares possam tornar-se coletivas, o incômodo proselitismo que tanto agasta a sociedade.

A percepção da grandeza dessa liberdade gira na mesma proporção das dificuldades que encontramos em sua perpetração.

Ainda sob a dimensão do artigo, proclama Vicente Ráo<sup>20</sup> sobre a Declaração de Direitos:

É da mais alta importância e assinala considerável progresso o reconhecimento, não por uma, mas pela quase totalidade das Nações, dos direitos fundamentais do homem, considerados sob tríplice aspecto: o individual, o social e o universal. A par de toda a comunhão interna, proclama-se, aqui, a existência de uma comunhão universal, de uma família humana; e como na ordem interna se visa a paz social, assim também, na ordem externa, afirma-se a existência do direito à paz universal. Os direitos inerentes à personalidade humana, não

<sup>17</sup> Assim denominados o conjunto de direitos humanos que são defendidos como universais. O termo foi cunhado a partir do pós-guerra e com a confecção da Declaração Universal de Direitos Humanos, feita sob os auspícios das Nações Unidas.

<sup>18</sup> Artigo 2º da Carta da ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em: 17 abr. 2020. Ver também MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). *Direito à liberdade religiosa, desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 99.

<sup>19</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: [www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm). Acesso em: 20 abr. 2018.

<sup>20</sup> RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64-65.

são mais, como na Declaração proclamada pela Assembleia nacional Constituinte de França, os de caráter civil e político estritamente individuais, mas, também, os de caráter social, econômicos inclusive e, ainda, os de caráter internacional (destaque do original).

A liberdade religiosa aglutina dentro de si a possibilidade da realização do princípio de dignidade humana, daí talvez a explicação para ser a primeira a ser garantida e a ser atacada. Explicamos:<sup>21</sup>

Os pioneirismos da liberdade religiosa na positivação dentro das cartas de direitos humanos internacionais podem ser afirmados em função de duas causas principais. A primeira causa deve-se ao fato de que por muito tempo a base da sociedade foi, intrinsecamente, ligada às confissões religiosas. Ora por conta das relações sociais de comunidade, ora pela ligação com o poder político. Portanto, não se estranha que as mudanças ocorridas na Europa e nos EUA, no século XVIII, empoderassem a liberdade religiosa, quando da separação entre Igreja e Estado. A segunda causa diz respeito às exigências contidas na ideia de liberdade religiosa: para exercer tal liberdade, o indivíduo precisa gozar de seu foro íntimo. Destacado esse foro, precisa ser capaz de protegê-lo, tanto das pessoas particulares quanto das pessoas públicas, como o Estado.

#### 4.1 A liberdade de crença

Crer significa acreditar em algo ou alguma coisa. Assim, quando pleiteamos a liberdade de crença, poderíamos ratificar quaisquer pensamentos humanos. A interpretação jurídica, concebida para tal liberdade, contudo, foi um pouco mais restrita. Ao discorrer sobre a liberdade de crença garantimos o ato religioso de acreditar: crença religiosa. Esse conceito foi apresentado na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776):<sup>22</sup>

##### Artigo XVI

Que a religião ou os deveres que temos para com o nosso Criador, e a maneira de cumpri-los, somente podem reger-se pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência; consequentemente, todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, de acordo com o que dita sua consciência, e que é dever recíproco de todos praticar a paciência, o amor e a caridade cristã para com o próximo.

A primeira emenda à Constituição americana (1789),<sup>23</sup> *United States Bill of Rights*, previa:

EMENDA I O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.

Entende-se que a liberdade de crença é parte indissociável da liberdade de pensar. Se, todavia, versássemos somente sobre o pensamento íntimo, de fundo intrínseco do ser humano, não teríamos conflitos religiosos. A liberdade de crença ultrapassa a ideia de foro íntimo e promove a possibilidade de pensar de modo coletivo e manifestar esse pensamento em formas diversas, como cultos e pregações. Em tempo, a liberdade de crença permite, ainda, a maior das possibilidades, a de mudar de pensamento, demudando sua religião.

#### 4.2. A liberdade de culto

A liberdade de culto é um desdobramento da liberdade de crença. É um reforço da demonstração da fé. Sua exteriorização é ponto de visibilidade da prática religiosa que expõe o credo ao exercício social e deve ser observada como direito fundamental que representa. O culto é peça fundamental da liberdade religiosa, podendo ser íntimo e silencioso, ou praticado de forma caudalosa, rumorosa e pública. Não obstante, existem

<sup>21</sup> LIMA, Clarisse Laupman Ferraz. *Liberdade religiosa e segurança internacional: desafios e perspectivas*. Tese (Doutorado) – PUC-SP, 2016. p. 65.

<sup>22</sup> Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%A7%C5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 13 abr. 2018.

<sup>23</sup> Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%A7%C5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: 13 abr. 2018.

limitações das práticas de cultos, uma vez que estão ligadas à boa convivência social e organização estatal. O culto é prática de manifestação pública, sendo o primeiro foco de confronto quando pensamos nos conflitos gerados pela religião.

Historicamente, temos muitas referências de inconvenientes causados por essa prática. Podemos mencionar, como exemplo, o que acontece há muito em relação às Testemunhas de Jeová,<sup>24</sup> seu proselitismo exercido em alto volume e seu preceito de não aceitação da transfusão sanguínea causam danos há séculos.

Atualmente, devido ao signo do terror, a liberdade de culto encontra-se sob contínua vigilância. Manifestações religiosas são vistas como provocações, ou, até mesmo, ameaças de segurança. A profissão da fé sempre foi dubiamente interpretada, mas, hoje, ganha contornos próximos do que seria um impedimento ou subtração de direitos.<sup>25</sup>

#### 4.3. A liberdade de organização religiosa

As garantias da organização religiosa têm relação direta com uma espécie de inação pelo Estado Soberano. Ela deve ser concedida de forma equânime e total, não interessando quanto tempo possui ou quão antiga é a organização religiosa, tendo dimensão de igreja ou de um grupo pequeno de pessoas. Nesse intento, Casamasso afirma:<sup>26</sup> “quanto menor for a presença e interferência do estado nesta esfera maior será a liberdade das confissões religiosas para se organizarem”.

O ideal de laicismo estatal deve ser observado e estimulado. Estado e Igreja devem manter-se em estratos diferentes, com convivência mínima e pacífica. O estranho dessas afirmações está no fato de quem assim nos ensinou sobre a laicidade,<sup>27</sup> a França é o primeiro Estado a restringir, com leis nacionais, a liberdade de religião em seu Estado Nacional, sendo o grande berço do laicismo e o primeiro a investir em leis restritivas da prática religiosa.

A liberdade de organização religiosa é parte integrante do direito à liberdade religiosa, devendo ser acomodada da melhor forma pelos Estados Soberanos, implicando o preestabelecimento de limites práticos no convívio social sem intromissão na parte essencial de organização. Quanto às questões de ordem econômica e patrimonial, não existem impeditivos à intervenção dos Estados.<sup>28</sup>

A complexidade da liberdade religiosa é sua mais cara característica e sua maior fragilidade, quando, em nome da Segurança Internacional, são impostos limites à prática da liberdade, e todo o sistema internacional de proteção aos direitos humanos sucumbe.

Lembramos que o homem é um ser religioso. A prática da religião é essencial na existência humana. Não existem direitos outros que não os necessários para o alicerce humano.

Thomas Hobbes,<sup>29</sup> em seu Leviatã, escreveu:

<sup>24</sup> Exemplo: no processo, Membros da Congregação das Testemunhas de Jeová: Begheluri e Outros c. Geórgia, p. 162 da publicação indicada, um grupo de Testemunhas de Jeová foi atacado por um grupo ultra ortodoxo. Apesar de ter sido informada, a polícia não interveio para impedir a violência. A investigação que se seguiu foi descontinuada após a polícia ter afirmado não ser possível estabelecer a identidade dos agressores. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que o fato de a polícia não ter intervindo para proteger as vítimas de violência racial e a posterior ausência de um inquérito adequado, constituiram uma violação do artigo 3º (o direito a não ser submetido a penas; tratamentos desumanos ou degradantes) e do artigo 9º (o direito à liberdade de religião) conjuntamente com o artigo 14, uma vez que o referido ato discriminatório ficou a dever a motivos religiosos. Disponível em: [www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_non\\_discr\\_law\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_law_POR.pdf). Acesso em: 20 abr. 2018.

<sup>25</sup> Disponível em: [http://parstoday.com/pt/radio/worldi18514europa\\_n%C3%BAmero\\_um\\_na\\_persegui%C3%A7%C3%A3o\\_das\\_minorias\\_religiosas](http://parstoday.com/pt/radio/worldi18514europa_n%C3%BAmero_um_na_persegui%C3%A7%C3%A3o_das_minorias_religiosas). Acesso em: 20 abr. 2018.

<sup>26</sup> CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. *Política e religião: o Estado laico e a liberdade religiosa à luz do constitucionalismo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – PUC-SP, 2006. p. 251.

<sup>27</sup> Ver mais em LIMA, Clarisse Laupman Ferraz. *Liberdade Religiosa e Segurança Internacional: desafios e perspectivas*. 2016. Tese (Doutorado) – PUC-SP, 2016. Cap. 2.

<sup>28</sup> Exemplificamos: “Ação civil pública. Deferimento de liminar para vedar o uso, durante culto religioso, de instrumento de ampliação sonora, causadora de perturbação e poluição ao ambiente. Inexistência de ofensa ao direito ao culto. O Estado, como tem obrigação de tutelar pela liberdade de culto, deve também proteger o meio ambiente da poluição sonora causada por instrumentos amplificadores de sons. Denegação do *writ*”. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9230603/mandado-desseguranca-ms-593156896-rs-tjrs>. Acesso em: 13 abr. 2018.

<sup>29</sup> HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: [hdh\\_thomas\\_hobbes\\_leviatan.pdf](http://hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf). Acesso em: 16 abr. 2018.

Verificando que só no homem encontramos sinais ou frutos da religião, não há motivo para duvidar que a semelhança da religião se encontre também apenas no homem, e consiste em alguma qualidade peculiar, ou pelo menos em algum grau eminentemente dessa qualidade, que não se encontra nas outras.

Como entender a colocação de Hobbes diante dos acontecimentos recentes na Europa com a introdução de leis restritivas ao uso do véu em público? Primeiro, tivemos uma lei francesa que proibiu o uso de alguns tipos de véus. Tal lei não dizia nada sobre o simbolismo religioso da prática do uso do véu. Descrevia, tão somente, a necessidade de adaptação dos indivíduos ao modo de vida francês e fazia referência à questão da segurança coletiva. Além dos véus, ficavam proibidas também as balaclavas, espécies de máscaras, que cobrem quase integralmente o rosto do usuário.

O caso foi levado ao conhecimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.<sup>30</sup> Sua decisão foi no sentido de apoiar o Estado francês. Segundo o entendimento do Tribunal, os véus em questão não se faziam necessários à prática religiosa, uma vez que existiam tipos de véus que não encobrem o rosto de forma integral. Ainda, em relação à segurança francesa, esta estava efetivamente ameaçada por tal prática.

Caberiam, nessa decisão, infundadas discussões sobre controle estatal ou sobre segurança e, até mesmo, sobre direito das mulheres, contudo o que percebemos foi uma ruptura na liberdade da prática religiosa.

Três anos mais tarde, em 2018, a França volta aos noticiários internacionais com uma proposta de impedir, em definitivo, o uso dos véus em público. A nova proposta incluiria não somente os véus islâmicos, mas outros artefatos religiosos, como quipás e crucifixos, adjetivados como “grandes”.<sup>31</sup>

Hoje, são 15 os Estados Europeus que baniriam, de forma integral, o véu islâmico.<sup>32</sup> A cada demonstração da fragilização do sistema de proteção dos direitos humanos, maior é a preocupação com o que virá a seguir.

## 5 O QUE ESTÁ POR VIR

Desvelada a possibilidade concreta de subtração de direitos humanos conquistados, a imperativa preocupação diz respeito ao que está por vir. Não existe uma forma possível de prever qual será o próximo direito a ser ameaçado, pois a questão não segue nenhuma forma de lógica. Na observação dos acontecimentos globais, entretanto, podemos vislumbrar alguns pontos que se destacam; entre eles, a fragilidade apontada em relação ao direito à privacidade.

A constatação na quebra de direitos não é pura especulação. Logo, como o direito à privacidade encaixa-se nesta prerrogativa? A resposta parece certa. No início do ano de 2017 os noticiários globais anunciam o caso *Wikileaks*,<sup>33</sup> no qual constatava-se que a Agência de Inteligência norte-americana, uma das responsáveis pela segurança desse Estado, estava, de forma clandestina, monitorando contas particulares e telefones celulares de milhões de norte-americanos. Revelado isso, passado o alvoroço causado pela notícia, quão grande foi a surpresa, advinda das pesquisas de opinião,<sup>34</sup> ao divulgarem que parte expressiva da população americana consentiria com tal “espionagem”, desde que essa trouxesse maior segurança para os EUA. Mais uma vez, em nome de uma suposta segurança, barganhamos direitos.

O direito à privacidade não é tão antigo quanto o direito à liberdade religiosa; ao contrário, a ideia de privacidade é bem mais recente; uma conquista do século 20. O Mundo antigo girava sob uma ideia de coletivo. A possibilidade de uma vida privada, como conhecemos hoje, só foi alcançada depois do pós-guerra.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> CASO A.S. x França. Disponível em: <file:/CASE%20OF%20S.A.S.%20v.%20FRANCE.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

<sup>31</sup> A questão sobre o tamanho geraria, possivelmente, um enorme fluxo de investigações. Afinal, como poderíamos quantificar grande sem que a lei assim defina.

<sup>32</sup> Disponível em: [https://www.washingtonpost.com/world/2018/08/16/france-denmark-bans-full-face-muslim-veils-are-spreading-across-europe/?noredirect=on&utm\\_term=.8152b619e4a0](https://www.washingtonpost.com/world/2018/08/16/france-denmark-bans-full-face-muslim-veils-are-spreading-across-europe/?noredirect=on&utm_term=.8152b619e4a0). Acesso em: 20 ago. 2018.

<sup>33</sup> Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/geral,a-historia-do-wikileaks,10000041176>. Acesso em: 10 abr. 2018.

<sup>34</sup> Disponível em: <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/09/27/most-americans-think-the-government-could-be-monitoring-their-phone-calls-and-emails/>. Acesso em: 20 abr. 2018.

<sup>35</sup> Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Aposentos individuais, telefones individuais e outras definições da individualidade, são padrões relativos a este século. Assim, apesar de o direito à privacidade ser recém-concebido, tal direito está modificando-se com a presença de internet. A privacidade como direito só está engatinhando e já se encontra ameaçada como tal.

## 6 CONCLUSÃO

O movimento constante da Humanidade, acompanhado de seus direitos, não deveria ser motivo de preocupação. Em verdade, a mais marcante característica do Mundo Internacional é sua constante mutação, e com o direito não é diferente. A proposta Internacional de Segurança deveria ser uma garantia a mais e jamais uma ameaça. As conquistas dos direitos humanos e seu processo deveriam ter sempre o tom de crescimento e nunca de recessão.

Quando ponderamos os caminhos das ameaças à paz, ao terrorismo, à segurança e à perda de direitos, estamos tão somente resguardando os interesses humanos ante a um possível descompasso avistado. Para avançar com Paz não precisamos subtrair direitos, mas ampliá-los.

Para conquistar a liberdade religiosa, que temos hoje, passamos por várias etapas de conquistas. Primeiro, conseguimos impor a tolerância para, depois, alcançarmos a liberdade. Com efeito, não poderíamos voltar um degrau em nossa evolução e pensar em tolerância, tampouco pensar na falta dela.

O ideal de Segurança merece todo o destaque que lhe é devido, inclusive na perspectiva internacional. Há quem, porém, interessaria a imposição de perda de Direitos? Essa é a pergunta que devemos fazer. Será um Mundo seguro aquele que não temos liberdades? Tais indagações não possuem respostas assertivas, mas merecem reflexões mais profundas do que respostas revanchistas.

A liberdade é o bem mais precioso do ser humano e com ela nosso poder de pensamento e decisão. A liberdade religiosa foi e é o primeiro passo da jornada da conquista de direitos. Ela nos é muito cara e não deve ser abandonada mesmo na presença do Medo. Para isto, basta lembrar da nossa primeira reação diante do desconhecido. Rezemos.

## 7 REFERÊNCIAS

- BAYLE, P. *De la tolérance: Commentaire philosophique surces paroles de JésusChrist “ Contrains-les d'entrer”*. Editor Jean-Michel Gros. Paris: Agora Presses Pocket, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução autorizada do idioma italiano da edição publicada Giulio Einaudi Editore. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BORGES, Rosa Maria Zaia; AMARAL, Augusto Jobim do; PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima (org.). *Direitos humanos e terrorismo*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2014. p. 135.
- BUZAN, Barry. *People, States & Fear: an agenda for international security studies in the post-cold war era*. Colchester: ECPR Press, 2009.
- CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. *Política e religião: o Estado laico e a liberdade religiosa à luz do constitucionalismo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) PUC-SP, 2006. p. 251.
- CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO SILVA, G. E. do; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CRETTELÀ NETO, José. *Terrorismo internacional: inimigo sem rosto – combatente sem pátria*. Campinas: Millennium, 2008.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ETZIONI, Amitai. *How Patriotic is the Patriot Act?* New York: Routledge, 2005.
- FONSECA, Francisco Tomazoli da. *Religião e direito no século XXI: a liberdade religiosa no Estado laico*. Curitiba: Juruá, 2015.
- GONÇALVES, Antonio Baptista. O Estado democrático de direito laico e a “neutralidade” ante a intolerância religiosa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, 2013.
- GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: na ordem jurídica internacional e reflexos da ordem constitucional brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- HERZ, John H. *Idealist Internationalism and the Security Dilemma*. *World Politics*, 2, p. 157-180, 1950.

- HOBBES, Thomas de Malmesbury. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 1651. Disponível em: [hdh\\_thomas\\_hobbes\\_leviatan.pdf](http://hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf). Acesso em: 16 abr. 2018.
- HOBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. 8. reimpressão. Trad. José Viegas. São Paulo: Cia. das Letras, 2007.
- HUSEK, Carlos Roberto. *A nova (des)ordem internacional*: ONU – uma vocação para a paz. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. São Paulo: LTR, 2019.
- IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (coord.). *Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global*. Curitiba: Juruá, 2010. V. III.
- JELLINEK, Georg. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Ciudad del Mexico: Unam, 2000.
- KANT. *A religião nos limites da simples razão*. Tradução Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2008.
- LIMA, Cláisse Laupman Ferraz. *Liberdade religiosa e segurança internacional: desafios e perspectivas*. 2016. Tese (Doutorado) – PUC-SP, 2016. p. 65.
- LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. 2. ed. Trad. Anoar Alex. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Col. (Os Pensadores).
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). *Direito à liberdade religiosa, desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Muraccho. Disponível em: [Montesquieu-o-espirito-dasleis.pdf](http://Montesquieu-o-espirito-dasleis.pdf).
- MONTIEL, Edgar. *A nova ordem simbólica: a diversidade cultural na era da globalização*. In: SIDEKUM, Antônio. *Alteridade e multiculturalismo*. Ijuí: Editora Unijuí, 2003.
- MOREIRA, Adriano (org.). *Terrorismo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAMINA, Larissa; CUNHA FILHO, Valter Fernandes da. *Segurança internacional: desenvolvimento teórico, desafios concretos e paradoxos*. Curitiba: Juruá, 2013.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Edição Ridendo Castigat Mores. [2001?]. Disponível em: [www.jahr.org](http://www.jahr.org).
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- TRINDADE, Otávio Augusto Drummond Cançado. *A Carta das Nações Unidas: uma leitura constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- VACCARO, Salvo; AVELINO, Nildo (org.). *Governamentalidade e segurança*. São Paulo: Intermeios, 2014.
- VATTEL, Emmerich de. *O direito das gentes*. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.
- VERGUEIRO, Luiz Fabrício Thaumaturgo. *Terrorismo e crime organizado*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- WATSON, Adam. *The Evolution of International Society. A Comparative, Historical Analysis*. New York: Routledge, 1992.
- WEINGATNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- Sítios consultados**
- ANNAN, Kofi. Intolerance – scourge with deadly consequences – threat to democracy, peace, security, says secretary-general on international day. Disponível em: <http://www.un.org/press/en/2003/sgsm9003.doc.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.
- CASO A. S. x França. Disponível em: [file:/CASE%20OF%20S.A.S.%20v.%20FRANCE.pdf](http://CASE%20OF%20S.A.S.%20v.%20FRANCE.pdf). Acesso em: 20 mar. 2018.
- CARTA DA ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em 17 abril de 2020.
- DECLARAÇÃO DO BOM PVO DA VIRGÍNIA. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antepreiores-%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%A7%C5%85es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 13 abr. 2018.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: [http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm). Acesso em: 20 abr. 2018.
- ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- ESTADÃO. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/geral,a-historia-do-wikileaks,10000041176>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- EUROLEX. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1534521843371&uri=CELEX:52016DC0670>. Acesso em: 18 abr. 2018.

JUSBRASIL. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9230603/mandado-desegurança-ms-593156896-rs-tjrs>. Acesso em: 13 abr. 2018.

LEISTER, Margareth Anne; TREVISAN, Elisaide. *A tolerância às diversidades: base da efetivação da sociedade democrática*. Disponível em: <http://www.lo.unisal.br/direito/semidi/publicacoes/livro4/Elisaide%20Trevisan%20e%20Margareth%20Anne%20Leister.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2015.

PATROTIC ACT. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-107hr3162enr/pdf/BILLS-107hr3162enr.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2018.

PARSTODAY. Disponível em: [http://parstoday.com/pt/radio/world/18514/europa\\_n%C3%BAmero\\_um\\_na\\_persegui%C3%A7%C3%A7%C3%A3o\\_das\\_minorias\\_religiosas](http://parstoday.com/pt/radio/world/18514/europa_n%C3%BAmero_um_na_persegui%C3%A7%C3%A7%C3%A3o_das_minorias_religiosas). Acesso em: 20 abr. 2018.

PEWRESEARCH. Disponível em: <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/09/27/most-americans-think-the-government-could-be-monitoring-their-phone-calls-and-emails/>. Acesso em: 30 abr. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal de Direitos Humanos: desafios e perspectivas. Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/DH%20-%20Desafios%20e%20Perspectivas%20-%20FPiovesan.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2015.

R7, <https://noticias.r7.com/internacional/novo-11-de-setembro-ataques-em-paris-dao-inicio-a-outra-fase-do-terrorismo-diz-especialista-15112015>. Acesso em: 17 abr. 2018.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SENAT FRANCESE. Disponível em: [http://www.senat.fr/lc/lc264/lc264\\_mono.html](http://www.senat.fr/lc/lc264/lc264_mono.html). Acesso em: 18 abr. 2018.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/>. Acesso em: 18 abr. 2018.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: [www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_non\\_discrimination\\_law\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrimination_law_POR.pdf). Acesso em: 20 abr. 2018.

WASHINGTONPOST. Disponível em: [https://www.washingtonpost.com/world/2018/08/16/france-denmark-bans-full-face-muslim-veils-are-spreading-across-europe/?noredirect=on&utm\\_term=.8152b619e4a0](https://www.washingtonpost.com/world/2018/08/16/france-denmark-bans-full-face-muslim-veils-are-spreading-across-europe/?noredirect=on&utm_term=.8152b619e4a0). Acesso em: 20 ago. 2018.

# A CENTRALIZAÇÃO DO PODER DE MÍDIA NO BRASIL E A OMISSÃO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DA PLURALIDADE E DEMOCRATIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO: Uma Análise dos Vazamentos da Operação Lava Jato

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.69-77>

Recebido em: 7/9/2019

Modificações solicitadas em: 26/2/2020

Aceito em: 4/3/2020

***Cristian Reginato Amador***

Autor correspondente. Faculdade de Direito de Santa Maria (Fadisma). Rua Duque de Caxias, 2319 – Nossa Senhora Medianeira. CEP 97060-210. Santa Maria/RS, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/2934027920386764>. <https://orcid.org/0000-0003-0202-0278>. [cristianreginato031@gmail.com](mailto:cristianreginato031@gmail.com)

***Cristiane Penning Pauli de Menezes***

Faculdade de Direito de Santa Maria (Fadisma). Santa Maria/RS, Brasil.

## RESUMO

O presente estudo busca fazer uma análise dos vazamentos relacionados à Operação Lava Jato, traçando um enlace com a relação criada entre a atuação do Estado no papel de agente cuja função consiste em pluralizar e democratizar a informação e a mídia como agente influenciador em uma sociedade dita informacional. Assim, questiona-se: Em que medida a omissão do Estado na democratização e pluralização da informação, aliada à centralização do poder de mídia no Brasil, dificulta a efetivação do direito à informação? Para responder tal questionamento utiliza-se como método de abordagem o dedutivo, e enquanto procedimento o monográfico. Desta forma, o estudo foi dividido em duas seções. Na primeira será analisado o direito à informação, o qual se apoia no pressuposto de que este se encontra alçado entre os direitos fundamentais de 4ª geração e que, assim, faz parte das novas demandas acerca dessa temática, como também será analisada a participação da mídia e do Estado no que se refere à democratização e pluralização da informação. Na segunda e última seção, será feita a análise dos vazamentos de conteúdos que atingem determinados sujeitos envolvidos na Operação Lava Jato, evidenciando a participação da mídia brasileira no caso em destaque. Ao final, foi possível concluir que no debate em tela, ao analisar-se o conteúdo evidenciado por intermédio da mídia, bem como o papel de determinados agentes sociais diante da problemática, prepondera o interesse público ante as informações proferidas pela mídia, sobretudo quando se parte do pressuposto de que diferentes direitos fundamentais se encontram em destaque e que, assim, merecem ser protegidos.

**Palavras-chave:** Democracia. Direitos humanos. Estado. Mídia. Poder.

**THE CENTRALIZATION OF MEDIA POWER IN BRAZIL AND THE OMISSION OF THE STATE IN THE EFFECTIVENESS OF PLURALITY AND DEMOCRATIZATION OF INFORMATION: AN ANALYSIS OF THE LAVA JATO OPERATION LEAKS**

## ABSTRACT

The present study seeks to make an analysis of the leaks related to Operation Lava Jet, tracing a link with the relationship created between the State's action in the role of agent whose function is to pluralize and democratize information and the media as an influential agent in a so-called informational society. Thus, the question is: to what extent does the omission of the State in the democratization and pluralization of information, combined with the centralization of media power in Brazil, hinder the realization of the right to information? To answer this question, the deductive method of approach is used and the monographic method of procedure. Thus, the study was divided into two sections. In the first, the right to information will be analyzed, which is based on the assumption that it is elevated among the fundamental rights of the 4th generation and that it is thus part of the new demands on this theme, as well as the participation of the media and the State in relation to the democratization and pluralization of information. In the second and last section, there will be an analysis of content leaks that affect certain subjects involved in Operation Lava Jato, evidencing the participation of the Brazilian media in the case in question. At the end, it was possible to conclude that in the debate on screen, when analyzing the content evidenced through the media, as well as the role of certain social agents in the face of the problem, public interest prevailed in the face of the information provided by the media, especially when it is assumed that different fundamental rights are in evidence and thus deserve to be protected.

**Keywords:** Democracy. Human rights. Media. Power. State.

## SUMÁRIO

1 Considerações iniciais. 2 O Direito à informação e os direitos fundamentais de 4ª geração: um novo debate acerca do poder de mídia brasileiro. 3 Análise dos vazamentos da Lava Jato sob a ótica constitucional dos conflitos de direitos fundamentais. 5 Considerações finais. 6 Referências.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com a crise política instaurada no seio social brasileiro e em evidência na mídia mundial, situação que ganhou destaque nesse cenário refere-se à conflituosa relação estabelecida entre o Estado brasileiro e o ex-ministro Sérgio Moro que, desde o dia 9 de junho de 2019, não conseguia deixar de vestir a toga de juiz da comarca de Curitiba.

Ocorre que o site *The Intercept Brasil* começou a divulgar mensagens trocadas entre o ex-juiz e a força tarefa da Lava Jato, colocando em dúvida a imparcialidade de Sérgio Moro enquanto juiz. Desta forma, questiona-se o papel da mídia brasileira no caso em tela, bem como o papel do próprio Estado no que se refere à democratização da informação. Posto isso, problematiza-se a seguinte questão: Em que medida a omissão do Estado na democratização e pluralização da informação, aliada à centralização do poder de mídia no Brasil, dificulta a efetivação do direito à comunicação?

Para tanto, o presente trabalho foi organizado em duas seções. Na primeira seção serão abordados os aspectos inerentes ao direito à informação e suas imbricações com os direitos fundamentais, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais de 4ª geração, evidenciando a abordagem de tais direitos na sociedade hodierna em uma realidade considerada informacional. Ainda nesse primeiro momento da pesquisa, o objetivo foi delimitar uma abordagem em que se evidencia a centralização do poder de mídia no Brasil, estabelecendo uma ligação com a suposta omissão do Estado acerca de sua função de democratizar a informação e garantir uma pluralidade de informações.

Por fim, na última seção o objetivo foi analisar os vazamentos relacionados à Operação Lava Jato e o ministro da Justiça Sérgio Moro, demonstrando o papel que a mídia brasileira exerceu no respectivo caso. Para tanto, utilizou-se, como método de abordagem, o dedutivo, e, enquanto método de procedimento, o monográfico.

## 2 O DIREITO À INFORMAÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE 4ª GERAÇÃO: UM NOVO DEBATE ACERCA DO PODER DE MÍDIA BRASILEIRO

A realidade contemporânea implica o reconhecimento de constantes mudanças no cenário democrático, sobretudo acerca das relações plurais estabelecidas por meio da democracia, que permite que cada sujeito configure presença moral na cidadania. Assim, evidencia-se o que o autor classifica como direitos fundamentais de 4ª geração, quando estes representam o futuro da cidadania e a certeza de um poder dado ao cidadão no que se refere ao controle de suas liberdades (BONAVIDES, 2013, p. 591).

Para Bonavides (2013), são direitos de 4ª geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, em que “deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivências” (BONAVIDES, 2013, p. 590). Outrossim, os direitos de quarta dimensão tendem a destacar tanto os direitos de segunda e terceira geração, como também, conforme Bonavides, absorvem (sem remover) a subjetividade dos direitos de primeira geração.

Vive-se hodiernamente o que Manuel Castells chama de “sociedade informacional”, em que as Tecnologias de Informação e Comunicação encontram-se no auge de suas atribuições. Castells (1999) destaca que

o termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico (p. 65).

Nesse contexto, evidencia-se um papel mais ativo da tecnologia como meio que possibilita o protagonismo dos cidadãos, onde estes, conforme Bonavides, tornam-se responsáveis pela fiscalização de constitucionalidade dos ditos direitos de quarta geração, instaurando, assim, uma democracia que, nas palavras do autor, fica isenta da mídia manipuladora. Tudo isso, obviamente, aliado à informação e à pluralidade no contexto hodierno, pois se apresentam como direitos paralelos e coadjutores da democracia (BONAVIDES, 2013, p. 591).

Destaca-se, nesse sentido, a relevância acerca do direito à informação, muito embora seja inviável trabalhá-lo de forma dissociada do direito à democracia e ao pluralismo. Conforme Sarlet e Molinaro (2014),

Quando nos referimos ao “direito da informação” nos referimos ao resultado das interações socioculturais que no decorrer da história formataram a comunicação social, sendo produzidas por um conjunto de mandamentos sociais, políticos e morais que resultaram em um conjunto de normas jurídicas regulatórias e disciplinadora daquelas relações – portanto, de um direito à informação (p. 13-14).

No caso do Brasil, no entanto, é necessário compreender que o direito à informação (no que se refere aos dispositivos legais) está em processo de formação, dependendo ainda de conquistas no campo das Tecnologias de Informação e Comunicação (SARLET; MOLINARO, 2014, p. 15).

O direito à informação, tutelado pelo texto constitucional<sup>1</sup>, é um direito essencial à condição de vida em sociedade, e este deve ser analisado a partir de suas três dimensões: direito de informar, de se informar e de ser informado. Em todas elas verifica-se a importância de um tratamento jurídico mais eficaz e uma participação mais ativa do Estado, sobretudo no que diz respeito à responsabilização daqueles que não prezam pela veracidade, imparcialidade e transparência das informações, não se confundindo, porém, com censura da mídia (SAMPAIO, 2015).

Desta forma, conforme Sampaio (2015),

justifica-se a relevância do estudo deste direito fundamental, perpassando pelo juízo de ponderação quando em conflito com outros direitos fundamentais, bem como pelo seu papel na consolidação da democracia, para tanto, demandando deveres daqueles que detém o poder da informação, responsáveis por sua transmissão aos diversos setores da sociedade.

O problema dos direitos fundamentais na sociedade hodierna, sobretudo no contexto brasileiro, conforme Bonavides (2013), “não deve ficar desmembrado de uma teoria da crise política, cuja análise se faz imprescindível para podermos sondar o alcance e extensão das dificuldades que agora o país atravessa” (p. 594). Muito embora o autor tenha feito esta análise há quase uma década, tal afirmação apresenta-se coerente nos dias atuais, em que se desvela por meio da crise estatal instaurada no seio social.

Assim sendo, o direito à informação, bem como o direito à comunicação, evidencia essa relação triangular estabelecida entre sociedade, Estado e comunicação. Cunha (2007), por exemplo, alega que a sociedade é, nesse sentido, sobretudo comunicação, ainda que de forma fática (p. 159), quando a legitimação de tal direito, por meio da participação ativa do Estado, aliada à autonomia do cidadão, torna-se uma forma expressiva de liberdade.

Não obstante, nesta sociedade globalizada o social emerge, rompendo barreiras políticas que limitam o protagonismo do cidadão. Assim, a liberdade, ao menos a liberdade política, apresenta-se com a liberdade de expressão e comunicação. Nesse sentido, a comunicação, de acordo com Habermas (*apud* RIBEIRO, 2001, p. 96),

tem um papel central na formação de identidades, comportamentos e sociabilidades e na dinâmica em espaços públicos movidos por diferentes práticas culturais, em condições potenciais de exercício de uma pluralidade discursiva que amplia, temática e praticamente o conceito de sociedade, cidadania e subjetividade.

A influência da comunicação na sociedade hodierna é evidente na grande maioria dos países democráticos, sobretudo diante do interesse em construir uma imagem pública que poderá atrair aceitação popular e, consequentemente, maiores chances no âmbito econômico e na aceitação social.

Emerge, desta forma, um vazio entre a comunicação e a efetiva garantia dos ditos direitos de quarta geração, em que este vazio é constantemente ocupado pela mídia, sobretudo a partir do que Castells chama de “política informacional”. Ao falar de mídia, destaca-se a referência de um sistema com diversas modalidades, uma vez que, conforme Castells (1999),

<sup>1</sup> 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:

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...] a televisão, os jornais e o rádio funcionam como um sistema integrado, em que os jornais relatam o evento e elaboram análises, a televisão o digere e divulga ao grande público, e o rádio oferece a oportunidade de participação ao cidadão, além de abrir espaço a debates político-partidários direcionados sobre as questões levantadas pela televisão (p. 376).

Além do caráter integrado da mídia tradicional, percebe-se o estabelecimento de uma concentração desta. Nas palavras de Marinoni (2015), “a comunicação é uma dimensão humana fundamental, tendo a humanidade desenvolvido, ao longo da sua história, os meios pelos quais as sociedades se comunicam” (p. 5).

O autor destaca, ainda, que a concentração desses meios de comunicação se dá de modo desigual e apresenta-se sob a forma da propriedade privada de emissoras de rádio e televisão, sobretudo em sociedades capitalistas como a brasileira. De maneira contrária à forma oligopolista comercial que tem dominado a cultural comunicacional brasileira, o Estado Democrático de Direito prevê certos dispositivos que demonstram a necessidade de certas condições para que os cidadãos e cidadãs possam exercer de forma plena a democracia (MARINONI, 2015, p. 5-6).

Assim sendo, “é preciso desenvolver mecanismos efetivos para a estruturação dos sistemas público e estatal de comunicação brasileiros, de forma que possam se consolidar e dar suporte ao exercício do direito à comunicação” (MARINONI, 2015), evidenciando a pluralidade e a diversidade existentes em uma sociedade democrática. Boa parte dessa política deve se assentar num esforço para a redistribuição do poder de mídia brasileiro, bem como a redistribuição de riquezas, pois, embora não sejam comerciais, tais sistemas demandam condições para manutenção de custos e investimentos.

Em um Estado Democrático de Direito, onde, em tese, vive-se uma democracia plural, evidenciam-se alguns fatores importantes para uma efetiva participação democrática da população. Entre eles encontra-se a comunicação, sobretudo no que se refere aos direitos fundamentais, uma vez que, conforme Bonavides (2013, p. 590), o direito à comunicação, englobando o direito à informação, encontra-se alçado entre os direitos fundamentais de 4ª geração. Conforme Marinoni, portanto, diante dos desafios em propor uma sociedade plural, algumas condições básicas para o exercício da democracia apresentam-se nesse contexto, quando estas são apontadas ao longo da constituição do direito hodierno, quais sejam: a liberdade de expressão e o direito à informação e à participação nas decisões referentes às políticas públicas, incluindo a política de comunicação (MARINONI, 2015, p. 4).

O autor supracitado destaca, porém, que

nem mesmo em suas acepções mais estritas (como nas noções liberais de “liberdade de comunicar ideias e opiniões”, previstas no artigo 11 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, e de “liberdade de opinião e expressão”, mencionada no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos), o direito à comunicação pode ser considerado garantido diante do oligopólio midiático brasileiro (p. 4).

Nessa oposição assimétrica, o cidadão só pode ter acesso ao campo dos debates políticos por meio da mediação de um restrito grupo de empresas privadas, que selecionam, filtram, editam e manipulam a informação que passa pelos seus meios de comunicação. Até mesmo no caso da mídia *on-line* que proporciona, ou deveria proporcionar, menos interferência no conteúdo produzidos de forma aberta pelos usuários, “ainda se enfrenta o desafio de garantir o acesso universal ao serviço, a neutralidade de rede e a proteção contra iniciativas arbitrárias de remoção de conteúdos disponibilizados pelos cidadãos e cidadãs em geral” (MARINONI, 2015, p. 5).

Diante disso, Debord (2003) traz à baila o que ele define como “A sociedade do espetáculo”, na qual se evidencia o consumo, a cultura da imagem e a invasão da economia em todas as esferas pessoais, onde a vida das sociedades nas quais reinam as condições modernas de produção se apresenta como uma acumulação de espetáculos. Espectadores, ao receber a informação, são alienados em proveito do objeto contemplado e em prol de um pequeno grupo de empresas. Ocorre que o espetáculo na sociedade representa concretamente a alienação, e isso se dá a partir da expansão econômica diante do aumento da produção industrial (DEBORD, 2003, p. 26).

Marinoni (2015) ainda destaca que

Em um contexto no qual a produção ideológica da sociedade, embora não se encontre restrita à indústria cultural, tem nela um lugar privilegiado – especializado atualmente em equacionar desejos, representações e práticas, com o objetivo de direcioná-los para o consumo ou para algum subproduto da dominação capitalista –, a concentração privada da propriedade tem reduzido o papel da comunicação humana em toda a sua potencialidade (p. 4).

Combater essa lógica caberia ao Estado, uma vez que este se apresenta como um garantidor dos direitos e deveres de cada cidadão, e deveria estabelecer uma dinâmica em que a pluralidade e a diversidade fossem favorecidas, descentralizando e desconcentrando o poder de mídia brasileiro, efetivando, assim, o direito à comunicação. A sociedade hodierna, contudo, evidencia uma realidade na qual Estado e mídia estabelecem vínculos que contribuem com a massiva representação da realidade como mercadoria, e o espectador sente-se representado por identidades dominantes que não condizem com um contexto real e diversificado (DEBORD, 2003, p. 26). Desta forma, Fonseca (2011, p. 46) destaca que a atuação da mídia implica um equilíbrio instável entre: formar opiniões, receber influência de seus consumidores, relacionar-se com o Estado e auferir lucro.

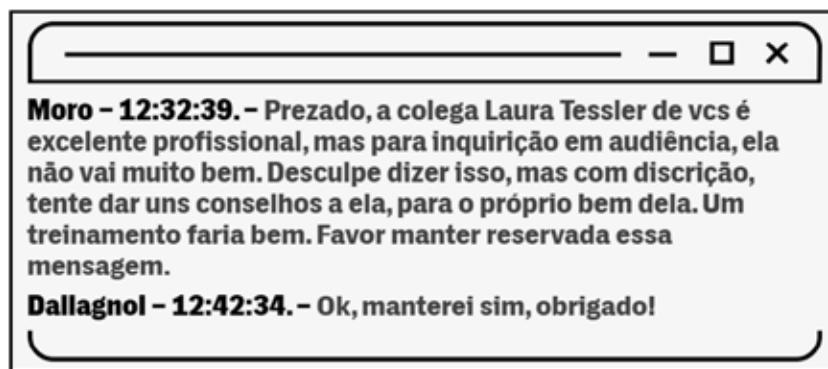
O aspecto central, porém, alude ao fato de que a notícia como mercadoria possui particularidades que não se encontram em outros tipos de mercadorias, no sentido mais amplo de sua definição. Sua veiculação pode causar danos a pessoas, instituições, grupos sociais e às sociedades, “na medida em que possui (a notícia) o poder de, no limite: fabricar e distorcer imagens e versões a respeito de acontecimentos e fenômenos, simultaneamente à sua função de informar” (FONSECA, 2011, p. 47).

### 3 ANÁLISE DOS VAZAMENTOS DA LAVA JATO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL DOS CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Recentemente, o cidadão brasileiro presenciou uma série de acontecimentos que gerou certos questionamentos acerca da atuação da mídia em assuntos políticos e, principalmente, das condutas de determinadas personalidades públicas com ligação direta ao governo brasileiro. Ocorre que, no dia 9 de julho de 2019, o site *The Intercept Brasil*<sup>2</sup> passou a divulgar algumas conversas realizadas por meio de uma rede social entre o ministro da Justiça Sérgio Moro e a força tarefa da Operação Lava Jato (GREENWALD; REED; DEMORI, 2019).

O material divulgado pelo site expõe uma série de atitudes altamente controversas e legalmente duvidosas da força-tarefa da Lava Jata, coordenada pelo procurador Deltan Dallagnol em colaboração com Sergio Moro, que, no momento dos fatos, era juiz federal. Vejamos a conversa na Figura a seguir.

Figura 1 – Conversas entre Moro e Dallagnol

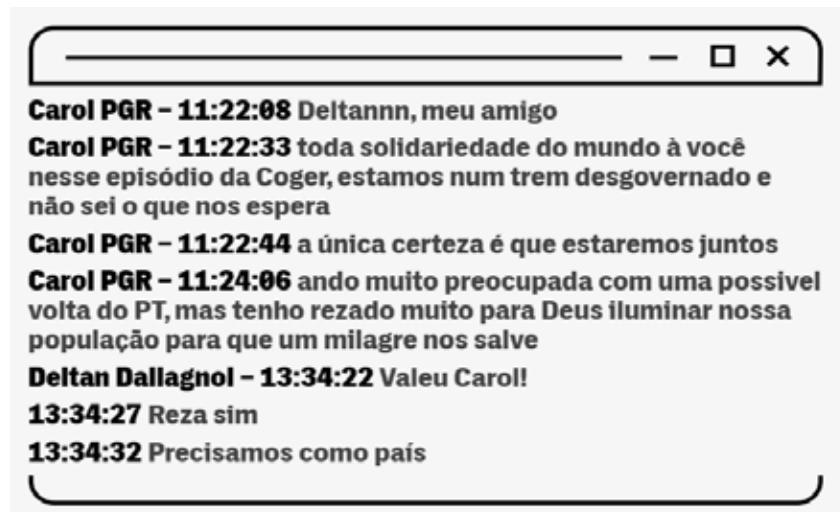


Fonte: THE INTERCEPT BRASIL, 2019.

Além de interações entre Moro e Dallagnol, os vazamentos evidenciam uma série de condutas entre os integrantes da própria operação, incluindo, inclusive, a procuradora.

<sup>2</sup> O The Intercept Brasil é uma premiada agência de notícias dedicada à responsabilização dos poderosos por meio de um jornalismo investigativo. Suas investigações e análises concentram-se em política, corrupção, meio ambiente, segurança pública, tecnologia, mídia e muito mais. O The Intercept dá aos seus jornalistas a liberdade editorial e o suporte legal de que precisam para expor a corrupção e a injustiça aonde quer que as encontrem (THE INTERCEPT BRASIL, 2019).

Figura 2 – Conversas entre procuradores



Fonte: The Intercept Brasil, 2019.

Os editores ainda destacam que

esse é apenas o começo do que pretendemos tornar uma investigação jornalística contínua das ações de Moro, do procurador Deltan Dallagnol e da força-tarefa da Lava Jato – além da conduta de inúmeros indivíduos que ainda detêm um enorme poder político e econômico dentro e fora do Brasil (THE INTERCEPT BRASIL, 2019).

Dante dos fatos, em que medida a divulgação do conteúdo envolvendo Moro e integrantes da Operação Lava Jato torna-se necessária? Deveria o interesse privado em manter tais conversas em sigilo se sobressair ao interesse público em receber informações acerca das condutas expostas? Questionamentos como estes vieram à tona após o The Intercept Brasil expor o caso em tela. Tentar-se-á, aqui, durante o estudo, analisar tais controvérsias.

Destaca-se, diante do caso em tela, uma colisão entre direitos fundamentais dentro de um contexto constitucional. De um lado, o direito à privacidade acerca dos vazamentos relacionados a conversas particulares entre o ministro da Justiça Sérgio Moro e a força tarefa da Lava Jato e, de outro, o direito à informação no que se refere ao interesse da população brasileira em ser informada diante desse contexto. Não se pretende, contudo, aprofundar-se na ilicitude dos vazamentos, nem mesmo na legalidade no que diz respeito à conduta do ministro Sérgio Moro.

Assim como o direito à informação possui respaldo constitucional, o direito à privacidade também encontra seu nascedouro no seio do âmbito normativo. Qual, todavia, o limite e como encontrar um meio termo quando estes direitos se mostrarem em rota de colisão? De fato, ambos os direitos estão consagrados no texto constitucional vigente, e o direito à privacidade, inclusive, está abarcado como um dos direitos de personalidade no âmbito civilista (BRASIL, 2002).

O constituinte, já no inciso IV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, consagrou a liberdade de manifestação do pensamento como direito fundamental; mais adiante, nos incisos XIV e XXXIII, também do artigo 5º, abarcou o direito à informação, que também é assegurado por intermédio do inciso IX, onde versa sobre a liberdade de comunicação. Ademais, o artigo 220 e seus parágrafos 1º e 2º apontam a defesa das liberdades de informar e de ser informado. Já o direito à privacidade é expresso no inciso X do artigo 5º, que aduz serem invioláveis a intimidade e a vida privada, entre outros direitos, da personalidade (BRASIL, 1988).

Tais direitos são, em sua essência, conflitantes, uma vez que eles definem diretrizes em direções opostas. Conforme George Marmelstein (2008),

os direitos de personalidade se orientam no sentido da proteção da esfera privada [...]; já a liberdade de expressão segue o rumo da transparência, da publicidade, da livre circulação de informação, ou seja, caminha em direção totalmente contrária (p. 59).

É diante desse contexto que entra em cena o que doutrinadores chamam de “sopesamento”, ou seja, analisa-se qual direito possui um maior peso no caso concreto. A respeito da técnica do sopesamento, José Afonso da Silva (2014) alega que deve ficar

claro que o sopesamento não é um procedimento por meio do qual um interesse é realizado às custas de outro “de forma precipitada”. De acordo com esse modelo, o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada. (...) Esse “enunciado de preferência” é precisamente a norma subconstitucional extraída, por via de preferência, entre os princípios em colisão (p. 895).

Assim, a técnica do sopesamento é o procedimento utilizado quando há um conflito entre direitos e garantias fundamentais, em que se utiliza os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Deve-se atentar, contudo, ao fato de que se presencia atualmente uma problemática no Judiciário em relação ao ativismo judicial. Com diversas modificações a respeito das posturas adotadas pelo Judiciário no contexto contemporâneo, pode-se entender que é possível (e necessário) conhecer o direito como um fato social, ou seja, o Estado, sendo representado pelo juiz, deve pensar e interpretar o fato social com base no ordenamento jurídico, para que, assim, seja possível produzir uma política jurídica eficaz com base em uma interpretação evolutiva (OLIVEIRA, 2016).

Da mesma forma, para melhor explanar o assunto, Barroso (2010) evidencia que,

Como todos esses princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo status hierárquico, a prevalência de um sobre outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro. Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. Caberá ao intérprete proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a uma subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese (p. 244).

Percebe-se, no que se refere ao âmbito constitucional, uma problemática acerca do debate do papel da imprensa, da liberdade de expressão e do direito à informação em contraste com o direito à honra, à imagem e à vida privada. Analisando os escritos do Barroso (2010), é possível perceber a consolidação de entendimento no quanto à resolução desses conflitos. Problematiza-se, contudo, no caso em questão, se o interesse público se sobressai ao direito à privacidade calcado em nossa Constituição Federal.

A Corte Europeia de Direitos humanos, por exemplo, alega haver uma discrepância no que se refere ao equilíbrio entre liberdade de expressão, englobando, desta forma, a liberdade de informação e o direito à privacidade quando se trata de uma figura pública<sup>3</sup>. Mediante esse entendimento, um *website* não deveria ser punido ao publicar informações que dizem respeito a uma figura pública e que estão imbricados a relações estatais de interesse público.

A legitimidade do direito à informação, contudo, embora tratado de forma universal, não obsta que este sofra restrições de outros direitos igualmente necessários e legítimos na sociedade democrática, como é o caso do respeito à vida privada. Afirma-se que existe uma limitação recíproca nesse caso. O direito ao respeito à vida privada é o limite à liberdade de informação, uma vez que este integra um conjunto de “direitos da personalidade” considerados intransmissíveis e irrenunciáveis (DOTTI, 1980, p. 22-23).

Em momentos em que há uma colisão entre esses dois direitos, porém, não se deve perder de vista o interesse público, que, especificamente no que diz respeito ao caso em análise, interesse público *versus* interesse privado, traduz-se na demanda de informações e na necessidade de explorá-las em razão do exercício pleno da democracia e da cidadania. Por se referir a um grupo específico da sociedade, o interesse público ultrapassa o horizonte privativo limitado à vida dos indivíduos, considerados na sua essência singular (LAFER, 1988, p. 236).

<sup>3</sup> O entendimento foi definido por meio da decisão disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/principe-monaco-filho-bastardo.pdf>. Acesso em: 3 set. 2019.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, após ponderações acerca do direito à informação, bem como o papel da mídia e do Estado na efetivação do mesmo, problematizou a seguinte questão: Em que medida a omissão do Estado na democratização e pluralização da informação, aliada à centralização do poder de mídia no Brasil, dificulta a efetivação do direito à comunicação?

Concluiu-se, em um primeiro momento, que a relação comercial existente no seio midiático obsta, e, por vezes exclui, a possibilidade da população em ter contato com uma pluralidade de informações. Há, inegavelmente, uma centralização do poder de mídia, quando as informações passam por edições e manipulações a fim de corroborar e compartilhar os ideais de quem possui em suas mãos esse poder.

Ocorre que a sociedade hodierna vivencia uma realidade informacional em que as tecnologias de informação e comunicação encontram-se em constante desenvolvimento, e isso afeta diretamente a efetiva aplicação dos direitos fundamentais de 4<sup>a</sup> geração. Vivencia-se um contexto espetacular no qual a mídia capitaliza as informações e deturpa o objetivo essencial do direito à informação. A mídia deixa de exercer o papel de agente difusor de informações e passa a atuar como meio de exploração dessas informações a fim de capitalizá-las e gerar lucro, não se importando, portanto, com a possível alienação ocasionada diante desse novo contexto.

Há, então, a mediação de um restrito grupo de empresas privadas, que seleciona, filtra, edita e manipula a informação que passa pelos seus meios de comunicação; isso se dá até mesmo no caso da mídia *on-line*, que deveria proporcionar menos interferência no conteúdo produzido de forma aberta pelos usuários.

Por último, nesse primeiro momento pondera-se que o Estado deveria agir no sentido de combater essa lógica assimétrica das relações de poder e influência no campo midiático. Percebe-se, contudo, que há um vínculo estabelecido entre mídia e governo que reforça a massiva tentativa de estabelecer representações em que a realidade se torna uma mera mercadoria. Destaca-se que a atuação da mídia implica um equilíbrio instável entre: formar opiniões, receber influência de seus consumidores, relacionar-se com o Estado e auferir lucro.

Já no segundo momento do estudo em debate, ao analisar-se os vazamentos relacionados à Operação Lava Jato, conclui-se que há uma constante colisão entre o direito à informação e o direito à privacidade.

De fato, ambos os direitos são tutelados pelo texto constitucional. Há, no entanto, um entendimento consolidado no que se refere ao uso da técnica do sopesamento. Nesse contexto, torna-se extremamente tênue a linha divisória entre liberdade de informação e o respeito à privacidade, sobretudo seguindo o entendimento de que ambos não possuem um caráter absoluto. Torna-se conflitante determinar, *a priori*, qual dos direitos deve se sobressair e se há, ao menos, um critério condizente que possa definir um entendimento acerca do conflito.

Conclui-se, no entanto, que no debate em tela prepondera o interesse público diante das informações proferidas pela mídia. No caso supracitado, ocorreu uma série de vazamentos envolvendo o ministro da Justiça e a força tarefa da Operação Lava Jato. O conteúdo vazado diz respeito a uma série de condutas que colocam em dúvida a ética profissional de Sérgio Moro, notadamente em casos de repercussão nacional e internacional. Políticos de grande influência foram condenados a partir de julgamentos que, a partir do momento em que esse conteúdo foi vazado, não passam para a sociedade confiança e credibilidade. Destacamos, por fim, que não deve ser levado em conta princípios partidários diante da análise. O direito à informação, na essência de sua aplicação, de ser informado, de se informar e informar, deve ser respeitado em momentos de suma importância, quando se coloca em tela questões conflitantes acerca do caráter nacional dos agentes públicos, muito embora um direito tenha de ser “negado” no caso fático.

## 6 REFERÊNCIAS

- ARENKT, H. *A condição humana*. São Paulo: Forense; Salamandra; Edusp, 1981.  
BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013a.
- BONAVIDES, P. *Ciências políticas*. São Paulo: Malheiros, 2013b.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 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: 1º ago. 2019.
- BRASIL. *Lei n° 10.406*. Promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 1º ago. 2019.
- BRASIL. *Lei n° 4.117*. Promulgada em 27 de agosto de 1962. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4117.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117.htm). Acesso em: 18 jul. 2019.
- CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. Tradução Roneide Venâncio Majer. Atualização para a 6ª edição Jussara Simões. São Paulo: Paz e Terra, 1999. (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 1).
- COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CULLETON, A.; BRAGATO, F. F.; FAJARDO, S. P. *Curso de Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Comunicação e Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- DEBORD, Guy. *A sociedade do Espetáculo*. 2003. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/debord/1967/11/sociedade.pdf>.
- DIMENSTEIN, G. *Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DOTTI, R. A. *Proteção da vida e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- FONSECA, F. Mídia, poder e democracia: teoria e práxis dos meios de comunicação. *Revista Brasileira de ciência Política*, Brasília, n. 6, jul./dez. 2011.
- GREENWALD, G.; REED, B.; DEMORI, L. Publicando chats privados sobre a lava jato e Sérgio Moro. *The Intercept Brasil*. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>.
- LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988.
- MARINONI, B. *Concentração dos meios de comunicação de massa e o desafio da democratização da mídia no Brasil*. São Paulo: Intervozes, 2015.
- MARMELSTEIN, G. Controle Judicial dos Direitos Fundamentais. Currículo permanente. *Caderno de Direito Constitucional*, TRF 4ª Região, Porto Alegre, 2008.
- ROSSI, M.; JIMÉNEZ, C. *Vazamentos revelados pela "Veja" amplificam infotúnio de Moro e da Lava Jato*. Espanha: El País, 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/05/politica/1562338825\\_987314.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/05/politica/1562338825_987314.html). Acesso em: 10 jul. 2019.
- RIBEIRO, L. Comunicação, cultura e cidadania no Brasil. In: *Comunicação e Espaço Público*, n. 2, ago./set. 2001.
- SAMPAIO, Marília Meira Costa. Direito Fundamental à Informação. *Conteúdo Jurídico*. Brasília-DF: 2015. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44136/direito-fundamental-a-informacao>. Acesso em: 27 maio 2021.
- SARLET, I. W. *Direitos fundamentais, comunicação e informática: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.
- SARLET, I. W.; MOLINARO, C. A. Direito à informação e direito de acesso à informação como direitos fundamentais na constituição brasileira. *Revista da AGU*, Brasília-DF, ano XIII, n. 42, p. 9-38, out./dez. 2014.
- SILVA, J. A. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- THE INTERCEPT BRASIL. *As mensagens secretas da Lava Jato*. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/>.

# OS LIMITES DA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA POLÍTICA ESTATAL DE “DESJUDICIALIZAÇÃO”

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.78-88>

Recebido em: 17/10/2019

Modificações solicitadas em: 20/4/2020

Aceito em: 21/7/2020

***Daniel Mota Gutiérrez***

Autor correspondente. Centro Universitário Christus – Unichristus. Av. Dom Luís, 911 – Meireles.  
CEP 60160-230. Fortaleza/CE, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/3876922135149385>.  
<https://orcid.org/0000-0002-8314-1524>. [dgutierrez@uol.com.br](mailto:dgutierrez@uol.com.br)

***Natália Ribeiro Machado Vilar***

Centro Universitário Christus – Unichristus. Fortaleza/CE, Brasil.

## **RESUMO**

No presente artigo foram analisados os principais óbices à participação mais efetiva do Poder Público Federal, por intermédio da Advocacia-Geral da União (AGU), na política de meios adequados de gestão de conflitos vigente no Brasil. A análise foi realizada sob a perspectiva do postulado da desjudicialização e considera o cenário da crise de litigiosidade no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Verificou-se que, apesar da existência no Brasil de uma política pública oficial de solução consensual de conflitos, esta não foi acompanhada do oferecimento de condições estruturais, normativas e técnicas suficientes para o adequado envolvimento da Administração Pública Federal. Conclui-se que, diante desse cenário, revela-se imprescindível, dentre outras medidas, uma regulamentação normativa que viabilize concretamente a política de consensualidade no âmbito da atuação da AGU, de modo a inserir, de forma integral, a Administração Pública Federal no contexto da política estatal de desjudicialização.

**Palavras-chave:** Meios equivalentes de jurisdição. Consensualidade. Advocacia-Geral da União. Legislação. Desjudicialização.

**THE ATTORNEY GENERAL’S OFFICE’S PERFORMANCE LIMITS IN THE STATE POLICY ON “DEJUDICIALIZATION”**

## **ABSTRACT**

In this article, we analyzed the main obstacles to the most effective participation of Federal Government’s, through the Attorney General’s Office (AGU), in the policy of alternative dispute resolution (ADR). The analysis was carried out from the perspective of the postulate of dejudicialization and considers the scenario of the litigation crisis within the Brazilian Judiciary. It was found that, despite the existence in Brazil of an official public policy for the consensual solution of conflicts, this was not accompanied by the provision of sufficient structural, normative and technical conditions for the proper involvement of the Federal Public Administration. We conclude that it is necessary, among other measures, the existence of a law that allows the policy of consensuality, within the scope of the AGU’s performance, to insert the Federal Public Administration in the context of the state policy of dejudicialization.

**Keywords:** Alternative dispute resolution (ADR). Consensuality. Union Attorney General. Legislation. Dejudicialization.

## **SUMÁRIO**

1 Introdução. 2 A crise de litigiosidade e o poder público federal. 3 O postulado da desjudicialização no código de processo civil de 2015 e a política da gestão consensual de conflitos no estado brasileiro. 4 A atuação da advocacia-geral da União ante o postulado da desjudicialização. 5 Considerações finais. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 adotou expressamente uma política estatal de incentivo à consensualidade, o que foi especialmente destacado, em suas normas fundamentais, na previsão do artigo 3º, §§ 2º e 3º, ao dispor que deverá o Estado promover e estimular a solução consensual de conflitos (BRASIL, 2015a). Apesar disso, o Executivo Federal figura em mais de 50% dos processos que tramitam no Supremo Tribunal Federal (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011).

Diante desse cenário, buscou-se examinar se o Poder Público Federal, por meio da Advocacia-Geral da União<sup>1</sup> (AGU), está devidamente estruturado e preparado para efetivar a referida diretriz da consensualidade, tendo em vista alguns entraves enfrentados pelos profissionais desta instituição, para harmonizar as suas atividades com os meios equivalentes<sup>2</sup> de solução de conflitos.

Para a contextualização da temática analisou-se, primeiramente, a participação do Poder Público Federal no cenário da crise de litigiosidade do Poder Judiciário brasileiro. Na sequência, destacaram-se, em especial, as disposições do CPC/2015 sobre a política da consensualidade no Estado brasileiro. Posteriormente, apontaram-se alguns óbices relativos à atuação da AGU no cenário de busca pela efetivação de meios equivalentes de solução de conflitos.

Por meio do método dedutivo, pautado na análise crítica da doutrina e da legislação sobre a matéria, apontou-se a importância de enfrentamento da problemática apresentada neste trabalho, com o objetivo de promover a política da desjudicialização por intermédio da atuação desenvolvida pelos advogados que compõem a AGU.

## 2 A CRISE DE LITIGIOSIDADE E O PODER PÚBLICO FEDERAL

É possível verificar no Relatório Justiça em Números, publicado em 2019 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que o Brasil atravessa uma reconhecida crise de excesso de litigiosidade. Embora o ano de 2017 tenha sido o primeiro de uma série histórica na qual se constatou um freio no acervo, o qual crescia desde 2009, ainda assim verifica-se que no final do ano de 2018 o Poder Judiciário contava com 78,7 milhões de processos em tramitação (CNJ, 2019, p. 79-81).

Apesar dessa redução, que se deve à diminuição de 861 mil novos processos perante a Justiça do Trabalho (CNJ, 2019), não houve modificação no panorama do Judiciário, que permanece sendo provocado como o principal instrumento de solução da insatisfação popular, pois “a expectativa de que a Justiça possa funcionar como instância moral não se manifesta somente em pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular” (MAUS, 2000, p. 190) ou de interesse contrariado dos brasileiros (CARMONA, 1998).

De acordo com Araken de Assis (2006), na sociedade pós-moderna os cidadãos etiquetados (“consumidor”, “contribuinte” e outros) assumem a “condição de litigante inveterado e intransigente” (p. 199-200), acentuando-se o comportamento demandista e a síndrome de litigiosidade da sociedade moderna. Constitui-se “um colapso do modelo de jurisdição estatal, que não responde de modo eficiente à complexidade social e litigiosa, havendo um descompasso entre procura e oferta de serviço” (REIS; BORGES; SILVA NETO, 2020, p. 41).

<sup>1</sup> “Nos termos do art. 131 da Constituição, ‘a Advocacia-Geral da União (AGU) é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo’”.

<sup>2</sup> Utiliza-se, para as finalidades deste trabalho, as expressões “meios equivalentes” ou “meios adequados” no mesmo sentido.

Por outro lado, o problema também pode ser analisado pela perspectiva do modo de solução dos litígios. Nesse sentido, verificam-se entraves instrumentais relativos aos mecanismos de gestão ou resolução de conflitos, agravados pelos escassos meios materiais que são finitos e exigem demasiadamente do orçamento público para manutenção do funcionamento da Justiça.<sup>3</sup>

A crise de litigiosidade não tem sido ignorada. As normas processuais têm se tornado mais sofisticadas para atender às causas do excesso de litigiosidade, como o uso de precedentes, a barreira de recursos repetitivos, a compactação de procedimentos, as cognições parciais e outros, mas “[...] tais filtros, barreiras ou elementos de contenção vêm sendo positivados sem uma indagação mais profunda [...], e sem uma preocupação maior com a questão de fundo que está à base do problema [...]: uma cultura demandista ou judiciarista” (MANCUSO, 2015, p. 31).

É importante registrar que o excesso de litigiosidade dificulta a realização do direito constitucional de acesso à justiça, na medida em que o Judiciário não consegue dar solução adequada para a multiplicidade de demandas que ingressam anualmente nas estatísticas forenses.

Como indicado por Mancuso (2015), podem ser muitas as causas geradoras do excesso de litigiosidade, como: a) a cultura demandista; b) a fúria legislativa; c) o binômio judicialização da política-politização do Judiciário; d) o ativismo judicial fomentado pela conduta dos outros poderes; e) a existência de litigantes habituais; f) o gigantismo da máquina judiciária que retroalimenta a demanda; g) a litigiosidade contida e sua recepção pelos Juizados Especiais; e h) a deficiente divulgação de outros meios de solução de conflitos.

Outro aspecto que merece destaque é o dado decorrente de estudo (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011) apoiado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/Direito Rio), que, ao investigar a litigiosidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), concluiu que “o grande cliente do STF Recursal é de natureza pública” (p. 68), complementando que, sozinho, o Executivo Federal representa mais de 50% de todos os processos tramitando na Suprema Corte.

A análise reflexiva desses dados estatísticos, produzidos anualmente pelo CNJ por meio do Relatório Justiça em Números, e de outros relatórios de tramitação processual, a exemplo do supracitado, elaborada pela FGV, é importante para auxiliar na percepção de “gargalos” de litigiosidade, bem como para orientar medidas de tratamento com vistas a melhorar a referida realidade.

Assim, de acordo com o estudo e o relatório apontados anteriormente, a constatação de que o Sistema de Justiça não funciona adequadamente e que o Poder Público Federal é responsável por mais de 50% da demanda judicial dos recursos que tramitam no STF, exige uma reflexão de como dar efetividade ao direito constitucional do acesso à justiça.

A diminuição do número de litígios pelo próprio Poder Público, em especial o Executivo Federal, possibilitaria um melhor resultado da própria prestação jurisdicional, uma maior eficiência do Estado e um ganho de harmonia social.

Um método que pode ser utilizado para propiciar um tratamento mais adequado dos conflitos, com a consequente diminuição de processos judiciais, diz respeito ao incentivo e à sedimentação de meios equivalentes de jurisdição.

Na Inglaterra, como aponta Neil Andrews (2012), “os protocolos pré-litígios disciplinam o processo da negociação, que visa à realização de acordo antes do começo do processo”, havendo, assim, uma verdadeira e eficaz política de “apoio oficial para o acordo” (p. 348-350).

Nos Estados Unidos (EUA), Owen Fiss (2004) relata o interesse nas chamadas “práticas amigáveis” como estratégia para prevenção de conflitos, em momento anterior à propositura da ação judicial. Aponta, ainda, a existência de uma “comum inclinação do currículo jurídico com vistas a preparar os estudantes para o com-

<sup>3</sup> Jorge Neto (2016) informa que “para processar e julgar de 2.000 a 5.000 processos em um tempo hábil, o juiz precisa ser auxiliado por um corpo de servidores preparado [...] O problema é que, em muitas unidades jurisdicionais, em muitas varas, o juiz tem apenas dois ou três auxiliares, normalmente cedidos das prefeituras e sem a adequada capacitação técnica [...] O resultado é que os juízes trabalham à exaustão, mas os processos não andam. Os juízes só conseguem dar conta dos pedidos urgentes [...] Além de servidores qualificados, muitas vezes faltam [...] instalações adequadas, computadores modernos e até acesso à internet” (JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Abrindo a caixa preta: por que a Justiça não funciona no Brasil?* 1. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2016. p. 84).

bate jurídico”, bem como a sugestão para que “[...] as Faculdades de Direito orientassem seus alunos para práticas amigáveis da conciliação e do acordo” (FISS, 2004, p. 121). Percebe-se, assim, o propósito explícito destinado a inculcar na sociedade norte-americana uma cultura de promoção da consensualidade.

Marcelo Veiga Franco (2015) afirma que nos EUA aproximadamente 80% das controvérsias são resolvidas pelos sistemas alternativos de solução de conflitos, como mediação e arbitragem (p. 256).

No Brasil, é possível verificar que as disposições trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, em especial no artigo 3º, bem como pela Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, pretendem a introdução de uma política nacional de estímulo à consensualidade e ao tratamento adequado de conflitos.

No cenário brasileiro, entretanto, ainda há necessidade de desenvolvimento e aprimoramento da cultura da consensualidade. Essa percepção foi incorporada na Resolução nº 5/2018 do Ministério da Educação, ao incluir, nas Diretrizes Curriculares do Curso de Direito de 2018, a importância do aprendizado a respeito dos meios de composição consensual de conflitos (artigo 3º).

Não se pode ignorar, portanto, que há uma tentativa de rompimento da tradição processual demandista por meio da adoção de uma política pública oficial de alternativas não adjudicatórias de solução de conflitos, a qual envolve a Administração Pública e os seus usuários.

### 3 O POSTULADO DA DESJUDICIALIZAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A POLÍTICA DA GESTÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO ESTADO BRASILEIRO

Como apontado no tópico anterior deste trabalho, é possível verificar, no Brasil, a adoção de uma política de promoção aos meios equivalentes de jurisdição, que pode ser verificada, especialmente, por intermédio de três normas emanadas pelos três Poderes – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), decretado pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo), adotou expressamente a política de incentivo à consensualidade, especialmente na previsão do artigo 3º, §§ 2º e 3º, que compõe seu corpo de normas fundamentais ao dispor que a promoção e o estímulo à solução consensual de conflitos é dever do Estado (BRASIL, 2015a).

No âmbito do Poder Judiciário, a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “dispôs e regulamentou, pela primeira vez, a mediação e conciliação em âmbito brasileiro, instituindo a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Judiciário” (GRIEBLER; SERRER, 2020, p. 171).

O Poder Executivo também encampou a referida política pública por meio da Resolução nº 5/2018, do Ministério da Educação, ao instituir as Diretrizes Curriculares do Curso de Direito de 2018, prevendo a importância de “assegurar, no perfil do graduando, [...] o domínio das formas consensuais de composição de conflitos” (artigo 3º) (BRASIL, 2018).

Para o presente trabalho interessa, em particular, a política instituída no modelo inaugurado pelo CPC/2015, que contemplou algumas cláusulas gerais, como a referida “promoção da solução consensual dos conflitos” (artigo 3º, § 2º), além do “dever de cooperação” (artigo 6º) e a “possibilidade de negociação processual” (artigo 190).

Sob esse enfoque, denomina-se como “postulado da desjudicialização” esse conjunto de normas previstas no CPC/2015, cuja tendência é estimular um modelo multiportas, agregando os meios alternativos à solução jurisdicional tradicional, buscando-se “a adoção de uma solução integrada dos litígios, como corolário da garantia constitucional do livre acesso do inc. XXXV do art. 5º da CR/1988” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 213).

Como já referido, destaca-se, do § 2º, artigo 3º, do CPC, um dever estatal de “promoção da solução consensual dos conflitos”, e, do § 3º, do mesmo artigo, um dever de estímulo aos métodos que fortaleçam essa espécie de resolução pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015a).

Percebe-se, nesse aspecto, que foi utilizada a expressão “inclusive no curso do processo judicial”, ficando, assim, expressamente registrado que o sistema de Justiça e o dever estatal de promoção e estímulo aos métodos de solução consensual de conflitos não se limitam ao âmbito do Poder Judiciário.

Por sua vez, o artigo 6º do CPC/2015 estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Relativamente aos Poderes, deveres e responsabilidades, o artigo 139, inciso V, do mesmo diploma legal, determina que incumbe ao juiz “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

Nessa linha, é de se destacar ainda o artigo 174, do mesmo CPC, que estabelece a necessidade de criação, pelos entes públicos, de “câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo”, para o fim de “dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública”, “avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública”, e “promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

Não resta dúvida, portanto, que o próprio Direito Processual Civil passa a receber os influxos da lógica da “desjudicialização”, que foi eleita como política nacional de gestão ou solução de conflitos, não se tratando somente de um dever do Estado-juiz, mas também dos demais Poderes e de seus órgãos.

#### **4 A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO ANTE O POSTULADO DA DESJUDICIALIZAÇÃO**

Como já consignado, extrai-se do sistema jurídico brasileiro, especialmente do CPC/2015, a orientação de uma política nacional de gestão ou solução consensual de conflitos, inclusive com a promoção do postulado da “desjudicialização”. É de se destacar, ainda, nesse contexto, a Lei nº 13.140/2015, que “dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública” (BRASIL, 2015b).

Como será exposto adiante, em relação ao Poder Público, contudo, ainda não se observou expressivos avanços decorrentes da aludida política nacional, mesmo tendo sido o próprio Estado o maior incentivador da cultura da “desjudicialização”.

Quando as partes envolvidas são particulares, é menos problemática, de uma maneira geral, a efetivação dos meios equivalentes de jurisdição, tendo em vista uma maior flexibilidade quanto à disponibilidade dos interesses individuais patrimoniais. Diferentemente ocorre, todavia, quando a Fazenda Pública integra a relação jurídico-processual.

Apesar disso, primeiramente é de se enfatizar que indisponibilidade não pode ser confundida com intransigibilidade, o que seria uma interpretação incompatível com o atual sistema jurídico brasileiro. Embora não seja objeto do presente trabalho, a análise pormenorizada de quais espécies de demandas podem ser incluídas em eventual rol de causas transacionáveis, é de se registrar que não é possível extrair uma suposta intransigibilidade ou indisponibilidade processual da tradicional lição oriunda do direito administrativo sobre indisponibilidade do interesse público.

Aliás, a Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), acrescentou a possibilidade de a Administração Pública (direta e indireta) utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Ademais, diante do contorno que se tem dado ao direito constitucional de acesso à justiça, inspirado pela ideia da desjudicialização dos conflitos (MANCUSO, 2015), o processo judicial é apenas uma das importantes técnicas para se atingir o interesse público de tratamento adequado de um conflito, devendo cada instrumento de acesso à justiça ser avaliado no contexto das circunstâncias do caso concreto.

Considerando-se, ainda, a política estatal que promove o postulado da desjudicialização, a evidente litigiosidade que envolve o Poder Público, bem como a superação da ideia de uma absoluta e genérica indisponibilidade do interesse público, não parece coerente, com a sistemática jurídica atual, defender que a Administração Pública e a Advocacia Pública fiquem à margem da atual interpretação e perspectiva relacionada ao princípio do acesso à justiça.

Vale lembrar que, embora a Advocacia Pública tradicionalmente atue, com maior ênfase, na atividade contenciosa e defensiva, ostenta, inexoravelmente, a condição constitucional de função essencial à justiça, inclusive com competência de controle interno de juridicidade do ato administrativo (MADUREIRA, 2016).

Na prática, contudo, são bastante limitadas as possibilidades de negociação ou utilização dos meios consensuais conferidos aos membros da Advocacia Pública enquanto representantes da União.

Com efeito, a possibilidade de atuação da AGU ainda resume-se, basicamente, às Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF),<sup>4</sup> cuja lei reguladora é anterior à vigência do atual CPC, além de atividades decorrentes de autorizações pontuais para celebração de acordos (limitadas por baixas alçadas e normalmente condicionadas à permissão de autoridades centrais e geograficamente distantes dos conflitos locais), ou, mesmo, em raras hipóteses, condicionadas a temas já definidos por jurisprudência sedimentada de cortes superiores ou sumuladas administrativamente, conforme a Lei Orgânica da AGU (Lei Complementar nº 73/1993).

A realidade mostra-se tão desfavorável à promoção da solução consensual de conflitos por meio da AGU que, com o advento do CPC de 2015, a Procuradoria da União no Estado do Ceará encaminhou o Ofício nº 00019/2016/GAB/PUCE/PGU/AGU-MEFA, de 24 de março de 2016,<sup>5</sup> informando ao diretor do Foro da Seção Judiciária do Estado do Ceará a dificuldade ou mesmo impossibilidade de atuação da referida procuradoria em razão da inexistência ou limitação de “margem” para realização de acordos ou transações em processos judiciais.

O referido ofício, redigido logo após a vigência do então “novo” Código de Processo Civil (CPC), buscou alertar acerca dos obstáculos enfrentados pelos advogados da União na participação da audiência de conciliação ou mediação inaugurada como etapa obrigatória pelo artigo 334, *caput*, do referido novo diploma.

Embora ressaltando a importância da sedimentação da cultura conciliatória e do sistema “multiportas” de solução dos litígios, foram apresentados, no referido ofício, os sérios obstáculos normativos enfrentados, tendo em vista que a Lei nº 13.140/2015, ao alterar a Lei nº 9.469/1997, retirou a eficácia de todo o marco regulamentador para os acordos ou transações no âmbito da Procuradoria-Geral da União. Assim, ante a inexistência de normatização expressa, expedida pelas autoridades competentes, concluiu-se que praticamente não existe margem para as procuradorias judiciais da União realizarem acordos ou transações em processos judiciais.

Diante da referida impossibilidade legal, solicitou-se, no mencionado ofício, que fosse aplicada automaticamente a regra de exceção contida no inciso II do parágrafo 4º do artigo 334 do CPC,<sup>6</sup> de modo a não ser determinada a realização de audiência de conciliação ou mediação.

Vê-se, portanto, que, embora não se ignore toda a sistemática trazida pelo CPC/2015, o próprio Estado brasileiro não se estruturou adequadamente para atuar conforme a política nacional por ele mesmo instituída, no caso, em relação às suas procuradorias estaduais de representação da União.

Resta, assim, extremamente limitada a atuação das Procuradorias da União nos Estados quanto à possibilidade de realização de acordos judiciais, sendo, como dito, sempre condicionadas a temas já definidos por jurisprudência sedimentada ou súmulas administrativas, às baixas alçadas e à permissão de autoridade central, geograficamente distante dos conflitos locais.

<sup>4</sup> A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) foi instituída pelo Ato Regimental nº 5/2007 (alterado pelo Ato Regimental nº 2/2009). Sua estrutura está definida pelo Decreto nº 7.392/2010 (alterado pelo Decreto nº 7.526/2011) que estabelece: “Art. 18. À Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete: I – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União [...]; III – dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios; IV – buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial; V – promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório; VI – propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e VII – orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados. Informação disponível em: [https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/170561](https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/170561). Acesso em: 13 jun. 2019. Para mais informações, conferir a “Cartilha CCAF”, disponível em: [https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/217576](https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/217576). Acesso em: 13 jun. 2019.

<sup>5</sup> Trata-se de comunicação da referida Procuradoria à Justiça Federal do Ceará, razão pela qual não é um documento acessível a todos, por meio de publicação oficial. Registre-se, contudo, que tal ofício é utilizado de forma reiterada, sendo mencionado nos despachos de citação da “União Federal” no âmbito da Justiça Federal do Ceará, desde o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015 até junho de 2020.

<sup>6</sup> O CPC/2015 estabelece o seguinte: “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência [...] § 4º A audiência não será realizada: I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II – quando não se admitir a autocomposição”.

Como já aventado, os procuradores dependem de autorização administrativa expressa para realização de acordos nos termos da legislação específica (artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.469/1997, com redação dada pela Lei nº 13.140/2015),<sup>7</sup> de modo que, nas causas em que a União for parte, o Procurador-Geral da União (autoridade central lotada em Brasília) poderá autorizar a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento.

Vale pontuar que o referido regulamento, **ainda não editado**, deverá estabelecer, também, as hipóteses em que os órgãos de execução receberão delegação para celebrar acordos, bem como a sistemática baseada em valores escalonados de alcada.

Além das mencionadas dificuldades, não se pode ignorar ainda o receio dos advogados públicos de serem responsabilizados e punidos pela não apresentação de defesa contenciosa nos casos concretos, tendo em vista que somente no âmbito dos Juizados Especiais há previsão legal (Lei nº 10.259/2001) para a propositura do acordo e, nos demais casos, não existe normatização segura, exaustiva ou mesmo suficiente sobre o tema (FACCI, 2015), o que limita (e muitas vezes, impede) a realização da política nacional de consensualidade no âmbito da Justiça Federal Comum.

Não é difícil perceber o impacto negativo à toda sociedade decorrente da ausência ou insuficiência dos meios e autorizações necessários para que a Advocacia Pública Federal possa atuar também fazendo uso pleno das técnicas equivalentes de jurisdição. Em relação à AGU, é extenso o âmbito de atuação dos advogados que a compõe, tendo em vista as mais variadas ações que tramitam nos órgãos do Poder Judiciário onde atuam, como o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Superior Tribunal Eleitoral, a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral, a Justiça Militar, a Justiça Federal e as Justiças dos Estados e do Distrito Federal.<sup>8</sup>

Para se ter ideia do impacto que isso pode gerar, veja-se, por exemplo, a situação da Justiça Federal, na qual estavam pendentes de julgamento, 9.871.324 milhões de processos não criminais até o final do ano de 2018 (CNJ, 2019, p. 36). Tendo em vista a referida competência da Justiça Federal, pode-se afirmar que a maioria dessas milhões de ações não criminais pendentes tem como representante judicial os advogados públicos que compõem os quadros da AGU.<sup>9</sup>

A impossibilidade de dar tratamento adequado aos conflitos inseridos na rotina de atuação dos membros da AGU, portanto, reflete em uma vultosa quantidade de demandas. O impacto dessa constatação ganha maior dramaticidade ao se destacar as relevantes questões envolvidas nas ações da União, de suas autarquias e fundações públicas, como as políticas públicas relacionadas à saúde, à educação, à moradia, à previdência social, dentre outras.

Uma atuação inadequada do exercício do cargo de advogado público federal pode, portanto, colocar em situação de vulnerabilidade o próprio Estado, razão pela qual se mostra pertinente a disposição do artigo 184 do CPC/2015, que prevê a responsabilidade do advogado público quando agir com dolo, má-fé ou fraude no exercício das funções. Ressalvadas essas hipóteses, estabelece o artigo 38, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.327/2016, que não serão responsabilizados os ocupantes dos cargos das carreiras jurídicas federais<sup>10</sup> quando no exercício de suas funções, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, competindo exclusivamente a esses órgãos a apuração de eventual falta disciplinar.

<sup>7</sup> O artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.469/97 (com redação dada pela Lei nº 13.140/2015) estabelece que “o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais [...] poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento”.

<sup>8</sup> Disponível em: [https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/200643](https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/200643). Acesso em: 10 jun. 2020.

<sup>9</sup> De acordo com o artigo 109 da Constituição da República Federativa do Brasil, a referida Justiça Federal é responsável por julgar as causas de interesse da União, das entidades autárquicas ou empresas públicas federais, além daquelas que envolvam estados estrangeiros ou tratados internacionais, crimes políticos ou praticados contra bens, serviços ou interesses da União, e também dos crimes contra a organização do trabalho e a disputa sobre os direitos indígenas.

<sup>10</sup> A Lei nº 13.327/2016 estabelece o seguinte: “Art. 27. Este Capítulo dispõe sobre [...] questões que envolvem os ocupantes dos cargos: I – de Advogado da União; II – de Procurador da Fazenda Nacional; III – de Procurador Federal; IV – de Procurador do Banco Central do Brasil [...] Art. 38. São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, sem prejuízo daquelas previstas em outras normas: [...] § 2º No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude. § 3º A apuração de falta disciplinar dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo compete exclusivamente aos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares”.

Não é raro, contrariamente à lei, que órgãos de controle, como tribunais de contas, iniciem procedimentos investigativos de atos praticados por advogados públicos, mesmo quando respaldados pelas chefias das procuradorias em que exercem suas funções, muitas vezes realizadas no contexto de uma política institucional de estímulo à autocomposição (reconhecimento jurídico do pedido, desistência e renúncia de recursos, transação, dentre outros). Essa situação não apenas viola a autonomia técnica desses profissionais, como frustra o modelo cooperativo adotado pelo CPC de 2015. Nesse sentido, Branco (2018, p. 473-474) reflete que

[...] a ausência de autonomia técnica [...] é [...] grave, tendo em vista a dificuldade que a deficiência cria para a inserção da Fazenda Pública no modelo cooperativo de processo. A vulnerabilidade perante órgãos de controle externos à Advocacia Pública a que se submete o advogado público que celebra um acordo em juízo é manifesta, o que desencoraja a postura conciliatória, mesmo quando há respaldo do órgão ao qual pertence.

O impacto da falta de prerrogativas da Advocacia Pública traduz-se no receio fundado dos membros da instituição de sofrer represálias de órgãos de controle quando da celebração de acordos (judiciais ou administrativos). É que a celebração de acordos envolve riscos ao profissional, que, muitas vezes, e por ausência de mínimas prerrogativas e de autonomia técnica, opta por simplesmente não os celebrar em nenhuma hipótese, adotando uma postura defensiva não condizente com modelo cooperativo e o dever de busca de solução consensual de conflitos. Nos casos em que uma solução consensual seria viável, tal postura (de recusa a celebração de acordos) por parte do advogado público resguarda-o, mas prejudica todos os envolvidos. A Fazenda Pública deixa de economizar, tendo em vista que o acordo significaria pagamento de valor menor que a integralidade da dívida. A parte deixa de ter seu direito imediatamente reconhecido e somente após longa jornada receberá o que lhe é devido [...].

A ausência de prerrogativas mínimas aos advogados públicos eleva o nível de exposição a risco institucional e financeiro do ente público, em especial quando se compara o arcabouço de garantias institucionais de que gozam outras funções essenciais à justiça (Defensoria Pública e Ministério Público) que demandam em grande escala em face do Poder Público.

Assim, a ausência de autonomia suficiente aos advogados da AGU não apenas os coloca em uma postura defensiva, como frustra a política estatal de solução consensual de conflitos, prejudicando a própria Fazenda Pública, as partes envolvidas e a própria sociedade.

Apesar de todos esses óbices, muitos membros da AGU conseguem viabilizar, de maneira criativa, alguns acordos fora do âmbito dos Juizados Especiais Federais, como em situações nas quais o processo está em fase de cumprimento de sentença e a proposição do acordo (em vez das medidas executivas impugnatórias) se mostra favorável para ambas as partes: à União porque são reduzidos os custos, e à parte exequente porque receberá mais rapidamente o seu crédito.

A propósito, quando tais medidas são adotadas de maneira institucional e são regulamentadas, com apoio dos órgãos superiores da AGU, os ganhos são de grande impacto. Exemplo disso é que, nos anos de 2017 e 2018, a celebração de alguns acordos em causas trabalhistas, pelo Departamento de Direitos Trabalhistas da Procuradoria-Geral da União, obteve a economia de mais de R\$ 4 bilhões de reais dos cofres públicos e alcançou quase 11 mil trabalhadores. Os processos envolvidos no contexto dessa ação já haviam transitado em julgado e estavam, há anos, em fase de execução. A vultosa economia foi decorrência do deságio negociado nos acordos (valores que os reclamantes abrem mão em troca de um desfecho mais célere para o litígio) e dos juros que deixam de incidir sobre os valores devidos. Outro benefício é que os processos principais deixam de ser utilizados como fundamento para outras ações judiciais. Vale destacar, ainda, os seguintes trechos de reportagem sobre esse caso:<sup>11</sup>

“São diversas vantagens. Primeiro, gera uma economia [para os cofres públicos] em função do deságio negociado. Para os reclamantes, tem a facilidade de encerrar um litígio que, em alguns casos, vem durando até 30 anos. E para o Judiciário permite o encerramento de uma tramitação que poderia durar mais dez ou 15 anos”, pontua o diretor do Departamento de Direitos Trabalhistas, o advogado da União, Mario Guerreiro. “A dívida vai se acumulando no decorrer de anos, com correção e juros. E o valor vai se tornando alto. Com as negociações, fazemos a análise da legalidade e da vantajosidade”, acrescenta a advogada da União Lucia Helena Pigos-

<sup>11</sup> Notícia disponível em: <https://www.agu.gov.br/noticia/em-dois-anos-unidade-da-agu-economiza-r-4-bi-para-o-erario-com-acordos-trabalhistas--720017>. Acesso em: 10 jun. 2020.

si, que atua nas negociações dos acordos. Em média, os acordos são celebrados com 85% de deságio para os cofres públicos. Um exemplo é conciliação que a Advocacia-Geral conseguiu celebrar para a Companhia Energética de Alagoas. A empresa era alvo na Justiça de uma ação movida pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas, que pleiteava o pagamento de R\$ 1,7 bilhão para seus empregados. Após o acordo, o valor a ser pago foi reduzido para R\$ 350 milhões. A solução do passivo trabalhista destravou a venda da empresa para a iniciativa privada. Além do Departamento de Direitos Trabalhistas, atuam nas negociações outras unidades da AGU, como o Departamento de Cálculos e Perícias da Procuradoria-Geral da União e procuradorias regionais e estaduais da União. Além dos acordos já celebrados em cinco dos dez maiores processos trabalhistas envolvendo a União, a AGU analisa e negocia atualmente acordos nos outros cinco. A lista não é divulgada para não prejudicar as tratativas.

Destaca-se, também, como apontado por Cambi e Vasconcelos (2015, p. 102-103), o pioneirismo da AGU quando instituiu as Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), com funcionamento desde 2007, cuja atribuição restou ampliada com a admissão de participação dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios.

A referida CCAF é uma unidade vinculada à Consultoria-Geral da União e seus procedimentos conciliaatórios tramitam, em regra, em Brasília, podendo, em raras hipóteses, haver descentralização para as unidades estaduais das Consultorias Jurídicas da União (CJU), mas sempre sob a supervisão do órgão central, sediado na referida capital.<sup>12</sup>

Frise-se, contudo, que mesmo a ampliação de atuação extrajudicial da CCAF encontra diversos óbices, seja pela falta de investimentos, seja pela ausência de autonomia dos membros da AGU, ou, mesmo, pela excessiva centralização dos órgãos localizados em Brasília.

Em verdade, ainda é muito presente a cultura de judicialização nas práticas envolvidas no âmbito da Administração Pública, como demonstrado em artigo baseado em pesquisa empírica, no qual Nunes (2018) observou cinco obstáculos práticos para a realização da conciliação nas ações em que é parte o Poder Público no âmbito da Justiça Federal, quais sejam: indisponibilidade do interesse público, ausência de respaldo institucional, “coragem” para fazer acordo, vanguarda da chefia e cultura do litígio.

De fato, como já mencionado anteriormente, embora deva ser superada a ideia de intransigibilidade do interesse público, para o fim de possibilitar o uso mais frequente e sistemático dos meios equivalentes de jurisdição, na prática os advogados que atuam nas unidades longínquas ao poder central da AGU não costumam possuir “margem” ou condição razoável (ou mesmo mínima) para instituir a melhor solução ou a gestão mais adequada do conflito por intermédio dos meios equivalentes.

É de se apontar, inclusive, que, em setembro de 2019, a maioria desses advogados públicos foi surpreendida, sem que tenha havido qualquer comunicação prévia ou oficial, por notícia divulgada pela mídia<sup>13</sup> sobre o lançamento de uma plataforma digital da AGU que possibilita ao jurisdicionado fazer propostas de acordo em ações que litiga com a União.

A iniciativa foi da Procuradoria-Geral da União, órgão judicial superior, sediado em Brasília (DF), e, embora louvável, por objetivar criar as “Centrais de Negociação *On-line*”<sup>14</sup>, revela a carência de uma política coordenada e devidamente planejada com o envolvimento dos membros da AGU, para o fim de verdadeiramente efetivar e desenvolver uma estrutura adequada e permanente de utilização dos meios equivalentes de gestão de conflitos nas causas da União.

Desse modo, é imprescindível que se ultime uma regulamentação normativa adequada, capaz de viabilizar a efetivação dos meios equivalentes de jurisdição, no âmbito da Administração Pública, a ser realizada pela atuação da AGU. Com efeito, apenas com o oferecimento de condições estruturais e técnicas se mostrará viável o envolvimento da Administração Pública Federal no contexto da nova perspectiva do direito de acesso

<sup>12</sup> Sobre o funcionamento da CCAF, verifique-se a “Cartilha CCAF”. Disponível em: [https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_content/217576](https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_content/217576). Acesso em: 25 maio 2019.

<sup>13</sup> Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/economia/agu-lanca-plataforma-digital-para-receber-propostas-de-acordo-em-acoes-contra-uniao-23955354.html>. Acesso em: 10 jun. 2020.

<sup>14</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/solicitar-negociacao-online-para-prevenir-ou-encerrar-litigios-judiciais-e-extrajudiciais-contra-a-uniao?campaign=orgao>. Acesso em: 10 jun. 2020.

à justiça para a diminuição da litigiosidade vivenciada no país, com adequado tratamento aos conflitos, por meio da política estatal de consensualidade. Tal medida poderá promover, inclusive, uma melhoria da efetivação das políticas públicas relacionadas à saúde, à educação, à moradia, à previdência social, dentre outras.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo partiu-se da premissa de que o Brasil vive uma crise de excesso de litigiosidade no âmbito do Poder Judiciário, bem como de que um dos instrumentos, eleitos como política nacional para a diminuição de litígios e seu adequado tratamento, é o incentivo aos meios equivalentes de jurisdição para a gestão de conflitos.

Apesar desse quadro, não se verifica, de uma forma geral, o oferecimento de condições estruturais e técnicas capazes de possibilitar a inserção integral da Administração Pública no contexto dessa nova perspectiva quanto à utilização das técnicas relativas aos meios equivalentes de jurisdição.

Destacou-se a existência de uma política pública oficial de solução de conflitos, que aponta para o “postulado da desjudicialização”, enfatizando-se a sistemática do CPC/2015 e, em especial, de alguns de seus dispositivos, como o artigo 3º (promoção da solução consensual dos conflitos), o artigo 6º (dever de cooperação), o artigo 190 (possibilidade de negociação processual) e o artigo 174 (câmaras de mediação e conciliação para solução consensual de conflitos no âmbito administrativo).

Apesar disso, diagnosticou-se que, em relação ao Poder Público, a partir do enfoque dado ao desempenho da AGU, a possibilidade de atuação, no âmbito dos meios equivalentes de jurisdição se dá, basicamente, nas Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), além de autorizações pontuais para celebração de acordos (limitadas por baixas alçadas e normalmente condicionadas à permissão de autoridades centrais e geograficamente distantes dos conflitos locais), ou, ainda, em raras hipóteses, condicionadas aos temas já definidos por jurisprudência sedimentada de cortes superiores ou sumuladas administrativamente, conforme a Lei Orgânica da AGU. Assim, apresentou-se extremamente limitada a atuação das Procuradorias da União nos Estados.

Também verificou-se que a ausência de autonomia (suficiente), relativamente aos membros da AGU, não apenas os coloca em uma postura receosa e defensiva, como frustra a política estatal de solução consensual de conflitos, prejudicando não apenas a própria Fazenda Pública, mas todas as partes envolvidas e a própria sociedade.

Concluiu-se, assim, que é imprescindível a existência de regulamentação normativa adequada para viabilizar a política de consensualidade no âmbito de atuação da AGU, traçando critérios objetivos e seguros para que seja realizada por todos os advogados públicos, lotados nas mais diversas procuradorias, envolvendo a Administração Pública Federal no contexto da nova perspectiva do direito de acesso à justiça.

Para tanto, é indispensável que o Advogado-Geral da União edite ato normativo ou proponha, ao presidente da República, a regulamentação necessária a uma plena atuação dos advogados da AGU, conforme previsão do artigo 4º, XVIII e XIX, da LC nº 73/1993, estabelecendo-se, no mínimo, as hipóteses em que os órgãos de execução receberão delegação para celebrar acordos, bem como a sistemática baseada em valores escalonados de alçada.

Por fim, tendo em vista a relevância das questões envolvidas nas ações da União, de suas autarquias e fundações públicas, considera-se que um adequado tratamento, acerca das possibilidades de atuação dos advogados da AGU, que promova chances reais de consensualidade e de uso de meios equivalentes de jurisdição, poderão promover uma melhor efetivação das políticas públicas sociais, como as relacionadas à saúde, à educação, à moradia e à previdência social, dentre outras.

## 6 REFERÊNCIAS

- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRANCO, Janaina Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública no CPC/15* – Novo CPC: parte geral. Organização Juvêncio Vasconcelos Viana. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2018.

BRASIL. *Lei Complementar nº 73*, de 10 de fevereiro de 1993. Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

BRASIL. *Lei nº 13.129*, de 26 de maio de 2015a. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

BRASIL. *Lei nº 13.140*, 26 de junho de 2015b. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

BRASIL. *Lei nº 13.327*, de 29 de julho de 2016. Altera a remuneração de servidores públicos [...] e dá outras providências.

BRASIL. *Lei nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

BRASIL. *Lei nº 9.469/97*, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 [...] e dá outras providências.

BRASIL. *Lei nº 10.259*, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015c. Código de Processo Civil.

BRASIL. *Resolução nº 5*, de 17 de dezembro de 2018, do Ministério da Educação. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito.

CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. In: ARAÚJO, José Henrique Mota; CUNHA, Leonardo Carneiro (org.). *Advocacia pública*. Salvador: Juspodivm, 2015. (Coleção Repercussão do novo CPC, vol. 3).

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números de 2019*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciais/justica-em-numeros/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125*, de 29 de novembro de 2010.

FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o Novo Código de Processo Civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mota; CUNHA, Leonardo Carneiro (org.). *Advocacia pública*. Salvador: Juspodivm, 2015. (Coleção Repercussão do novo CPC, vol. 3).

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

FISS, Owen. *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto Salles. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FRANCO, Marcelo Veiga. Câmaras de mediação e conciliação na Fazenda Pública: o artigo 174 do Novo Código de Processo Civil como contribuição para o acesso à justiça “desjudicializado”. In: ARAÚJO, José Henrique Mota; CUNHA, Leonardo Carneiro (org.). *Advocacia pública*. Salvador: Juspodivm, 2015. (Coleção Repercussão do novo CPC, vol. 3).

GRIEBLER, J.; SERRER, F. Sistema multiportas de justiça e a atuação do projeto de extensão conflitos sociais e direitos humanos. *Revista Direito em Debate*, v. 29, n. 53, p. 168-181, 26 maio 2020.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Abrindo a caixa preta: por que a Justiça não funciona no Brasil?* 1. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MADUREIRA, Claudio. *Advocacia pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, 2000.

NUNES, Thais Borzino Cordeiro. A aplicação dos meios consensuais de solução de conflito em ações envolvendo a Fazenda Pública no âmbito da justiça administrativa. *Revista CEJ*, Brasília, ano XXII, n. 74, p. 46-55, jan./abr. 2018.

REIS, B.; BORGES, G.; SILVA NETO, N. Mediação de conflitos e compliance trabalhista: medidas para prevenção, gestão e resolução consensual de conflitos. *Revista Direito em Debate*, v. 29, n. 53, p. 40-54, 26 maio 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

# A (IN)EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO FAMILIAR PARA A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.89-102>

Recebido em: 21/12/2019

Modificações solicitadas em: 26/5/2020

Aceito em: 3/6/2020

**Diego Fernandes Vieira**

Autor correspondente. Unicesumar – Universidade Cesumar. Av. Guedner, nº 1.610 – Jardim Aclimação. CEP: 87050-390. Maringá/PR, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/8603486646565986>. <https://orcid.org/0000-0001-5351-9023>. diego.vieira\_180@hotmail.com

**Carlos Alexandre Moraes**

Unicesumar – Universidade Cesumar. Maringá/PR, Brasil.

## RESUMO

Este artigo analisa os direitos da personalidade das crianças e dos adolescentes que são mediados pelos seus pais, estudando, para tanto, a conjuntura judiciária e o método da mediação aplicado neste cenário. Utilizando o método hipotético-dedutivo, o artigo parte da premissa de que a configuração em que a mediação se encontra atualmente acaba muito mais por violar os direitos da personalidade do que propriamente efetivá-los. Para se comprovar esta hipótese foram utilizados o critério qualitativo e a técnica de pesquisa bibliográfica. A pesquisa realizada revelou a atual desvirtuação da mediação familiar no Brasil, bem como a sua inadequada aplicação nos conflitos, sendo, ainda, verificado que os direitos da personalidade dos filhos são lesionados com tal cenário, sendo urgente uma mudança voltada para a resolução dos conflitos familiares que, em razão de sua natureza especial, tendem a envolver questões existenciais e imateriais, carregadas de sentimentos e angústias. Assim, este artigo alerta sobre um mal que assola o Direito das Famílias, explicando, ao mesmo tempo, a importância dos direitos da personalidade para o desenvolvimento humano, em especial da criança e do adolescente.

**Palavras-chave:** Conflito. Dignidade humana. Direitos da personalidade. Mediação. Processo civil.

**THE (IN)EFFECTIVENESS OF FAMILY MEDIATION TO THE PROTECTION OF CHILD AND ADOLESCENT PERSONALITY RIGHTS**

## ABSTRACT

This article analyzes the personality rights of children and adolescents who are mediated by their parents, studying the judicial conjuncture and the method of mediation applied in this scenario. Using the hypothetical-deductive method, the article assumes that the current mediation configuration ends up violating personality rights rather than actually make it effective. To prove this hypothesis, the qualitative criterion and the bibliographic research technique were used. The research revealed the distortion of family mediation in Brazil, as well as its inadequate application in conflicts. It was also verified that the rights of the personality of children are injured with such scenario, being a change aimed at the resolution of family conflicts urgent, that because of its special nature, tends to involve existential and immaterial issues, marked by feelings and anxiety. Thus, this article warns of an evil that plagues the Family Law, while explain the importance of the personality rights for human development, especially of children and adolescents.

**Keywords:** Civil procedure. Conflict. Human dignity. Mediation. Personality rights.

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Dos fundamentos e objetivos da mediação no direito das famílias. 3 Os direitos da personalidade da criança e do adolescente negociados na mediação. 4 Da (in)eficácia da mediação familiar ante a tutela dos direitos da personalidade da criança e do adolescente. 5 Conclusão. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

As alterações que ocorreram no mundo e, principalmente, no ambiente familiar e em sua formação, surgiram acompanhadas de necessidades que estão voltadas hoje muito mais para questões imateriais do que materiais, e, assim, verifica-se a urgência da adequação dos métodos de resolução de conflitos para a pacificação social e a entrega de uma tutela jurisdicional efetiva.

É inegável que o núcleo familiar é, antes de tudo, uma manifestação sociológica, cultural e, principalmente, social, antecedendo qualquer categorização ou limite jurídico. Por vezes, contudo, a leitura que o Direito faz da família é apenas um recorte específico desta expressão social de afetividade, que tem por objetivo proteger as pessoas ali inseridas.

As mudanças neste ambiente de desenvolvimento e afetividade são a gênese de diversos conflitos interpessoais, principalmente quando ocorre à ruptura do vínculo conjugal, que ocasiona a modificação da unidade familiar e, de forma reflexa, provoca traumas e consequências emocionais aos filhos.

Hodiernamente, muito discute-se sobre qual seria a melhor técnica para a resolução dos conflitos desta natureza, posto que o método tradicional utilizado pelo Judiciário é insuficiente para abranger toda a dinamicidade e problemáticas advindas desta relação. E não poderia ser diferente, pois, no método heterocompositivo, o Estado-juiz atua como verdadeiro ditador diante das partes, por meio da “solução” proferida em uma sentença que nem sempre é a melhor ou a mais justa para o caso concreto.

Neste contexto, a mediação mostra-se como a via mais propensa para a melhor resolução do conflito familiar, uma vez que valoriza a comunicação e permite que as próprias partes resolvam e adéquem seus interesses para o bem tanto coletivo quanto individual. O Estado, no tocante ao Poder Judiciário, não pode deixar de tutelar e se aperfeiçoar na melhoria da justiça. Nesta perspectiva é que a execução dos chamados meios alternativos de solução de conflitos (re)surge, colocando-se como medida que pode contribuir para o alcance da justiça.

A justificativa deste trabalho se perfaz por meio da necessidade de proteção da criança e do adolescente inseridos no ambiente familiar de conflito e diante da constatação de uma parentalidade irresponsável e da incapacidade de o Poder Judiciário atender a estas demandas de forma satisfatória. Constatase que a aplicação da mediação na prática forense tem se distanciado de seu propósito, sendo guiada com o objetivo de realização de acordo e para desafogar o Judiciário, e não propriamente para restabelecer a comunicação e o consenso entre as partes, que deveria ser a sua principal finalidade.

O problema de pesquisa reside em entender o instituto da mediação, bem como os direitos da personalidade envoltos no conflito familiar mediado e, ainda, compreender a situação fática em que este método de resolução de conflito se encontra, e se este realmente é efetivo. Tem-se como objetivo abordar a mediação familiar por meio de uma análise crítica voltada para a sua efetividade ante a resolução dos conflitos, visto o incentivo para a instituição deste método pelo Poder Judiciário, Poder Legislativo e órgãos administrativos, levando-se em consideração a dignidade humana, os direitos da personalidade e, principalmente, o núcleo mínimo de cuidados parentais perante a criança e o adolescente.

Para tanto, abordou-se, primeiramente, o instituto da mediação, perpassando pelo seu conceito, objetivo e aplicação no cenário familiar. Posteriormente, buscou-se analisar os direitos da personalidade voltados para os filhos, que, em muitos casos, são disputados pelos genitores nas sessões de mediação. Em seguida, buscou-se demonstrar a efetividade ou não deste método alternativo de resolução de conflitos diante da proteção e da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse do menor e também do acesso à justiça.

A pesquisa utilizou o método hipotético-dedutivo e a metodologia de pesquisa bibliográfica, pautando-se em métodos jurídicos, interpretativos, exegéticos e sistemáticos, tendo como foco a análise documental e bibliográfica do tema, nos âmbitos nacional e internacional, para, por meio do entendimento sobre o tema, apontar o abismo entre a teoria e a realidade posta (POPPER, 2013).

Argumenta-se aqui por um Direito das Famílias que abranja muito mais do que o que está previsto nos códigos, de modo a compreender e enaltecer a verdadeira dimensão do Direito, que não se limita simplesmente à lei posta, principalmente no que se refere às famílias.

## 2 DOS FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DA MEDIAÇÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

O pensamento enraizado na sociedade moderna é o da cultura da judicialização, que afirma que o indivíduo pode recorrer ao Poder Judiciário a todo o momento, cenário este que tem se mostrado insuficiente para a resolução de alguns conflitos. Considera-se que “o sistema tradicional, com seu maniqueísmo excluente, é autoritário, lento, desumano e predatório” (VASCONCELOS, 2017, p. 330).

É nesse contexto de necessidade, insuficiência dos tradicionais modelos e, principalmente, de falhas do Judiciário na resolução dos litígios de natureza existencial, que se faz urgente o entendimento e a aplicação dos métodos alternativos de solução de conflitos/interesses. Assim, o Estado, por meio do Poder Judiciário, não vem cumprindo seu dever de maneira satisfatória, de forma que acaba, consequentemente, por ferir mais direitos do que tutelá-los (CARDIN; RUIZ, 2017).

Em razão dessa crise, vive-se momento hiperdinâmico, de mudanças de paradigmas. É crise funcionando como corante para dar nova cor, nova vida e moldura ao quadro societário. Nessa mudança de modelos, observa-se que o Estado vem deixando de ser um *Estado administrador* para tornar-se num *Estado gerenciador*. Nessa contextualização, no campo da Justiça surge no horizonte a *mediação* (RUIZ, 2003, p. 33-34).

As decisões “por atacado”, que se sustentam pela jurisprudência e não sobre o caso em apreço, em conjunto com a demora da prestação jurisdicional, acarretam a perda da efetividade das decisões jurídicas e, ainda, ocasionam o sentimento de injustiça e de descrença no Poder Judiciário como órgão que proporciona estabilidade social (MASCARENHAS, 2011). Pode-se, ainda, evidenciar outras dificuldades no que se refere ao processo judicial, por exemplo, valores relativos às custas processuais, aos honorários, sejam periciais ou advocatícios, além da demora na prestação jurisdicional, que inviabiliza a tutela dos direitos da personalidade e da dignidade das pessoas envolvidas na lide. É algo inevitável que “o Poder Judiciário, em meio à crise que vive, adote novos meios alternativos para a solução dos litígios” (LANÇANOVA, 2014, p. 173).

Diante do movimento de reestruturação do acesso à Justiça, Marinoni (2008, p. 28) pontua que “o acesso à justiça significa, ainda, acesso à manifestação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos”.

Hoje em dia não há como se falar em acesso à Justiça sem vislumbrar a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos, visando assegurar e garantir a aplicação dos direitos ameaçados em questão, uma vez que cada vez mais o Judiciário vem sendo atravessado pelas justiças emergentes, nos âmbitos nacionais e internacionais, representadas por formas extra oficiais de tratamento das demandas. Não significa negar a prestação jurisdicional por parte do Estado, mas propor alternativas porventura até menos onerosas e mais rápidas para a satisfação das controvérsias, com métodos mais humanísticos, que garantam, com maior qualidade, a obtenção da justiça (MASCARENHAS, 2011, p. 23).

Em meio a todos estes métodos, pode-se destacar o instituto da mediação, que é conceituado por Haynes e Marodin (1996) como um processo que envolve uma pessoa devidamente capacitada e as partes em disputa. O acordo que pode surgir com o diálogo que é estabelecido será estruturado conforme a vontade das partes, de modo que permita a continuidade da relação restabelecida; todavia, o “motivo, o objetivo da mediação não pode ser um simples acordo, mesmo que satisfatório” (DINIZ, 2016, p. 232).

A mediação também pode ser entendida como método que se pauta em técnicas específicas de comunicação, “adequadas para a escuta qualificada, prestando-se, com muita eficácia, a concretizar o princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana e de proteção do Estado” (BARBOSA, 2015, p. 54). Consiste, ainda, em propiciar aos envolvidos a “percepção ampliada dos meandros da situação controvérida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem” (TARTUCE, 2019a, p. 197).

No direito argentino, a mediação é compreendida por Quirosa (1999, p. 21) como uma “*negociación colaborativa, asistida por un tercero neutral*. También puede decirse que la mediación es un procedimiento no adversarial, en que un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas”.

Nesta linha de entendimento, Vasconcelos (2017) sustenta que a mediação é uma forma de se estabelecer o diálogo aberto entre os envolvidos, modificando as (pré)compreensões das questões controvertidas e abrindo novos caminhos a serem tomados. Assim, a mediação pode ser vista como um procedimento, que é inclinado para a autocomposição entre as partes, tendo como pano de fundo os vínculos afetivos e os conflitos advindos deste âmbito (WARAT, 2000).

A mediação, de forma ampla, deve almejar “a real diminuição da litigiosidade entre os pares, o *empoderamento* das partes na resolução de seus futuros conflitos e a internalização de que o conflito pode ser dirimido de forma autônoma, por cada um, sem se recorrer ao Poder Judiciário” (DINIZ, 2016, p. 233).

A figura do mediador encontra-se prevista em Capítulo próprio, mais especificamente na Seção V, entre os artigos 165 e 175 do Código de Processo Civil, figurando como um auxiliar da justiça, o que não afasta, porém, a possibilidade de sua atuação de forma extrajudicial para as resoluções de conflitos (BRASIL, 2015a).

Em que pese o Código de Processo Civil – CPC – ter possibilitado a mediação tanto no cenário judicial quanto extrajudicial, também ocorreu a aprovação da Lei nº 13.140/2015, que reafirmou a importância e a necessidade da mediação como forma de solução dos conflitos familiares (BRASIL, 2015b). Desse modo, surge uma nova possibilidade para se alcançar a satisfação do litígio, de maneira mais justa, flexível e célere (SIQUEIRA; PAIVA, 2016).

O CPC encontra-se também alinhado aos termos da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2010), que modificou os paradigmas jurídicos de solução de conflitos e reafirmou a ineficácia do Poder Judiciário para a resolução de certas demandas, principalmente as de natureza familiar, que têm como cerne questões afetivas, existenciais e despatrimonializadas.

A administração da justiça passa por um colapso, e um dos motivos deste é o contexto dos intermináveis processos que se aglomeram, e até mesmo *“cuando por fin se llega a sentencia definitiva, siempre ambas partes pierden en gastos, tiempo y esfuerzos”* (COLERIO; ROJAS, 1998, p. 10).

Incumbe ao Direito (e, de forma reflexa, aos juristas) elaborar propostas que possam “conferir respostas adequadas ao corpo social que pretenda regular” (CALDERÓN, 2017, p. 38). A família é o lugar em que diversas relações pessoais se formam e se perfazem, não sendo algo estanque e, desta feita, a sociedade também não é estática, aspecto este que é e deve ser observado para a solução de eventuais problemas relacionais e conflitos de interesses (PEREIRA, 2005).

Os métodos de resolução ou transformação de conflitos, em especial, a mediação, que pode abranger “qualquer questão que envolva laços afetivos ou familiares entre as pessoas, como separação, divórcio, revisão de pensão, guarda de filhos, adoção, conflitos entre pais e filhos ou entre amigos, etc.” (BRAGA NETO, 2019, p. 167).

A utilização da mediação no âmbito do Direito de Família, em conflitos que envolvem os cônjuges e, muitas vezes, estes e os filhos, é extremamente adequada, até mesmo pela natureza dos conflitos de interesses aí constatados. Nesse ambiente, a solução consensual, amigável, não adversarial, por meio da comunicação direta entre os cônjuges, é medida que se recomenda, pelas suas próprias vantagens (CARDIN; RUIZ, 2017, p. 301).

O intento da utilização da mediação no âmbito familiar tem por intuito a transformação da condição de conflito em cenário de pacificação. No âmbito judicial, esta prática tende a viabilizar “uma reflexão mais profunda e detalhada, evitando o grande volume de ações, que são propostas e que se findam por vontade das partes, exatamente por se terem iniciado de forma imatura” (GONÇALVES, 1998, p. 152-154). A mediação auxilia as pessoas envolvidas no conflito a repensarem suas posições perante o outro e ante todo o sistema familiar (FONKERT, 1999).

O método alternativo de solução de conflitos vem destacando-se como forma de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade, e como uma verdadeira ferramenta de pacificação de conflitos familiares. O direito, principalmente o processual, depara-se com dificuldades na concretização da justiça para as partes no que se refere às nuances da família para com seus membros e destes para com a sociedade. Neste entendimento, Lima e Pelajo (2016, p. 224) lecionam que este fenômeno

[...] relaciona-se ao evidente anacronismo entre o sistema de adjudicação e a natureza das demandas de família. Contextos familiares são permeados por subjetividade. A qualidade da interação entre os cônjuges/companheiros e demais familiares depende, invariavelmente, das contribuições oferecidas pelas pessoas ao longo da convivência. Atitudes mal compreendidas não raro ensejam reações desproporcionais, que retroalimentam a hostilidade recíproca, em uma escalada destrutiva da relação.

A mediação familiar mostra-se, portanto, como uma opção tanto para o Judiciário quanto para as partes, como solução para aqueles que buscam a resolução de pontuais conflitos familiares. Será na mediação que ocorrerá a reflexão sobre o problema e o diálogo com o outro, com o objetivo comum de encontrar vias de superação dos impasses, o que permite um verdadeiro *empowerment*, que significa exatamente essa dimensão de transformação.

De forma simplista, é um processo no qual as partes tomam para si a responsabilidade pela construção da resolução de seus próprios conflitos, residindo na mão destas todo o poder de decisão (FONKERT, 1999). A mediação familiar tem como característica levar em consideração as necessidades de cada parte, especialmente dos filhos menores, compreendendo a corresponsabilidade parental. Este processo se faz necessário quando da ruptura da comunicação, que, muitas vezes se dá pela separação (BARBOSA, 2014).

Deve-se lembrar que esta técnica visa a “atender a pessoas e não a casos” (BRAGA NETO, 2019, p. 153), dignificando as partes e as protegendo contra as ingerências do Judiciário. É um método que se integra ao sistema multiportas de resolução de conflitos e tem o intuito de complementar o Poder Judiciário (LIMA; PE-LAJO, 2016).

É preciso destacar que este método não tem por objetivo o acordo (BRAGA NETO, 2019), mas, sim, a finalidade de edificar uma nova realidade que se inicia com a resolução do conflito e a educação dos envolvidos para a solução de futuros desentendimentos, para que adquiram a capacidade de resolver suas próprias questões. “O que causa grande êxito nesse método de resolução de conflitos é justamente essa liberdade que as pessoas têm de, em comum acordo, chegar a uma resolução satisfatória” (BRITO; SILVA, 2017, p. 25-26). É por este motivo que um acordo pode surgir caso as partes assim anseiem (BRAGA NETO, 2019). O valor que se eleva é o da transformação dos indivíduos, que “trata como fundamental a questão da satisfação individual e o bem-estar coletivo” (ALDENUCCI, 2012, p. 118).

A mediação ocasiona grande impacto na melhoria da condição de vida das pessoas e, de forma reflexa, proporciona positivas consequências para a unidade familiar. A comunicação é o fator que transforma o conflito e é o elemento fundamental deste método não adversarial. Logo, não haverá neste cenário ganhador ou perdedor (LANÇANOVA, 2014). Na mediação “se trabaja exclusivamente sobre los intereses de los sujetos, tratado de afirmar las coincidencias y acercar las diferencias” (COLERIO; ROJAS, 1998, p. 10).

Sem sombra de dúvida, a mediação carrega consigo maior carga de efetividade, posto que suas características se voltam para suprir as necessidades de cada conflito (RUIZ, 2003). Assim, observa-se que “os meios alternativos de resolução de conflitos se fazem necessários na modernidade para concretização dos direitos dos cidadãos, respeitando a celeridade processual” (CASAGRANDE; TEIXEIRA, 2018, p. 394).

A falta de comunicação e espaço seguro e sincero para o diálogo no ambiente familiar ocasiona muitas consequências negativas; uma delas é o fim dos relacionamentos conjugais, que acaba por envolver mudanças na rotina de crianças e adolescentes (BRITO; SILVA, 2017). Depois deste rompimento conjugal e afetivo nascem diversas disputas entre as pessoas, principalmente envolvendo os direitos dos filhos. Em decorrência de que em toda separação causa certo dano ao menor, quanto mais conflituoso o ambiente mais severas serão as sequelas na formação da personalidade da criança e do adolescente.

Percebe-se que ainda há certo preconceito em relação à mediação, principalmente porque a sociedade vislumbra que uma sentença judicial será a única a lhe proporcionar a segurança jurídica que busca. “Apesar de ser a mediação uma ótima ferramenta de resolução de conflito, é imprescindível a maturidade e aceitação das partes a tal mecanismo, o que não representa uma realidade em nosso país” (MEDINA, 2017, p. 155).

Além disso, as pessoas ainda tendem à judicialização, entregando ao Poder Judiciário a obrigação de resolver seus conflitos, dissabores, mágoas e questões existenciais. Por este motivo é que se fala cada dia mais em uma mudança substancial deste cenário, seja por meio da mediação, oficinas de parentalidade, terapia, enfim, caminhos para que ocorra o diálogo e, assim, a real concretização do acesso à justiça.

### 3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NEGOCIADOS NA MEDIAÇÃO

A dissolução da comunhão de vida entre os genitores, em sentido amplo, modifica a estrutura e a disposição familiar bem como o seu funcionamento, e, consequentemente, atinge os filhos, que passam por uma desestruturação emocional momentânea (MADALENO; MADALENO, 2018). Reside nesse cenário a disputa entre os genitores pela guarda do filho e, muitas vezes, estes se esquecem que o menor é uma pessoa, detentora de direitos, e não mero objeto à disposição deles.

Assim, advindo o rompimento do vínculo conjugal afetivo, os direitos dos filhos são colocados em pauta para, assim, se definir como se dará a vida destes daquele ponto em diante, como é o caso da definição da guarda jurídica e física, dos alimentos e do direito de visitas. A peculiaridade do instituto familiar deverá ser observada pelo Direito, se este tem o intuito de corresponder aos desafios impostos (BECK, 2010).

Sobre esta especificidade de tratamento que deve ser dado às questões familiares, Pinto (2005, p. 159) assevera que

As normas que, em coerência com o sentido do casamento ou da relação de filiação, estabelecem os deveres dos cônjuges entre si, ou os deveres e direitos dos pais e dos filhos, *não são criadas pelo direito “ex nihilo”*; são, pelo contrário, *normas segregadas pela instituição familiar*, como uma ordem concreta e natural, normas realizadoras de um sentido pré-jurídico – ou pelo menos anterior ao direito legislado – do organismo familiar. O legislador reconhece essa ordenação espontânea e natural da família. É esta característica que correntemente se traduz dizendo que o Direito de Família é um *direito institucional*.

A especial proteção da família também se perfaz pelo fato de que muitas vezes nela estão envolvidos direitos da criança e do adolescente, e estes recebem especial proteção, conforme mandamento previsto no artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Ainda, o Código de Processo Civil de 2015 reservou Capítulo próprio para as demandas familiares, que se inicia no artigo 693 e vai até o artigo 699 (BRASIL, 2015a).

Será pelo esforço coletivo de todos os que militam no campo jurídico (advogados, promotores de Justiça, juízes, professores de Direito, entre outros) que poderá se alcançar uma real efetividade no que diz respeito à dignidade humana e aos direitos conferidos às pessoas (NUNES, 2018). Desta forma, quando não existe a adequada prestação jurisdicional, seja pelos meios tradicionais ou alternativos, impede-se que se concretizem todos os valores éticos e jurídicos que a dignidade humana visa a garantir.

Os direitos da personalidade têm como objetivo exatamente a proteção desta dignidade, pois será por meio desta que o ser humano irá se realizar no mundo fático. Nesse sentido, sustenta Souza e Fachin (2019, p. 332) “que os direitos da personalidade formalmente assegurados no ordenamento normativo brasileiro (na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 ou em leis) atuam como protetores e efetivadores da dignidade da pessoa humana”.

Pode-se afirmar que a personalidade “se resume ao conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana [...]. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens” (SZANIAWSKI, 2005, p. 70). Assim, entende-se os direitos da personalidade como: “a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade)” (BITTAR, 2015, p. 41).

Muitos destes direitos referentes à criança e ao adolescente são “negociados” pelos genitores em sessões de mediação; por exemplo, o direito à integridade psicofísica e outros de forma reflexa. Hipoteticamente falando, essas sessões deveriam resolver a questão da melhor forma possível, “possibilitando a posterior convivência entre as partes, vencendo a paixão e a emoção que normalmente impera nos conflitos familiares, buscando-se a solução também pela razão” (OLIVEIRA; CARAPUNARLA, 2016, p. 116).

Um dos direitos da personalidade mais discutidos na mediação é o direito à integridade tanto física quanto psíquica (psicofísica) da criança e do adolescente, exatamente por este proteger a incolumidade do corpo e da mente. Objetiva-se, com este direito, a manutenção da higidez física e da lucidez mental da pessoa

(BITTAR, 2015). Ainda, verifica-se o unitarismo neste direito no que se refere à integridade, pois “a análise da expressão integridade, quer sob o perfil físico, quer sob o aspecto psíquico, constitui os componentes indivisíveis da estrutura humana” (SZANIAWSKI, 2005, p. 473).

Este direito da personalidade encontra-se ligado às questões atinentes aos alimentos prestados pelos genitores ao menor, que é um direito personalíssimo. “Afinal, serve para garantir a sobrevivência de quem não tem condições de subsistir por si mesmo” (DIAS, 2017, p. 35). Pelo fato de que *venter non patitur dilatoniō nem* (a barriga não admite demora), a prestação alimentar é necessária e urgente, pois quando intempestiva, o menor, credor dos valores alimentares, poderá padecer (TARTUCE, 2019b).

Outra questão discutida em sede de mediação que interfere diretamente na integridade psicofísica do filho, é a definição da modalidade de guarda. A legislação vigente prima pela fixação da guarda compartilhada, “com especial atenção para a divisão do tempo de convivência dos pais em relação a seus filhos comuns, mas tendo sempre em vista as condições fáticas e os interesses da prole (CC, art. 1.583, § 2º)” (MADALENO, 2019, p. 439). A guarda, seja ela física ou jurídica, possibilita a preservação do afeto entre os filhos e seus pais, visando sempre o melhor para o menor, preservando-se a integridade física e psíquica deste, sendo verdadeiro diferencial para concretizar o princípio da dignidade humana nestas relações (LANGOSKI, 2011).

A guarda jurídica compartilhada refere-se às questões atinentes às tomadas de decisão, o que se traduz em um direito dos genitores de decidir sobre o futuro dos filhos. Já a guarda física compartilhada irá ser exatamente este tempo de convívio, lapso temporal em que o genitor estará em companhia do filho, embora a criança ainda resida unicamente com um dos pais (RAMOS, 2016).

O instituto da guarda prima pela higidez física, mas, principalmente, psíquica da criança e/ou adolescente, para que este possa ter o devido amparo de ambos os genitores, assegurando à prole os devidos cuidados (materiais e imateriais) que se exige para a estruturação da personalidade humana (MADALENO, 2019), rompendo-se, assim, com a antiga concepção de que a mãe é quem cuidará apenas das questões imateriais e o pai quem arcará com o ônus de suprir as necessidades materiais dos filhos (LAURIA, 2003). O que predomina nas famílias brasileiras, todavia, é a fixação da guarda unilateral (TARTUCE, 2019b), ou, ainda, a fixação de uma guarda compartilhada no papel, mas, na realidade, o que se concretiza é a unilateral em favor da mãe.

Outro direito da personalidade que se coloca em evidência durante a mediação é o direito ao respeito, que é um direito que “toda pessoa humana faz jus em quaisquer circunstâncias, na conservação do bom relacionamento necessário para a coexistência na sociedade” (BITTAR, 2015, p. 209). É vinculada a relação paterno-materno-filial por intermédio da primazia do princípio do melhor interesse do menor, que “não tem apenas a função de estabelecer uma diretriz vinculativa para se encontrar as soluções dos conflitos, mas, também, implica a busca de mecanismos eficazes para fazer valer, na prática, essas mesmas soluções” (LAURIA, 2003, p. 37).

Também se estende o direito ao respeito às questões atinentes ao poder familiar e, por óbvio, à parentalidade responsável, que deve ser exercitada pelos genitores sempre observando a pessoa do filho, sendo esta representada pelo dever dos pais de criar, educar e acompanhar o desenvolvimento dos infantes, despendendo-lhes a atenção necessária para a formação de sua personalidade (CARDIN; SANTOS; GUERRA, 2014).

De forma sucinta, outro direito da personalidade, que é discutido por meio da mediação familiar, é o direito ao pleno desenvolvimento. “De ser dito ainda que a doutrina e a jurisprudência alemãs entendem que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade compreende duas dimensões: o direito geral de personalidade e a liberdade geral de ação” (CANTALI, 2009, p. 218). Este liga-se embrionariamente à criança e ao adolescente no que se refere ao direito à convivência familiar, pois é por meio desta que se terá o pleno desenvolvimento desta pessoa, mantendo-se “a unidade familiar, sem deixar que a criança ou o adolescente continue tendo cobertas suas necessidades básicas” (MADALENO, 2019, p. 480) para o seu desenvolvimento.

Nesse viés protetivo reside o princípio da dignidade humana, que atua na forma de uma cláusula geral de tutela da personalidade, protegendo o ser em todos os seus desdobramentos e nuances (SZANIAWSKI, 2005). A previsão constitucional desta dignidade e modificação valorativa do Estado eleva a pessoa, sua vida e bem-estar como pontos de referência para a atuação tanto estatal quanto particular. “A efetividade do princípio da dignidade humana se dá por via da concretização dos direitos fundamentais” (SOUZA; FACHIN, 2019, p. 330).

Ou seja, esta questão voltada para a família modifica a sua função, que passa a ser a de realização afetiva dos seus integrantes e o desenvolvimento destes, de forma particular e coletiva. “A função afetiva da família é o que está a imperar, com proeminência crescente. Em vista disso, é possível afirmar que, atualmente, a afetividade perfila tanto na estrutura como na função das famílias hodiernas” (CALDERÓN, 2017, p. 167).

O menor, alocado na relação paterno-materno-filial, já não é mais concebido como propriedade dos genitores ou objeto à disposição destes, mas, sim, como detentor de direitos, pessoa em seu mais amplo sentido, possuidora de dignidade e merecedora de respeito.

A criança e o adolescente são sujeitos de direitos com prioridade em relação aos demais. Os seus interesses estão acima dos interesses dos pais. A responsabilidade conjunta e o carinho com o filho devem ser exercidos por ambos os genitores. Presumiu o legislador que a guarda compartilhada é a guarda que melhor atende aos interesses da criança (RAMOS, 2016, p. 74).

Destaca-se, ainda, que não cabe apenas aos genitores primar pelo bem-estar e proteção dos direitos de seus filhos, mas também à sociedade e, principalmente, ao Estado, tendo em vista o mandamento previsto no artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Assim, pode-se preceituar a existência de “um elemento de conexão, chamado de democracia, a qual estabelece direitos aos indivíduos, na mesma proporção devidos aos Estados em garantir que tais direitos sejam efetivados através de políticas públicas” (CASAGRANDE; TEIXEIRA, 2018, p. 393). “Hoje, a mediação é reconhecida como política pública, pelo Conselho Nacional de Justiça, como meio eficaz e alternativo de solução dos conflitos” (LANÇANOVA, 2014, p. 173).

Logo, comprehende-se que a mediação é o caminho para uma nova ótica perante os conflitos familiares e para a salvaguarda do direito ao acesso à justiça, fomentando-se, por meio dela, a paz e os atos de cidadania (LANGOSKI, 2011), premissa esta que é umbilical à manutenção do Estado Democrático de Direito, exatamente por levar em consideração todos os sentimentos envolvidos na problemática e compreender as diferenças que existem entre as partes da lide (SAMPAIO JÚNIOR, 2011).

Teoricamente falando, a mediação é um maravilhoso método a ser aplicado, que se pauta de minuciosa técnica e cuidado para com a vida humana e os direitos e pessoas envolvidas. O que se observa, entretanto, é que as mudanças legislativa, administrativa e/ou judicial, “não proporcionam uma mudança cultural na forma de administração da justiça; pelo contrário, burocratizam a forma consensual da atividade técnica da Mediação e mantêm a reprodução da cultura judicializada sob o manto do Poder Judiciário” (RODRIGUES; GONÇALVES; LAHOZ, 2018, p. 111). Assim sendo, entre a teoria e a prática existe um enorme abismo que tem se mostrado como o seu maior obstáculo a ser enfrentado.

#### **4 DA (IN)EFICÁCIA DA MEDIAÇÃO FAMILIAR ANTE A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

O Código de Processo Civil de 2015 estipula, em seu artigo 319, VII, que a inicial deverá indicar de forma expressa que o autor deseja que ocorra a realização ou não da audiência de conciliação ou mediação antes de se adentrar, de fato, no processo contencioso, alinhando-se tal mandamento com a nova tendência que se enraíza no Poder Judiciário, que é a de incentivar a conversação entre as partes, para que estas, de forma consensual, encontrem uma solução para os seus conflitos (BRASIL, 2015a).

No ano de 2010, por meio da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, reconheceu-se a necessidade de aplicação de meios alternativos de resolução de conflito com foco nos consensuais, que se configuraram como política pública que tem por escopo a efetivação da via mais adequada para a resolução dos diversos tipos de conflitos (BRASIL, 2010).

O incentivo para a autocomposição mostra-se muito mais presente nos processos familiares, a fim de concretizar direitos e não apenas de impor a resolução por meio de uma sentença. Confirma-se, assim, que as alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil de 2015 refletem principalmente no âmbito do Direito de Família e Sucessões, com a finalidade precípua de concretização de direitos (ARAÚJO; OLIVEIRA SOBRINHO, 2017).

Os conflitos advindos de uma relação familiar carregam grande carga emocional, exatamente pelo fato de que abarcam sentimentos reprimidos, mágoas, traumas, dores, entre outros, que surgem com o dia a dia e a soma de fatores e acontecimentos (BRITO; SILVA, 2017). Por este motivo, mostra-se questionável o fato de que um juiz possa magicamente, com uma simples sentença, resolver todas essas questões emocionais e subjetivas.

A família é um complexo e peculiar instituto, e o direito envolto a esta é sempre uma redução do que se perfaz na realidade, sendo um recorte que engloba somente parte do todo que se desenvolve no corpo social (LYRA FILHO, 2006). A família precede o Direito, o que é um fato incontestável. Por esta justificativa é que o direito e sua interpretação devem captar e absorver as alterações sociais e relacionais, e não o contrário (CALDERÓN, 2017).

Observa-se que a mediação e a conciliação vieram exatamente de encontro com essa adaptação do direito às demandas familiares, reafirmando que o objetivo da mediação não é a celebração de um acordo, mas, sim, que as partes mediadas consigam restabelecer o diálogo (SIQUEIRA; PAIVA, 2016; TARTUCE, 2019a; VASCONCELOS, 2017; BARBOSA, 2015).

O mediador possui a função pedagógica, sendo incumbido de transformar o sentimento destrutivo que se assenta na lide, a fim de que seja semeada a pacificação (SIQUEIRA; PAIVA, 2016), devendo-se buscar muito mais a cultura da paz entre as partes do que a resolução propriamente dita e, acima de tudo, a desconstrução e amenização do fato que causou o litígio, capacitando as pessoas para lidarem com seus sentimentos internos e relacionamentos interpessoais.

Quando bem conduzida e aplicada, a mediação é capaz de tornar o direito algo acessível, garantindo a proteção de direitos de personalidade e, consequentemente, a preservação da dignidade humana de todas as pessoas envolvidas. “Mediante esse procedimento, as partes são introduzidas à cultura da administração pacífica de seus próprios problemas, à conversão de um conflito de interesses em possibilidades reais” (ZAPPAROLLI, 2003, p. 53).

Assenta-se, todavia, no Poder Judiciário, uma visão distorcida sobre qual seria o objetivo da mediação, tanto que, em 2005, o ministro Edson Vidigal, então presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), colocou o uso da mediação e da conciliação como meios que serviriam para desafogar o Judiciário e, assim, otimizar o julgamento das ações (BARBOSA, 2015). A mediação não é e nunca teve por intuito esta função reducionista de “desafogar o Judiciário”. Ela vai muito além, sendo um método interdisciplinar, regido por princípios e técnicas próprias, que visa, principalmente, o restabelecimento da comunicação do que propriamente a composição de um acordo a ser homologado pelo juiz.

A realidade jurídica mostra-se bem distante da teoria relacionada à mediação familiar, fazendo-se urgente a manutenção do núcleo deste instituto de resolução de conflito. O que se deve entender é que forçar, ou até mesmo criar situações para incitar a celebração de acordos entre pessoas vulneráveis, é um ato totalmente reprovável no âmbito jurídico (TARTUCE, 2017). O legislador, de forma pontual, vedou qualquer prática de constrangimento ou intimidação perante as partes para que se conciliem, conforme artigo 165, §2º da Lei nº 13.105/2015 (BRASIL, 2015a).

As condutas supraelencadas são de um todo inadequadas, pois objetivam apenas “pseudoacordos” que colaboram para macular o verdadeiro intuito da mediação, bem como a visão que a sociedade possui sobre este método (TARTUCE, 2017), além de violar todo o sistema legal sobre o qual se assenta na segurança jurídica.

Neste viés, nas palavras de Barbosa (2015, p. 104):

[...], a assertiva de que a mediação se presta a “desafogar o Poder Judiciário” representa um desserviço, afastando a compreensão do objetivo de estudo de significativa produção doutrinária. [...] A mediação não se presta para essa função reducionista de “desafogar o Judiciário”, posto que se trata de um conhecimento ampliado pela interdisciplinaridade, capaz de concretizar a principiologia fundamental para a interpretação das normas jurídicas, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do livre desenvolvimento da personalidade.

Todas essas falhas e inadequação na aplicação da mediação no âmbito familiar advêm exatamente da natureza patrimonialista que permeia todo o processo civil e a cultura jurídica. Desta forma, não é viável que se perpetue a “manutenção de regras estritamente patrimoniais para efetivação dos direitos materiais de cunho existencial” (MEDINA, 2017, p. 45).

Pelo contrário, é urgente a superação da cultura do pensamento patrimonialista e elitista pelos operadores do direito, sejam eles advogados, juízes, promotores, enfim, todo o Poder Judiciário, para que, assim, se caminhe para uma cultura emancipatória, de pacificação e realização dos direitos humanos (VASCONCELOS, 2017; RUIZ; NUNES, 2014). Caso uma mudança paradigmática das instituições não ocorra, somente se estará reiterando a violação de direitos, a infelicidade das partes e a condenação do menor vulnerável a uma vida de sofrimento.

Desta forma, o Poder Judiciário necessita adaptar-se às demandas familiares e pensar no método de mediação como um complemento, e não como de exclusão destas. A compreensão dos juízes ante o método alternativo de resolução de conflito, qual seja, a mediação, acarretará em uma modificação na aplicação e condução desta técnica (SAMPAIO JÚNIOR, 2011), de modo a tentar aproximar a teoria da prática, tendo como premissa que o Direito *“no puede ofrecer respuestas muertas a problemas vivos”* (MORSELLO, 2000, p. 4-5).

É necessário compreender que, para que a mediação alcance os objetivos, é preciso que “o mediador esteja capacitado com noções de psicologia, nas técnicas de negociação, principalmente nos moldes da negociação baseada em princípios, no caso da mediação conhecida como facilitadora” (RUIZ; NUNES, 2014. p. 86).

A forma, contudo, como esta técnica de resolução de conflito é conduzida no mundo fático, principalmente no cenário judicializado, somente gera mais danos aos mediados, desvirtua o objetivo da mediação e faz a sociedade desacreditar na Justiça. Uma “mediação” que ocorre no tempo de, no máximo, 15 minutos, em uma única sessão, ou que se inicia com a indagação se as partes possuem uma proposta de acordo, não se configura em verdadeira mediação familiar, tampouco uma conciliação, mas somente um pseudoacordo (TARTUCE, 2019a).

Tal atitude somente prejudica a criança e o adolescente ali inseridos e envolvidos na lide, e acarreta danos aos seus direitos da personalidade, afrontando-se, assim, o pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade humana. Por este fato, o mediador necessita promover, entre os mediados, “a possibilidade de convidá-los a debater outros temas tão importantes quanto aquele que os trouxe para a mediação, para que se alcance toda a complexidade das questões identificadas” (BRAGA NETO, 2019, p. 156).

Espera-se uma mudança de paradigma para com os conflitos familiares e, assim, que as pessoas e seus advogados possam optar pelos meios alternativos de resolução de conflitos. É essencial que o Estado, em seu sentido *lato*, compreenda que existem limites, e estes impedem que se forcem situações que tenham como intento promover o consenso a todo custo (TARTUCE, 2017). Excluir ou renegar os mecanismos alternativos, portanto, não é a saída, mas também acreditar veemente que eles são a salvação de um sistema ineficiente é o mesmo que incorrer no esvaziamento da própria atribuição jurisdicional (MEDINA, 2017). Conforme compreendem Oliveira e Carapunarla (2016, p. 166),

É certo, porém, que sem uma estrutura física compatível, sem um preparo dos facilitadores em cursos específicos, de nada adianta as modificações elencadas pela nova legislação processual. O Estado deverá proporcionar meios adequados para que a mediação e conciliação possam ser levadas a efeitos nos moldes idealizados, tais como propiciar o mínimo de suporte material, estímulo, treinamento, inclusive com a previsão de remuneração dos mediadores e conciliadores, sob pena de perecer todo o esforço legislativo até então empreendido.

Logo, entende-se que a mediação tem como fundamento o diálogo, sendo este o método de resolução de conflito “que se mostra mais eficaz, com numerosas vantagens para as pessoas” (CARDIN; RUIZ, 2017, p. 303) envolvidas na lide, quando se tem como cenário questões familiares que são carregadas de sentimentos negativos e positivos e, principalmente, vínculo afetivos entre as partes.

Pode-se concluir que “a adoção dos meios alternativos como forma de efetivo acesso do cidadão à justiça só será realmente possível na cultura jurídica brasileira quando trabalhada desde a educação dos operadores do Direito, nos mais diversos cursos existentes no país” (RODRIGUES; GONÇALVES; LAHOZ, 2018, p. 109). É necessária uma mudança de paradigma do cenário jurídico atual, especialmente em respeito ao princípio da dignidade humana, posto que a mediação tem por finalidade devolver aos mediados a capacidade de resolução de seus próprios conflitos.

A justiça pós-moderna não se restringe apenas às normas elencadas em leis e atos normativos. “É preciso criar uma consciência de que o direito do cidadão deve ser respeitado” (CASAGRANDE; TEIXEIRA, 2018, p. 388), e, principalmente, o direito da criança e do adolescente, que se encontram nessa situação de vulnerabilidade, tendo seus direitos negociados e acordados por seus genitores, que, muitas vezes, não primam pelo melhor interesse do menor.

## 5 CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve como foco analisar os direitos da personalidade infantojuvenis que são tratados em uma mediação familiar, entender este método alternativo de resolução de conflito e a sua efetividade no plano prático, concluindo pela latente necessidade de uma reconfiguração deste mecanismo, principalmente no cenário judicial, protegendo-se e tutelando a dignidade da pessoa humana, tanto dos mediados quanto de seus filhos.

Nesse panorama, constatou-se, por meio da pesquisa, que o Direito não é um instituto perene, estável e imutável, mas que está sempre em construção e adequação com a sociedade e necessidades de seu tempo, tendo como principal objetivo a justiça e o bem-estar tanto coletivo quanto individual.

A comunicação entre as pessoas, todavia, é a principal chave para abrir as portas para uma sociedade mais harmônica e fraterna, não se podendo incumbir o Estado de todas as mazelas e, muito menos, esperar que o Poder Judiciário resolva todos os problemas familiares, sejam eles de cunho patrimonial ou existencial.

É fato que os casais, atualmente, tendem a resolver seus problemas de natureza familiar da maneira mais inadequada possível, sem diálogo, respeito e/ou preocupação com os filhos menores, que são incluídos no dilema familiar e nada podem fazer para minimizar a animosidade dos genitores.

Diante deste entendimento é que se intentou a introdução da mediação como forma de resolução de conflitos familiares, a fim de restabelecer a comunicação entre as partes e, assim, capacitá-las para a resolução dos litígios presentes e futuros. Da forma, contudo, com que fora introduzida no Judiciário brasileiro, esta foi desvirtuada, sendo transformada em uma ferramenta para a concretização de acordos, com o claro objetivo de “desafogar o Judiciário”, e não pode possibilitar o empoderamento e o crescimento dos mediados.

Reconhece-se, assim, que a aplicação da mediação no cenário familiar é ineficaz e desvirtuada, necessitando que os mediadores sejam capacitados para tanto, bem como é fundamental a maior compreensão dos magistrados e, principalmente, melhor postura dos advogados em relação ao método para uma mudança significativa que objetive o alcance da justiça nos conflitos envoltos ao Direito das Famílias.

Desse modo, é nítida a necessidade do resgate dos objetivos e da finalidade do Poder Judiciário, bem como da própria mediação, para que modifique as lentes do Direito patrimonialista de forma a redirecioná-las para um Direito existencial que refletia as demandas familiares que envolvem a afetividade e o cuidado. Apenas assim é que se alcançará justiça para as partes e a real proteção da criança e do adolescente.

O diálogo e a comunicação entre os genitores, assim como o resgate da afetividade e do cuidado para com os filhos, contribuirão não apenas para a resolução do conflito ali instalado, mas para a restruturação da unidade familiar, sendo a resposta para os atuais problemas familiares que o direito hoje enfrenta. Enfim, a felicidade, tanto dos genitores quanto de seus filhos, não pode ser sufocada pela violência ou pelo desrespeito, mas semeada com a cultura da paz.

A dignidade humana e os direitos da personalidade da criança e do adolescente que estejam no meio de toda a disputa entre os genitores, somente será respeitada quando se entender que o acesso à justiça, seja por meio do Poder Judiciário ou pelos métodos alternativos de solução de conflito, só se concretizará quando a mediação familiar realmente for exercitada, restabelecendo a comunicação entre os mediados para que entendam suas responsabilidades diante dos filhos, e que a comunicação e a maturidade emocional são os pilares para a solução de qualquer conflito.

## 6 REFERÊNCIAS

ALDENUCCI, Lidercy Prestes. Mediação de conflitos familiares. In: BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lilia Maia de Moraes (org.). *Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. p. 107-126.

ARAÚJO, Mercedes Ferreira de; OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de. Direito de família e sucessões no código de processo civil/2015: a primazia da mediação para uma cultura do diálogo. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 51-72, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/2111/pdf>. Acesso em: 19 dez. 2019.

BARBOSA, Águida Arruda. Guarda compartilhada e mediação familiar: uma parceria necessária. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, v. 1, 2014. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Aguida-Arruda-Barbosa-Guarda-Compartilhada-e-media%C3%A7%C3%A3o-familiar-parceria.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2019.

BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de Conflitos: Conceito e Técnicas. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marcos Antônio Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (org.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 149-171.

BRASIL. (Constituição [1988]). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidente da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituição/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 5 ago. 2019.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Presidência da República, 2015a. 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: 15 set. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF, Presidência da República, 2015b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Brasília, DF: CNJ, 2010. Assunto: Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/03/resolucao\\_125\\_29112010\\_11032016150808.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/03/resolucao_125_29112010_11032016150808.pdf). Acesso em: 10 out. 2019.

BRITO, Marcella Mourão de; SILVA, Alexandre Antonio Bruno da. A mediação familiar e o fim do relacionamento conjugal: o problema do acesso à justiça e a experiência das oficinas de parentalidade. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, v. 3, n. 2, p. 19-36, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolcoesconflitos/article/view/2255/pdf>. Acesso em: 19 dez. 2019.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAMPOS, Diogo Leite de. A nova família. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direitos de família e do menor*: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 297-298.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; RUIZ, Ivan Aparecido. Da mediação na alienação parental. *Revista Em Tempo*, v. 16, n. 1, p. 287-306, 2017. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/2424>. Acesso em: 28 set. 2019.

CARDIN, Valeria Silva Galdino; SANTOS, Andréia Colhado Gallo Grego; GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia. Dos reflexos da crise do direito liberal na atualidade quanto do exercício da parentalidade responsável. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, ano 16, n. 23, p. 131-148, nov. 2014. Disponível em: [http://srapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito\\_e\\_justica/article/view/1526/699](http://srapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/1526/699). Acesso em: 19 dez. 2019.

CASAGRANDE, Jéfferson Ferreira; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. O papel do Poder Judiciário na contemporaneidade e seu reflexo na dignidade da pessoa humana. *Revista Pensamento Jurídico*, v. 12, n. 2, p. 375-396, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/155>. Acesso em: 27 set. 2019.

COLERIO, Juan Pedro; ROJAS, Jorge A. *Mediación obligatoria y audiencia preliminar*. Buenos Aires: Rubinzal-Culsoni Editores, 1998.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos*: direito, ação e execução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Bárbara Silva. Mediação judicial de conflitos – um estudo de caso sobre desafios institucionais. *Revista Direito em Debate*, v. 25, n. 46, p. 207-237, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/6014>. Acesso em: 29 out. 2019.

- FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FONKERT, Renata. Mediação familiar: Recurso alternativo à terapia familiar na resolução de conflitos em famílias com adolescentes. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (orgs). *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre: Artmed, 1999, p. 169-184..
- GONÇALVES, W. J. *União estável e as alternativas para facilitar a sua conversão em casamento*. São Paulo: [s.n.], 1998.
- HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. *Fundamentos da mediação familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.
- LANÇANOVA, Jônatas Luís. O poder judiciário em crise e a mediação como meio alternativo de solução dos conflitos. *Revista Direito em Debate*, v. 23, n. 42, p. 150-175, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/2901>. Acesso em: 25 out. 2019.
- LANGOSKI, Deisemara Turatti. Contribuições da extensão para a consolidação dos direitos humanos. *Revista Dialogos*, Brasília, v. 16, n. 2, dez. 2011.
- LANGOSKI, Deisemara Turatti. A mediação familiar e o acesso à justiça. *Revista Diálogos*, v. 16, n. 2, p. 8-17, 2013. Disponível em: <https://bdtd.uch.br/index.php/RDL/article/view/3413/2946>. Acesso em: 1º out. 2019.
- LIMA, Evandro Sousa e; PELAJO, Samantha. A mediação nas ações de família. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTONA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). *A mediação no Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 2-306.
- LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- LINCK, Delfina. *El valor de la mediación*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. Síndrome da alienação parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MASCARENHAS, Fabiana Alves. Mediação familiar: por uma nova cultura de pacificação social. *Lex Humana*, v. 3, n. 2, p. 20-39, 2011. Disponível em: <http://200.156.15.185/seer/index.php/LexHumana/article/view/175>. Acesso: 27 set. 2019.
- MEDINA, Valéria Julião Silva. *Processo de família e o novo CPC: prática processual versus direito material*. Curitiba: Juruá, 2017.
- MORSELLO, Augusto Mario. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Scotti, 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 71-120.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC – Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015): inovações, alterações e supressões comentadas*. São Paulo: Método, 2015.
- NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- OLIVEIRA, José Sebastião de; CARAPUNARLA, Humberto Luiz. Vencendo a paixão e a emoção nos conflitos familiares: a conciliação e a mediação como solução para os litígios na área de família. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, v. 2, n. 1, p. 100-118, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/1130/1123>. Acesso em: 19 dez. 2019.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira de Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.
- QUIROSA, María Celia de La Cruz. *Manual teórico práctico de mediación y conciliación*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1999.
- RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GONÇALVES, Jéssica; LAHOZ, Maria Alice Trentini. Mediação na Resolução CNJ nº 125/2010 e na Lei nº 13.105/2015 (NCPC): uma análise crítica. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)*, v. 6, n. 1, p. 88-114, 2018. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/329>. Acesso em: 14 dez. 2019.
- RUIZ, Ivan Aparecido. Breves observações sobre a mediação no âmbito do direito de família. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 3, n. 1, p. 7-38, 2003. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/386/391>. Acesso em: 19 dez. 2019.

RUIZ, Ivan Aparecido; NUNES, Taís Zanini de Sá Duarte. Breves reflexões acerca da mediação segundo a regulamentação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)*, v. 2, n. 1, p. 64-92, 2014. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/22>. Acesso em: 8 dez. 2019.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. O papel do juiz na tentativa de pacificação social: a importância das técnicas de conciliação e mediação. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 9, n. 13, p. 153-181, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unicchristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/787>. Acesso em: 28 set. 2019.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PAIVA, Caroline Zanetti. A utilização da mediação como forma de efetivação ao acesso à justiça e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 11, n. 1, p. 180-197, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/20505/pdf>. Acesso em: 19 dez. 2019.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de; FACHIN, Zulmar. O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para o Estado contemporâneo: um olhar sob o viés dos direitos da personalidade. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)*, v. 7, n. 3, p. 311-340, 2019. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/610>. Acesso em: 20 dez. 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. *Os direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5. ed. São Paulo: Método, 2019a.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil*. 2017. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Media%C3%A7%C3%A3o-autonomia-e-vontade-a%C3%A7oes-familiares-no-NCPC.pdf>. Acesso em: 6 set. 2019.

TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no Direito de Família*: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Método, 2019b.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WARAT, Luis Alberto. Mediación, el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 4, p. 3-18, 2000. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11202/9966>. Acesso em: 19 dez. 2019.

ZAPPAROLLI, Celia Regina. A experiência pacificadora da mediação: uma alternativa contemporânea para a implementação da cidadania e da justiça. In: MUZSKAT, Malvina Ester (org.). *Mediação de conflitos*: pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus, 2003. p. 49-76.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

# RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONTADOR NA QUALIDADE DE PROFISSIONAL LIBERAL QUE ATUA COMO FORNECEDOR NA RELAÇÃO DE CONSUMO

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.103-117>

Recebido em: 28/10/2019

Modificações solicitadas em: 20/1/2020

Aceito em: 27/2/2020

***Fabricio Germano Alves***

Autor correspondente. Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Avenida Senador Salgado Filho, 3000 – Lagoa Nova. CEP 59078-970. Natal/RN, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/4247505371266682>. <http://orcid.org/0000-0002-8230-0730>. [fabriciodireito@gmail.com](mailto:fabriciodireito@gmail.com)

***Iandeyara Indra Souza Costa***

Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Caicó/RN, Brasil.

## RESUMO

O presente trabalho versa acerca do instituto da responsabilização civil; especificamente sobre a forma de responsabilização do profissional contábil na qualidade de profissional liberal. Nessa perspectiva, muitos são os desafios enfrentados, tendo em vista o desconhecimento das implicações dos dispositivos legais que tratam das relações de consumo por parte da sociedade e, até mesmo, dos profissionais/fornecedores. Por esse fato, é de suma importância estudar o tema a fim de esclarecer a forma de responsabilização dos contadores quando atuam como fornecedores de uma relação de consumo. Diante disso, busca-se esclarecer como se dá a responsabilização do contador que exerce sua atividade como profissional liberal, entendendo o instituto da responsabilidade civil, as regulamentações específicas da profissão, bem como o posicionamento da jurisprudência pátria sobre o assunto. A metodologia utilizada consistiu na pesquisa básica e qualitativa, com base na análise bibliográfica, legal e jurisprudencial, com o objetivo descritivo e o propósito de fornecer uma avaliação formativa. Conclui-se que o contador, quando na qualidade de profissional liberal em uma relação de consumo, responde subjetivamente pelos seus atos, ou seja, possui responsabilidade pessoal apurada mediante verificação de culpa e, na hipótese de dar causa a um dano ou ameaça de dano, incumbe-lhe o ônus de provar que não agiu com imprudência, negligência ou imperícia.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Profissional liberal. Contador. Relação de consumo.

## CIVIL LIABILITY OF THE ACCOUNTANT AS A LIBERAL PROFESSIONAL WHO ACTS AS A SUPPLIER IN THE CONSUMPTION RELATION

## ABSTRACT

This paper is about the institute of civil liability. Specifically on the form of liability of the accounting professional as a liberal professional. In this perspective, many are the challenges faced, in view of the lack of knowledge about the implications of the legal provisions that deal with consumer relations on the part of society and, even, the professionals/suppliers. For this fact, it is of paramount importance to study the theme, in order to clarify the liability of accountants form when acting as suppliers in a consumer relationship. In view of this, it is sought to clarify how the liability of the accountant who performs his activity as a liberal professional occurs, understanding the institute of civil liability, the specific regulations of the profession, as well as the position of national jurisprudence on the subject. The methodology used consisted of basic and qualitative research, based on bibliographic, legal and jurisprudential analysis, with the descriptive objective and purpose of providing a formative evaluation. It is concluded that the accountant, when as a liberal professional in a consumer relationship, is subjectively liable for his acts, i.e., has personal responsibility determined by verification of guilt and, in the event of causing damage or threat of damage, it is incumbent on him the burden of proving that he did not act with recklessness, negligence or inability.

**Keywords:** Civil liability. Liberal professional. Accountant. Consumption relationship.

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Fundamentos da responsabilidade civil. 3 Natureza da relação jurídica efetivada entre o contador e seu contratante. 4 Regulamentação específica da profissão de contador e forma de responsabilização civil. 5 Análise de jurisprudência sobre a responsabilização civil do contador. 6 Conclusão. 7 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a analisar a forma de responsabilização civil do contador na qualidade de profissional liberal perante a legislação pátria que regulamenta as relações de consumo, a profissão em questão, seus institutos e posturas. Nesse ínterim, verificar-se-á a essência das relações constituídas pelo profissional liberal e seus clientes, a fim de conceber quais dispositivos legais aplicam-se aos casos concretos.

Ademais, será elucidada, principalmente, a exceção regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) quanto à forma de responsabilização dos profissionais liberais, de modo que, sabendo-se que o referido Código adota como regra a responsabilidade civil objetiva, tendo em vista o fator motriz da defesa do consumidor (*princípio da vulnerabilidade*) nas relações de consumo, o Código traz, de modo diverso, a responsabilidade subjetiva como exceção exclusiva para os profissionais liberais, pelo fato de assumirem os riscos da atividade de forma pessoal, estando incumbido o consumidor de comprovar o elemento culpa na conduta do profissional liberal para que se possa responsabilizar o profissional pelo dano ou ameaça de dano.

Logo, as dificuldades presentes no tema devem-se ao desconhecimento, por parte dos agentes envolvidos na relação consumerista, das implicações do emprego do Código de Defesa do Consumidor (direitos e deveres mútuos) na regulação das relações nas quais o consumidor se encontre em estado de vulnerabilidade, a fim de que o fornecedor não se exima do dever de prestar com maestria determinado serviço ou comercialização de produto, bem como da obrigação de reparar algum dano que, por ventura, tenha dado causa, seja esse por imprudência, imperícia ou negligência, impossibilitando que o fornecedor se aproveite da fragilidade do consumidor para obter vantagem.

Diante do exposto, é de suma importância a explanação do tema, posto que permite compreender a essência das relações de consumo que, por seu caráter relacional, expõe às partes envolvidas quais sejam seus direitos e deveres mútuos. Dessa forma, colabora para a efetiva aplicação e utilização do Código de Defesa do Consumidor, bem como para o alcance de seu objetivo primordial que é a proteção e defesa do consumidor – o elo mais frágil da relação.

Nesse ínterim, surge como objetivo principal expor especificamente a forma de responsabilização do profissional contábil quando esse atua como profissional liberal. Para tanto, tem-se por objetivos específicos compreender os fundamentos da responsabilidade civil, os elementos e/ou requisitos que caracterizam e transformam uma relação jurídica em uma relação de consumo, bem como a regulamentação específica do profissional em questão e como tem sido entendida pelos Tribunais a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre o contador e seu cliente.

A metodologia consiste em pesquisa básica e qualitativa, fundamentada na análise bibliográfica, legal e jurisprudencial, com o objetivo descriptivo e o propósito de fornecer uma avaliação formativa.

A saber, ao longo do trabalho serão expostos os fundamentos da responsabilidade civil, a qual corresponde a um dever de reparação que surge a partir de um dano causado a outrem, podendo sintetizar os fundamentos do mencionado instituto em quatro pressupostos, quais sejam: 1) a existência de uma ação ou omissão; 2) a existência de um dano moral ou patrimonial; 3) culpa *lato sensu* (culpa *stricto sensu* ou dolo); e 4) nexo causal entre o dano e a ação. Posteriormente, no segundo tópico, será discutida a natureza da relação jurídica efetivada entre o profissional contábil e seu contratante que, dependendo da identificação ou não dos elementos objetivos e subjetivos da relação de consumo, consistente em: 1) fornecedor; 2) consumidor; e 3) produto ou serviço, de acordo com as definições apresentadas pelo CDC, poderá ser disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor ou pelo Código Civil. Em um terceiro momento, serão explanados os dispositivos legais de regulamentação específica da profissão contábil e sua forma de responsabilização civil. Por fim, far-se-á uma análise de decisões quanto à responsabilização do contador em casos concretos, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais pátrios.

## 2 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade pode ter dois sentidos: um etimológico, o qual exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação; e outro jurídico, designando o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. A responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para

recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Diante disso, pode-se afirmar que a responsabilidade civil corresponde a uma obrigação imposta para reparar um mal ou dano causado a outrem (CAVALIERI FILHO, 2018).

Há dois tipos de responsabilidade civil: uma contratual ou negocial, sendo aquela que surge ante o descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato; e outra extra-contratual ou aquiliana, a qual surge quando determinada pessoa deixa de observar um preceito normativo (TARTUCE, 2018).

O Código Civil consagrou tanto a *teoria da responsabilidade civil objetiva* quanto a *subjetiva*. A responsabilidade civil subjetiva, a qual é alicerçada na culpa, está disposta nos artigos 186, 187 e 927, *caput*, do Código Civil<sup>1</sup>. Já a responsabilidade civil objetiva é alicerçada na *teoria do risco*, resume-se à culpa presumida e pode ser observada em vários dispositivos legais, em especial no artigo 927, parágrafo único do Código Civil<sup>2</sup>.

A classificação da responsabilidade civil com base no elemento *culpa*, pode ser subdividida em objetiva e subjetiva. A responsabilidade civil subjetiva diz respeito àquela cujo elemento *culpa* constitui seu fundamento; caso não haja culpa, não há responsabilidade (GONÇALVES, 2017).

Com base no Código Civil, somente em caso de evento previsível é que se pode cogitar a existência da culpa, tendo em vista que só é evitável aquilo que se pode prever, e diz-se previsível aquilo que tem certo grau de probabilidade de acontecer. Vale destacar que a previsibilidade necessária para a configuração da culpa é aquela específica, ou seja, a presente, atual e relativa às circunstâncias do momento da realização da conduta (CAVALIERI FILHO, 2018). Caso contrário não há que se presumir a culpa.

De acordo com o artigo 186 do Código Civil, a responsabilidade civil subjetiva diz respeito à conduta do autor do dano que praticou fato culposo possível de ser evitado, abrangendo a culpa em sentido estrito, caracterizada pelo dano causado por meio de imprudência, imperícia ou negligência, e o dolo evidenciado pela vontade consciente de causar prejuízo a outrem (HASHIMOTO, 2016).

A responsabilidade civil subjetiva constitui regra no ordenamento jurídico brasileiro baseada na *teoria da culpa*, sendo necessária a comprovação da culpa *lato sensu* para que o agente responda civilmente. Para o Código de Defesa do Consumidor (CDC), contudo, instituído pela Lei nº 8.078/90, em razão do *princípio da vulnerabilidade do consumidor*, expressamente contido em seu artigo 4º, inciso I (o qual pressupõe que o consumidor é a parte mais vulnerável e/ou, em regra, hipossuficiente), a responsabilidade civil subjetiva é a exceção, correspondendo apenas aos profissionais liberais. Dispõe expressamente em seu artigo 14, §4º do CDC, que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (TARTUCE, 2018).

Por outro lado, diante da necessidade de uma maior proteção à vítima, surge a responsabilidade civil objetiva. Esta não necessita da presença do elemento culpa para sua existência; ela vem alicerçada na *teoria do risco*, e é expressamente admitida pelo Código Civil em seu artigo 927, parágrafo único.

Assim, a responsabilidade civil objetiva (responsabilidade sem culpa), por configurar-se exceção no ordenamento jurídico brasileiro, somente pode ser aplicada quando existir expressa autorização normativa. Se, portanto, ausente lei expressa, a responsabilização pelo ato ilícito será subjetiva, em razão de esta ser a regra geral no Direito brasileiro (FONSECA, 2017).

Os pressupostos gerais da responsabilidade civil podem ser condensados nos seguintes elementos: 1) a existência de uma ação ou omissão; 2) a existência de um dano moral ou patrimonial; 3) culpa *lato sensu* (culpa *stricto sensu* ou dolo); e 4) nexo causal entre o dano e a ação.

<sup>1</sup> Artigo 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ao ilícito. Artigo 187. Também comete ao ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

<sup>2</sup> Artigo 927. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Como primeiro pressuposto tem-se a *conduta humana* correspondente a uma ação, ato ou comportamento humano que dê causa a um dano, lesão ou prejuízo a outrem, podendo tal dano ter sido causado de forma comissiva ou omissiva, voluntária ou involuntariamente (negligência, imprudência ou imperícia). Corresponde, entretanto, à regra, a conduta positiva (TARTUCE, 2018). A conduta humana, comissiva ou omissiva, é elemento essencial para que se configure responsabilidade civil.

Tem-se o *dano*, que é elemento essencial e indispensável, tendo em vista que sem ele não há que se falar em indenização pelos prejuízos (não) sofridos. Pode ser patrimonial, o qual prejudica o patrimônio do lesado, diminuindo-o ou findando-o, ou moral, sendo aquele que atinge a personalidade humana (TARTUCE, 2018).

Tem-se, ainda, a *culpa lato sensu*, que abrange a culpa em sentido estrito, configurada quando o agente desrespeita um dever jurídico, mas não tinha a intenção de violá-lo ou prejudicar alguém; e o *dolo*, que ocorre quando alguém, intencional ou propositalmente, viola um dever jurídico e causa um prejuízo a outrem (TARTUCE, 2018), podendo, em caso de *culpa lato sensu*, o dolo ser direto, necessário ou eventual, ou, em caso de *culpa stricto sensu*, a culpa ser contratual, extracontratual ou concorrente. A *culpa* configura-se como elemento subjetivo da conduta (NADER, 2018).

Por fim, o *nexo causal*, que nada mais é do que a relação de causa e efeito entre a conduta geradora de dano e o resultado danoso produzido, ou seja, o dano deve ser causado pela conduta do agente para que se possa imputar responsabilidade a tal (NADER, 2018). O nexo causal constitui o elemento virtual ou imaterial da responsabilidade civil, pois diz respeito ao risco criado e dano suportado por alguém, relação de causa e efeito, elo entre a conduta e o dano (TARTUCE, 2018).

Com base nisso, é necessário entender como se dá o vínculo existente entre o profissional e seu contratante, bem como a natureza e as implicações da relação existente entre ambos perante a legislação pátria.

### 3 NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA EFETIVADA ENTRE O CONTADOR E SEU CONTRATANTE

Conceitua-se relação jurídica “quando uma relação de homem para homem se subsume ao modelo normativo instaurado pelo legislador, essa realidade concreta é reconhecida como sendo relação jurídica” (REALE, 2001). Assim, entende-se que a relação jurídica é a relação da vida social que busca fins diversos e múltiplos, não só estritamente jurídicos, que se formam sob modelos jurídicos instaurados pelo Estado ou que estejam inseridos numa estrutura normativa, de forma que têm o Direito atuando como instrumento de realização, proteção e efetivação desses fins (REALE, 2001). Vale destacar que “a noção central do conceito de relação jurídica é a de alteridade, isto é, a necessária correspondência entre direitos de certos sujeitos aos deveres de outros. A todo direito subjetivo, lembre-se, corresponde um dever” (COELHO, 2012).

Dentre os diversos vieses jurídicos possíveis de relações jurídicas – o civil, o fiscal, o administrativo, o tributário, entre outros –, atentar-se-á à conceituação da natureza jurídica da relação de consumo.

Para que se configure uma relação jurídica de consumo se faz necessária a identificação dos sujeitos e do objeto da relação, ou seja, é imprescindível que haja em um dos polos da relação o(s) consumidor(es) e no outro o(s) fornecedor(es) e, entre ambos, a transação de produtos ou serviços (NUNES, 2017).

*A priori*, é importante notar que o surgimento do Código de Defesa do Consumidor tem fundamento na Constituição Federal, quando dispõe, em seu artigo 5º, inciso XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”; em seguida, no artigo 170, quando trata sobre os princípios da ordem econômica; e seu inciso V, que traz a defesa do consumidor como dos referidos princípios,<sup>3</sup> bem como possui determinação expressa nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (artigo 48 ADCT)<sup>4</sup>, de forma que a defesa do consumidor foi inserida no rol das garantias e direitos fundamentais.

<sup>3</sup> Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor;

<sup>4</sup> Artigo 48, ADCT. O Congresso Nacional, dentro de 120 dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi criado como um subsistema autônomo e vigente dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sustentando, em seu artigo 1º, que “estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e artigo 48 de suas Disposições Transitórias”, bem como inaugurando o modelo de Lei principiológica, tornando explícitos os comandos constitucionais para as relações de consumo, a fim de concretizar os princípios e garantias vigentes na Constituição Federal (NUNES, 2017).

Dessa forma, infere-se que, desde que haja relação de consumo, ou seja, efetiva presença dos elementos subjetivos (consumidor e fornecedor) e o objeto da relação, os dispositivos do CDC serão aplicados, tendo em vista se tratar de norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológico, sendo prevalente sobre as demais normas que colidirem com ela, salvo a Constituição Federal. Se, entretanto, houver outra norma mais benéfica à parte vulnerável (o consumidor), esta prevalecerá (NUNES, 2017).

Com base nisso, depreende-se que a relação jurídica de natureza consumerista tem por regulador o Código de Defesa do Consumidor e se estabelece pela existência de dois agentes – o consumidor e o fornecedor – em lados opostos, de forma que têm por objeto o produto ou o serviço, conforme os artigos 2º e 3º do CDC.

Para melhor compreensão, define-se fornecedor<sup>5</sup> como a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, e ainda os entes despersonalizados, que propicia a oferta de, dentre outros, produção, montagem, criação, transformação, importação, exportação, comercialização de produtos ou prestação de serviços no mercado de consumo. Para tanto, é necessário o cumprimento de dois requisitos essenciais, quais sejam: *habitualidade* e *profissionalismo*, ambos com fundamento no artigo 966 do Código Civil<sup>6</sup>. Classifica-se, ainda, os fornecedores em *mediato ou indireto* e *imediato ou direto*. O fornecedor *mediato* compõe a cadeia de consumo, mas não mantém uma relação direta com os consumidores; já o fornecedor *imediato* atua de forma mais específica na comercialização de produtos e/ou prestação de serviços diretamente para os consumidores, mantendo essa relação direta com eles.

De outro modo, tem-se o conceito de consumidor como um conceito relacional, tendo em vista que foi um “conceito pensado constitucionalmente para uma relação entre diferentes, para a proteção dos diferentes” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013), justamente porque o fornecedor é um profissional que dispõe de informações sobre seu produto, seu serviço e contrato, sendo ele um *expert* no assunto; por outro lado, no polo oposto da relação, tem-se o consumidor que é geralmente leigo e vulnerável (fática, técnica ou juridicamente), possuindo naturalmente um déficit informacional (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013). Assim, configura-se consumidor aquele que é destinatário final de produtos ou serviços, seja pessoa natural ou jurídica. Quanto ao consumidor, reconhece o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que o ponto de partida do CDC é a afirmação do *princípio da vulnerabilidade do consumidor*, por meio do qual visa à garantia da igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo<sup>7</sup>.

Além da definição direta ou *stricto sensu* do conceito consumidor no artigo 2º, *caput* do CDC<sup>8</sup>, tem-se, ainda, a conceituação *lato sensu* ou por equiparação, que se subdivide em: coletividade de pessoas<sup>9</sup> expressa no artigo 2º, parágrafo único do CDC, aquela que haja intervindo nas relações de consumo, ainda que indeterminável; *bystanders*<sup>10</sup>, expostos no artigo 17 do CDC, ou seja, todos aqueles vítimas do evento (acidentes de consumo); e aqueles expostos a práticas comerciais<sup>11</sup> conceituados no artigo 29 do CDC.

<sup>5</sup> Artigo 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

<sup>6</sup> Artigo 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

<sup>7</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 586316/MG. Relator: ministro Herman Benjamin. Julgamento em 17/4/2007. DJe. 19/3/2009.

<sup>8</sup> Artigo 2º, *caput*. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

<sup>9</sup> Artigo 2º, Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

<sup>10</sup> Artigo 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

<sup>11</sup> Artigo 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Quanto ao elemento causal ou finalístico, contudo, existem teorias divergentes acerca da expressão “destinatário final”.

Primeiro, tem-se a *teoria finalista*, originada dos pioneiros do consumerismo brasileiro, que sustenta a definição de consumidor expressa no artigo 2º do CDC como destinatário final fático e econômico do produto ou serviço, de forma que se configura bastante restritiva, descaracterizando a relação de consumo quando o consumidor tira proveito econômico do produto/serviço, devendo o bem ou serviço ser utilizado apenas para o consumo próprio, exaurindo completamente sua função econômica sem a obtenção de lucro (MIRAGEM, 2016).

Em segundo lugar, tem-se a *teoria maximalista* que, ao contrário da primeira, é bastante ampla e considera que a definição de consumidor deve ser interpretada extensivamente, considerando consumidor qualquer indivíduo, inclusive a(s) pessoa(s) jurídica(s), que pratique o simples ato de retirar o produto/serviço do mercado de consumo, bastando ser o destinatário fático e não, necessariamente, o econômico do produto ou serviço (MIRAGEM, 2016).

Em terceiro lugar, como um intermédio entre as duas primeiras correntes, tem-se a *teoria finalista mitigada* ou *finalismo apurado*, que se apresenta mediante dois critérios: a) a extensão do conceito de consumidor por equiparação é medida excepcional no CDC; e b) é necessário o reconhecimento de vulnerabilidade da parte que pretende ser considerada consumidora. Assim, essa corrente concebe qualquer profissional ou pessoa jurídica como consumidor, desde que comprovada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, e o produto ou serviço seja adquirido fora de sua área de especialidade (MIRAGEM, 2016). Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça tem sustentado esse entendimento da *teoria finalista mitigada*.<sup>12</sup>

Sabe-se que o Código de Defesa do Consumidor possui como objetivo primordial a intenção de “reestabelecer o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo” (CAVALIERI FILHO, 2018), uma vez que o consumidor sempre será a parte fraca da relação consumerista. Aliado a isso, o instituto da responsabilidade civil tem o intuito de reparar os danos sofridos pela parte lesada. Dessa forma, nota-se uma relação de reciprocidade entre ambos e, juntos, atuam na proteção, defesa e reparação dos direitos das partes envolvidas na relação de consumo.

Pode-se afirmar que o fundamento da proteção do consumidor contra os riscos dos produtos e serviços presentes no mercado de consumo, está no reconhecimento da existência de interesses legítimos de que esses produtos e serviços sejam seguros para os consumidores, de forma que não apresentem nocividade ou periculosidade que cause danos a quem se expuser aos tais. Vale lembrar que, em regra, o respeito a esses interesses legítimos não se submete à verificação do critério culpa, mas, sim, à proteção da confiança social de que os produtos inseridos estarão adequados e seguros (MIRAGEM, 2016).

No que diz respeito ao instituto da responsabilidade civil no CDC, disposto nos artigos 12, 13 e 14, em regra, ele é de natureza objetiva, a qual prevê o elemento da culpa presumida. Há, contudo, uma exceção quanto à responsabilização dos profissionais liberais, como é o caso do contador, os quais são responsabilizados subjetivamente pelos seus atos, ou seja, se faz necessária a comprovação do elemento culpa, como elucida o artigo 14, §4º do CDC: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

É importante mencionar, *a priori*, que se define profissional liberal como “aquele que exerce uma profissão livremente, com autonomia, sem subordinação. Em outras palavras, presta serviço pessoalmente por conta própria, independentemente do grau de escolaridade” (CAVALIERI FILHO, 2018), e, no mesmo sentido, a Confederação Nacional das Profissões Liberais afirma que se configura profissional liberal “aquele legalmente habilitado a prestar serviços de natureza técnico-científica de cunho profissional com a liberdade de execução que lhe é assegurada pelos princípios normativos de sua profissão, independentemente do vínculo da prestação de serviço”<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> STJ, REsp 684.613/SP, rel. min. Fátima Nancy Andrichi, j. 21.06.2005, DJU 01.07.2005, p. 530. STJ, REsp 476.428/SC, rel. min. Fátima Nancy Andrichi, j. 19.04.2005, DJU 09.05.2005, p. 390. STJ, REsp 1.772.869/MG (2018/0265442-0), rel. min. Antonio Carlos Ferreira, DJ 06/11/2018. Apelação Cível/TJRS Nº 70065940298; 16 Câmara Cível; Publicado em: 1º/8/2017.

<sup>13</sup> Disponível em: <https://www.cnpl.org.br/o-profissional-liberal/>. Acesso em: 28 abr. 2019.

Tendo em vista que a Seção III do CDC não definiu expressamente o tipo de responsabilização dos profissionais liberais pelo vício do serviço, uma parte da doutrina acredita que também deva ser aplicada a responsabilidade subjetiva, podendo-se fazer uma extensão desse artigo 14, §4º do CDC e concluir que a responsabilidade pelo vício do serviço também será apurada mediante a verificação de culpa, por força necessária da interpretação sistemática. Pensar diferente seria contraditório (NUNES, 2017).

Optou, assim, o legislador, por responsabilizar o profissional liberal subjetivamente, levando em consideração a natureza da prestação que, em regra, será personalíssima (*intuitu personae*), isolada, e que, em razão disso, não dispõe de estrutura complexa de fornecimento de serviço, de forma que o interesse do consumidor em relação ao serviço é vinculado ao conhecimento técnico especializado deste fornecedor. Justifica-se, desse modo, a necessidade de comprovação do elemento *culpa* pelo falso de que o êxito na prestação do serviço está diretamente ligado ao seu desempenho pessoal, ou seja, à sua atuação diligente, prudente e de acordo com os conhecimentos técnicos que deva possuir (MIRAGEM, 2016).

Logo, a relação existente entre o profissional contábil e o cliente caracteriza-se por ser uma relação de consumo, a qual deve ser transparente, tendo em vista que, por gozar de confiança e caráter essencialmente personalíssimo, deve o profissional respeitar os direitos básicos do consumidor expressos no artigo 6º do CDC, bem como agir de boa-fé, ser prudente e zeloso, sob pena de ser responsabilizado pessoalmente por quaisquer danos.

Na relação em questão pleiteia-se um objeto que é a prestação de um serviço<sup>14</sup>, este conceituado no artigo 3º do CDC, o qual possui natureza contabilista, sendo o profissional contábil atuante no polo passivo como *fornecedor* e o cliente no polo ativo como *consumidor*, em razão da existência da sua vulnerabilidade.

Vale destacar que, em regra, imagina-se a relação consumerista, que envolve os profissionais liberais, constituída por relações personalíssimas entre particulares, ou seja, uma relação direta entre um profissional e uma pessoa física. Desde, entretanto, que estejam presentes os elementos objetivos e subjetivos da relação de consumo, isto é, haja a prestação de um serviço ou comercialização de produtos e as partes enquadrem-se nas definições de consumidor e fornecedor expressas, respectivamente, nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, a prestação de serviço do profissional liberal para uma empresa e/ou pessoa jurídica também se configura relação de consumo<sup>15</sup>, sendo imprescindível, no entanto, que se identifique na empresa ou na pessoa jurídica destinatária do serviço contábil algum tipo de vulnerabilidade, seja ela técnica, fática ou jurídica. Nas relações, porém, em que não seja possível identificar fornecedor e consumidor, não se configura relação de consumo e, portanto, a relação não será disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, e, sim, pelo Código Civil.

#### 4 REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA DA PROFISSÃO DE CONTADOR E FORMA DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

A regulamentação específica da profissão contábil se dá por uma série de dispositivos normativos que compõem a Legislação Contábil e Comercial, dentre os quais é possível citar: o Decreto-Lei 9.295/1946<sup>16</sup>, que regulamenta a Profissão Contábil, criando o Conselho Federal de Contabilidade (CFC) e definindo as atribuições do contador e do guarda-livros; as Normas Brasileiras de Contabilidade (NBC)<sup>17</sup>, que constituem um conjunto de regras e procedimentos de conduta que devem ser considerados como requisitos para o exercício da

<sup>14</sup> Artigo 3º, §2º: Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

<sup>15</sup> TJ-ES – APL: 00001260320068080047, Relator: Telemaco Antunes de Abreu Filho, Data de Julgamento: 3/5/2016, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 13/5/2016. Disponível em: <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/357588811/apelacao-apl-1260320068080047/inteiro-teor-357588813?ref=juris-tabs>. Acesso em: 9 ago. 2019.

<sup>16</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 9.295*, de 27 de maio de 1946. Cria o Conselho Federal de Contabilidade, define as atribuições do contador e do guarda-livros, e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ, 28 maio 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del9295.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del9295.htm). Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>17</sup> Disponível em: <https://cfc.org.br/tecnica/normas-brasileiras-de-contabilidade/>. Acesso em: 15 out. 2019.

profissão e são editadas pelo CFC; a Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A)<sup>18</sup>; a Lei nº 11.638/2007<sup>19</sup>; as Resoluções do CFC<sup>20</sup>; as Súmulas do CFC<sup>21</sup>; as Normas e Procedimentos de Contabilidade – Ibracon<sup>22</sup>; os Comunicados Técnicos e as Interpretações Técnicas do Ibracon<sup>23</sup>; as Normas do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC<sup>24</sup>; o Estatuto da Micro e Pequena Empresa – Lei Complementar 123/2006<sup>25</sup> e o Código de Ética profissional do contabilista – CEPC<sup>26</sup>. Outros dispositivos normativos podem ser encontrados na página *on-line* oficial do Conselho Federal de Contabilidade<sup>27</sup>.

Antes de tratar acerca da forma de responsabilização civil do profissional contábil, vale lembrar que na vigência do Código Civil de 1916 prevalecia o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) era um microssistema jurídico autossuficiente e autoaplicável totalmente isolado das outras normas. A partir do surgimento do Código Civil de 2002 e da *teoria do diálogo das fontes*, contudo, essa concepção foi superada, de forma que a essência da mencionada teoria é que as normas jurídicas, mesmo que pertencentes a ramos do Direito diferentes, não se excluem; ao contrário, elas se complementam.

Com base nisso, além da regulamentação pelo Código de Defesa do Consumidor na forma de profissional liberal, o Código Civil traz alguns artigos específicos quanto à forma de responsabilização civil do profissional contábil. O Código Civil trouxe um aumento razoável das responsabilidades pessoais e profissionais dos contadores, quando trata, em seus artigos 1.177 e 1.178, acerca das responsabilidades dos contabilistas e auxiliares na condição de prepostos, dentro e fora do estabelecimento comercial do preponente, sendo possível o contador responder civil, solidária e pessoalmente perante terceiros e a entidade empresarial, até mesmo com seu próprio patrimônio. Em outras palavras, caso não exerçam as suas atividades de maneira adequada, com zelo e diligência, ainda que estejam praticando atos em nome do titular, poderão responder pelo uso inadequado da preposição (FRANCO; CARDOSO, 2009).

O artigo 1.177, parágrafo único<sup>28</sup>, do Código Civil, trata acerca da responsabilidade civil do preposto ante o preponente e terceiros, de forma que o preposto pode responder solidariamente com o preponente perante terceiros em caso de atos dolosos ou pessoalmente diante dos preponentes em caso de atos culposos. Sendo o preponente o cliente e o preposto o profissional contábil (FONSECA, 2017).

<sup>18</sup> BRASIL. *Lei nº 6.404*, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404compilada.htm). Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>19</sup> BRASIL. *Lei nº 11.638*, de 28 de dezembro de 2007. Altera e revoga dispositivos da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e da Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e estende às sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras. Brasília, DF, 28 dez. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11638.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11638.htm). Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>20</sup> BRASIL. *Conselho Federal de Contabilidade (CFC)*. Criado e regido pelo Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946. Disponível em: [cfc.org.br](http://cfc.org.br). Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>21</sup> Disponível em: <https://cfc.org.br/legislacao/súmulas/>. Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>22</sup> Disponível em: [https://cfc.org.br/wp-content/uploads/2015/12/legis\\_profccontabil.pdf](https://cfc.org.br/wp-content/uploads/2015/12/legis_profccontabil.pdf) e <http://www.portaldecontabilidade.com.br/legislacao002.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>23</sup> Disponível em: [https://cfc.org.br/wp-content/uploads/2015/12/legis\\_profccontabil.pdf](https://cfc.org.br/wp-content/uploads/2015/12/legis_profccontabil.pdf) e <http://www.portaldecontabilidade.com.br/legislacao002.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>24</sup> Disponível em: [https://cfc.org.br/wp-content/uploads/2015/12/legis\\_profccontabil.pdf](https://cfc.org.br/wp-content/uploads/2015/12/legis_profccontabil.pdf) e <http://www.portaldecontabilidade.com.br/legislacao002.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>25</sup> BRASIL. *Lei Complementar nº 123*, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília, DF, 15 dez. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/lcp/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/lcp/lcp123.htm). Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>26</sup> Disponível em: [https://cfc.org.br/wp-content/uploads/2015/12/legis\\_profccontabil.pdf](https://cfc.org.br/wp-content/uploads/2015/12/legis_profccontabil.pdf) e <http://www.portaldecontabilidade.com.br/legislacao002.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>27</sup> BRASIL. *Conselho Federal de Contabilidade (CFC)*. Criado e regido pelo Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946. Disponível em: [cfc.org.br](http://cfc.org.br). Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>28</sup> Artigo 1.177. Os assentos lançados nos livros ou fichas do preponente, por qualquer dos prepostos encarregados de sua escrituração, produzem, salvo se houver procedido de má-fé, os mesmos efeitos como se o fossem por aquele. Parágrafo único. No exercício de suas funções, os prepostos são pessoalmente responsáveis, perante os preponentes, pelos atos culposos, e, perante terceiros, solidariamente com o preponente, pelos atos dolosos.

O artigo 1.178 do Código Civil enfatiza a responsabilidade do preponente sobre quaisquer atos praticados pelos contadores prepostos dentro e fora de seu estabelecimento<sup>29</sup>, de forma que estão presumidamente autorizados pelo preponente os atos que os prepostos praticarem dentro do estabelecimento comercial da empresa, mesmo que inexista documento autorizador escrito, não ficando obrigado o preposto a apresentar nenhum tipo de documento que comprove sua autorização para a prática de ato negocial a cliente ou a algum interessado em realizar um negócio. Assim, é de responsabilidade exclusiva do preponente os atos que seus prepostos houverem praticado dentro do estabelecimento, pois os prepostos estão sob presunção de autorização. Quanto aos atos praticados fora do estabelecimento, todavia, o preponente somente será responsável nos casos em que as obrigações contraídas pelo preposto constarem expressamente no documento ou instrumento de delegação de poderes para a prática de atos. Caso aconteça de o preposto exceder os limites dos seus poderes, não poderá ser responsabilizado o preponente por prejuízos eventualmente causados a terceiros (SILVA, 2012).

De maneira geral, o dever profissional do contador consiste em “organizar e executar serviços de Contabilidade em geral, realizar perícias e revisar balanços, além de outras definidas em normas administrativas editadas através do Conselho Federal de Contabilidade” (CORTEZ; LONARDONI, 2006).

O Código Civil estabelece determinados limites para a responsabilidade do profissional contábil, de forma que, dependendo da forma como os atos sejam executados, são distinguidos em atos culposos ou dolosos. Os primeiros são frutos de imperícia, imprudência ou negligência, ou seja, o profissional não usa de má fé na prática de tais atos. Por outro lado, os atos dolosos advêm da prática intencional ou proposital do agente a fim de obter o resultado prejudicial a outrem.

Como regra geral, de acordo com o Código Civil, se responsabilidade na relação de preposição, em caso de ato culposo pelo qual o preposto venha a causar dano a terceiro, haverá responsabilidade objetiva da empresa. Já em caso de dolo, o contador responderá, perante terceiros, de forma solidária junto com o titular da empresa, diretores, sócios e administradores (ZACANELLA *apud* SOUZA; PIMENTA, 2013).

Os contadores podem ser responsabilizados administrativa e civilmente pela prática de atos de corrupção contra a administração pública (GIACOMIN; BLEIL; MENDES, 2018), ou até mesmo por lavagem de dinheiro (JUNG, 2007). Vale destacar, entretanto, que, no âmbito das relações consumeristas, os profissionais liberais são responsabilizados de maneira diferente, tendo em vista a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, pelo fato de se estar diante de uma relação de desigualdade formal-material entre os sujeitos, na qual há sempre uma parte em estado de vulnerabilidade, que é o consumidor. Assim, leva-se em conta o brocado *in dubio pro consumidor*, pois procura efetivar a norma que for mais benéfica para o consumidor.

Em virtude de o Código de Defesa do Consumidor ser uma norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológico, é importante frisar que, em caso de colisão com outras normas gerais e especiais anteriores, ela é prevalente (NUNES, 2007).

Vale ressaltar que são dois os fundamentos pelos quais o CDC conferiu, em caráter excepcional, a responsabilidade subjetiva aos mencionados profissionais. Em primeiro lugar, o fato de que os profissionais liberais exercerem, na maioria das vezes, atividades de meio e não de resultado, justo pelo fato de não poderem garantir a perfeição de seus serviços, uma vez que há, diretamente, ligação entre os fatores externos e alheios à sua vontade com os resultados de seus serviços. Em segundo lugar, cita-se a contratação *intuito personae* entre ele e o consumidor nos casos de relação de consumo, configurando uma relação de maior proximidade e confiança entre ambas as partes. Percebe-se, assim, que as relações de consumo envolvendo os profissionais liberais são singulares e, em certo grau, distintas das demais por ensejar um grau de confiabilidade maior e um caráter bem mais personalíssimo (HASHIMOTO, 2016).

Sendo assim, pode-se afirmar que o profissional contábil, quando age como profissional liberal, se encaixa no gênero de fornecedor, pois configura-se como um profissional dotado de capacidade técnica, jurídica e/ou fática para desenvolver uma ou várias atividades dentro da sua área e prestar serviços de natureza

<sup>29</sup> Artigo 1.178. Os preponentes são responsáveis pelos atos de quaisquer prepostos, praticados nos seus estabelecimentos e relativos à atividade da empresa, ainda que não autorizados por escrito. Parágrafo único. Quando tais atos forem praticados fora do estabelecimento, somente obrigarão o preponente nos limites dos poderes conferidos por escrito, cujo instrumento pode ser suprido pela certidão ou cópia autêntica o seu teor.

especializada, estando, assim, submetido à regulamentação instituída pelo Código de Defesa do Consumidor nas relações das quais for partícipe. Como supracitado, quando, contudo, o profissional contábil atuar como preposto sem prestar serviço a terceiros, independentemente de ser subordinado a uma empresa pública ou privada, ele será regulado pelo disposto no parágrafo único do artigo 1.177 do Código Civil, não se configurando relação de consumo, pois os elementos constitutivos da relação consumerista não estão presentes e não há consumidor nem fornecedor nesses casos.

Embora a execução de atividades-meio, nas quais o profissional não pode assegurar o fim de sua própria atividade, seja atribuída como característica dos profissionais liberais, pode haver a prestação de atividades de resultado, isto é, as que não dependem de nenhuma outra circunstância a não ser a capacitação profissional do fornecedor (NUNES, 2017). Assim, pode-se conjugar a *teoria da culpa* com a *teoria do resultado*, a qual permite a inversão do ônus da prova – direito básico do consumidor expresso no artigo 6º, inciso VIII do CDC –, a fim de definir quem deverá prová-lo, dependendo da espécie de atividade. Em caso de atividade de meio, há a possibilidade de inversão; já na hipótese de atividade de resultado, há a inversão automática do ônus da prova (HASHIMOTO, 2016).

Acerca da obrigação de resultado, é “aquela em que o devedor assume a obrigação de conseguir um resultado certo e determinado, sem o que haverá inadimplemento” (CAVALIERI FILHO, 2018). De modo diverso, na obrigação de meio o devedor compromete-se a colocar sua habilidade, técnica, prudência e diligência a fim de atingir um resultado, porém não se vincula a obtê-lo. Enquanto na obrigação de resultado visa-se o resultado em si, na obrigação de meio preza-se pela atividade executada pelo devedor. Na primeira, a culpa contratual é presumida, de forma que, caso seja inadimplente o devedor (fornecedor) e o resultado não seja obtido, este fica obrigado a reparar o dano. Já na segunda, somente se comprovará inadimplemento e dever de indenizar se o credor (consumidor) provar que o resultado não foi atingido porque o obrigado não agiu com a diligência necessária (CAVALIERI FILHO, 2018).

No caso específico do profissional contábil, como exceção à regra dos profissionais liberais apresentada anteriormente, entende-se que a atividade é predominantemente obrigação de resultado. Tem-se em vista que a responsabilidade tanto da entidade empresarial quanto do contador ou do técnico em contabilidade “como profissional liberal de prestação de serviços que se dedicam ao mister de organizar e manter a contabilidade de seus clientes é contratual e de resultado” (MARENTO apud STOCO, 2011), pois executam atividades que se caracterizam como fim. Ao analisar-se a Resolução do CFC nº 560/83, artigo 3º<sup>30</sup>, a qual dispõe sobre as atribuições privativas dos profissionais contábeis, percebe-se que boa parte não depende de outros fatores externos para sua consecução, configurando-se como obrigação de resultado (SANTOS, 2018).

Não obstante, a apuração das responsabilidades dos profissionais liberais continua sendo feita com base no elemento *culpa*, independentemente do fato de ser a obrigação de meio ou de resultado. A diferença é que serão “aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa provada nos casos em que assumem obrigação de meio, e as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida nos casos em que assumem obrigação de resultado” (CAVALIERI FILHO, 2018).

Destarte, pelas teorias mencionadas, caberia exclusivamente ao consumidor provar a culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do profissional liberal se a atividade desenvolvida for de meio. O CDC, contudo, prevê, como direito básico do consumidor, em seu artigo 6º, inciso VIII, a facilitação da defesa dos seus direi-

<sup>30</sup> Artigo 3º. São atribuições privativas dos profissionais da contabilidade: 1) – avaliação de acervos patrimoniais e verificação de haveres e obrigações, para quaisquer finalidades, inclusive de natureza fiscal; 2) – avaliação dos fundos do comércio; 3) – apuração do valor patrimonial de participações, quotas ou ações; 4) – reavaliações e medição dos efeitos das variações do poder aquisitivo da moeda sobre o patrimônio e o resultado periódico de quaisquer entidades; [...] 11) – abertura e encerramento de escritas contábeis; [...] 38) – planificação das contas, com a descrição das suas funções e do funcionamento dos serviços contábeis; 39) – organização e operação dos sistemas de controle interno; [...] 42) – assistência aos conselhos fiscais das entidades, notadamente das sociedades por ações; 43) – assistência aos comissários nas concordatas, aos síndicos nas falências e aos liquidantes de qualquer massa ou acervo patrimonial; 44) – magistério das disciplinas compreendidas na Contabilidade, em qualquer nível de ensino no de Pós-Graduação; 45) – participação em bancas de exame e em comissões julgadoras de concursos, onde sejam aferidos conhecimentos relativos à Contabilidade; 46) – estabelecimento dos princípios e normas técnicas de Contabilidade; 47) – declaração de Imposto de Renda, pessoa jurídica; 48) – demais atividades inerentes às Ciências Contábeis e suas aplicações.

tos, inclusive por meio da inversão do ônus da prova, desde que seja comprovada a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor. Assim, a critério do juiz, fundamentando-se na análise dos requisitos legais, será deferida ou não à inversão do ônus da prova.

Dessa forma, caso haja inversão do ônus da prova, caberá ao profissional provar a não contratação do seu serviço, ou as excludentes de sua responsabilidade previstas no CDC<sup>31</sup>, mostrando que agiu com cuidado, diligência, prudência e atenção na execução de suas tarefas nas relações consumeristas (ANDRADE, 2006).

Em caso de relação de Direito Civil, dispõe o atual Código de Processo Civil, no artigo 373<sup>32</sup>, que o ônus da prova incumbe ao autor quando se tratar de fato constitutivo de seu direito, e ao réu quando existir um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Desta feita, o legislador também adotou a possibilidade de inversão do ônus da prova, de forma que se o juiz verificar que a parte oposta goza de maior facilidade e/ou condições de provar o que aconteceu, o magistrado pode decidir pela inversão do ônus da prova<sup>33</sup>.

## 5 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO CONTADOR

É notória a importância e a recorrência nas discussões das cortes brasileiras, a responsabilidade civil dos profissionais liberais, tendo em vista a amplitude e a gama de situações nas quais aparecem e, dentre as tais, as que configuram a típica relação de consumo.

No que se refere à atividade desenvolvida pelo profissional contábil, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ressaltou que, em regra, corresponde a atividades de resultado, como mencionado: “[...] A obrigação assumida pelo contador, em regra, é de resultado, sendo a responsabilidade subjetiva, com culpa presumida. Ou seja, é do profissional o ônus da prova no sentido de que não agiu com culpa. [...]”<sup>34</sup>.

Ainda nesse seguimento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu pela responsabilidade civil do contador tendo em vista a evidente falha na prestação dos serviços contratados, de forma que o profissional agiu com negligência ao deixar de proceder ao recolhimento das Guias de Informação e Apuração (GIA) de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), o que culminou na inscrição do cliente (consumidor) em dívida ativa<sup>35</sup>.

O autor (consumidor) contratou os serviços do réu (contador) para proceder à abertura de uma empresa. Em razão, contudo, do fato de o local alugado não possuir o *habite-se*<sup>36</sup>, não houve a concessão do alvará de localização, o que impossibilitou que a empresa do autor fosse enquadrada no Sistema do *Simples Nacional*, sendo obrigada, por isso, a informar GIA mensal de ICMS.

Nesse ínterim, ao que consta no relatório, houve falha na prestação dos serviços contábeis, uma vez que o réu não informou as GIAs mensais e a empresa do autor foi inscrita na dívida ativa. O relator fundamenta-se na responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais fixada no artigo 14, §4º, do CDC, e aduz que, em virtude de a obrigação assumida pelo contador ser, em regra, de resultado, prevalece ao profissional a responsabilidade subjetiva com culpa presumida, restando ao contador o ônus da prova.

<sup>31</sup> Artigo 12, §3º. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

CDC. Artigo 14, §3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

<sup>32</sup> Artigo 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.

<sup>33</sup> Artigo 373, § 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

<sup>34</sup> TJ – RS – AC: 70057392391 RS, Relator: Eduardo Kraemer, Data de Julgamento: 23/6/2016, Décima Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/6/2016. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/355268686/apelacao-civel-ac-70057392391-rs?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 abr. 2019.

<sup>35</sup> TJ – RS – AC: 70057392391 RS, Relator: Eduardo Kraemer, Data de Julgamento: 23/6/2016, Décima Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/6/2016. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/355268686/apelacao-civel-ac-70057392391-rs?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 abr. 2019.

<sup>36</sup> Documento emitido pela Prefeitura atestando que o imóvel está pronto para uso.

Por fim, conclui-se que era obrigação do réu, na qualidade de contador, estar atento às normas contábeis e financeiras, a fim de enquadrar a empresa do autor, seu cliente, na correta sistemática do recolhimento dos tributos. Por não o ter feito, agiu com negligência e é responsabilizado pelos prejuízos decorrentes.

Vale destacar, por fim, que o Tribunal de Justiça do Sergipe decidiu pela responsabilização de contadora que, na relação de consumo, cometeu ato ilícito (conduta abusiva), não agindo de boa-fé quando não informou claramente sobre as custas do serviço, desrespeitando os direitos básicos expressos no Código de Defesa do Consumidor, principalmente o do artigo 6º, inciso III, que garante ao consumidor informação adequada e clara, de forma que culminou em uma extrema desvantagem para o consumidor<sup>37</sup>.

O caso narra uma relação consumerista na qual atua em um polo uma consumidora em situação de fragilidade e, no outro, uma contadora contratada para calcular o valor da rescisão do contrato de trabalho da autora.

De acordo com o relatório, a contadora agiu de má-fé quando reteve 73% das verbas rescisórias da autora, justificando que seriam seus honorários. Não há nos autos, contudo, contrato escrito de prestação do serviço em que constaria a informação precisa e clara sobre os valores devidos e o serviço a ser efetuado, ferindo, assim, um dos direitos básicos do consumidor de informação adequada e clara.

A relatora fundamenta-se no artigo 6º, inciso III, do CDC, para afirmar que houve violação dos direitos do consumidor, bem como no artigo 51<sup>38</sup>, do mesmo dispositivo, para lembrar que a prática é abusiva, pois são nulas as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações iníquas abusivas, que sejam exageradamente desvantajosas para o consumidor ou contradigam a boa-fé ou a equidade. Ora, mesmo que o contrato feito pelas partes tenha sido oral, é evidentemente abusiva e extremamente desvantajosa a cobrança de 73% do valor ao qual fazia jus a autora, bem como configura-se ato atentatório à boa-fé que deve nortear as relações jurídicas.

Por fim, além de ter sido retido um valor absurdo pela ré, destaca a relatora que a verba proveniente de rescisão trabalhista tem natureza alimentar, decidindo pela responsabilidade da contadora e condenação ao pagamento de indenização no valor de R\$ 2.000,00, com juros de mora de 1% ao mês e, ainda, a devolução da quantia que exceder o valor de 20% das verbas rescisórias, sendo essa porcentagem de 20% o valor devido pela prestação do serviço. Finalizando, ressalta que não cabe aplicação do artigo 42, parágrafo único do CDC<sup>39</sup>, que versa acerca do caso de cobrança indevida, na qual o consumidor tem direito à devolução do valor excedente em dobro, pelo fato de que houve a prestação do serviço, não caracterizando a cobrança indevida a que se refere o dispositivo, e, sim, uma cobrança acima do razoável.

## 6 CONCLUSÃO

Sabe-se que o instituto da responsabilidade civil passou por grandes modificações ao longo do tempo, desde a ideia de autotutela ou vingança, com predomínio da Lei do Talião (“olho por olho e dente por dente”) até a intervenção do Estado, tomando para si a função de realizar justiça imparcialmente. Essa intervenção foi introduzida com o instituto da responsabilidade civil objetiva, e, posteriormente, com a adoção, pelo Código Napoleônico, do elemento *culpa* como pressuposto de responsabilização civil.

Atualmente, o Código Civil adota tanto a responsabilidade civil objetiva, baseada na *teoria do risco*, quanto a responsabilidade civil subjetiva, fundamentada na culpa do agente, sendo essa última consolidada como regra no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>37</sup> TJ-SE – AC: 00189275820118250001, Relator: Roberto Eugenio da Fonseca Porto, Data de Julgamento: 19/3/2013, 1ª Câmara Cível. Disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661641336/apelacao-civel-ac-189275820118250001/inteiro-teor-661641341?ref=juris-tabs>. Acesso em: 9 ago. 2019.

<sup>38</sup> Artigo 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

<sup>39</sup> Artigo 42. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

No que se refere, contudo, à legislação aplicável às relações consumeristas, a Constituição Federal, bem como os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) trouxeram previsão de uma legislação protecionista à parte, o que foi cumprido com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), instituído pela Lei nº 8.078/90, norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológico, que prevalece sobre quaisquer normas que colidirem com ela, salvo a Constituição Federal.

Vale ressaltar que, diferentemente do Código Civil, o CDC adota como regra a responsabilidade civil objetiva, tendo em vista a sua intenção de reestabelecer o equilíbrio das relações de consumo, protegendo o consumidor, em razão de seu estado de vulnerabilidade. O Diploma legal traz, entretanto, uma exceção quanto aos profissionais liberais em seu artigo 14, §4º, que os responsabiliza subjetivamente, dependendo da comprovação do elemento *culpa*.

Dessa forma, para que haja responsabilização civil é necessário estar presente não só o ato ilícito praticado pelo agente, mas, do mesmo modo, os pressupostos basilares da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta humana danosa (ação ou omissão), o dano (moral ou patrimonial), a culpa *lato sensu* (culpa *stricto sensu* ou dolo) e o nexo causal entre o dano e a ação.

Destaca-se que o elemento culpa somente será necessário quando se tratar de responsabilidade civil subjetiva, isto é, nos casos em que a conduta do agente advir de imprudência, negligência ou imperícia. Ocorre, todavia, que a responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar podem ser afastados em casos específicos de excludentes de responsabilidade, isentando o agente da reparação do dano causado.

No que se refere à responsabilidade civil nas relações consumeristas, o Código de Defesa do Consumidor traz a responsabilidade civil objetiva a respeito de fato e vínculo do produto ou serviço. É excetuada, entretanto, a responsabilização do profissional liberal, a qual se dá de maneira subjetiva/pessoal, dependendo da comprovação de culpa do agente.

Nestes termos, para que se configure uma relação jurídica de consumo é necessário que se identifique os sujeitos (em um polo o fornecedor e no outro o consumidor) e o objeto da relação (produtos ou serviços), de acordo com as definições dos artigos 2º e 3º do CDC.

Com base nisso, caso o contador e seu contratante não estejam na condição de fornecedor e consumidor respectivamente, a relação estabelecida entre eles não será de consumo e restará regulamentada pelo Código Civil, com base nos artigos 1.177 e 1.178, que dispõem acerca do contabilista e auxiliares.

Por outro lado, diante do exposto, se identificados os elementos constitutivos – fornecedor, consumidor e objeto (produto ou serviço) –, a relação existente entre o contador e o cliente diz respeito a uma relação de consumo, na qual há uma contratação *intuito personae* entre ele e o consumidor, o que confere uma maior proximidade e confiança entre ambas as partes, de forma que estes se subordinam às normas do Código de Defesa do Consumidor. Estando o contador na qualidade de profissional liberal, se sujeita à responsabilidade civil subjetiva, respondendo pessoalmente pelos danos ou ameaça de danos que venha a dar causa, ficando imposto ao profissional contábil o ônus da prova, ou seja, a incumbência de mostrar que agiu com cuidado, diligência, prudência e atenção na execução de suas tarefas.

## 7 REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Maria Gonçalves de. *Responsabilidade civil no CDC*: a responsabilidade civil do profissional liberal perante o CDC. 2006. 47 f. Monografia (Especialização) – Universidade Cândido Mendes, Curso de Pós-Graduação “Lato Sensu” em Ciência Jurídica, Rio de Janeiro, 2006.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de; SILVA, Juliana Pereira da (coord.). *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.
- BRASIL. *Conselho Federal de Contabilidade (CFC)*. Criado e regido pelo Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946a. Disponível em: [cfc.org.br](http://cfc.org.br). Acesso em: 15 out. 2019.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946*. Cria o Conselho Federal de Contabilidade, define as atribuições do Contador e do Guarda-livros, e dá outras providências. 1946b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Decreto-Lei-9295.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Decreto-Lei-9295.htm). Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. *Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp123.htm). Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 6.404, de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm). Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm). Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007. Altera e revoga dispositivos da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e da Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e estende às sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11638.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11638.htm). Acesso em: 9 ago. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Civil*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 1.

CORTEZ, Maria Cristina de Oliveira; LONARDONI, Mário. A responsabilidade civil do contabilista: aspectos legais dos atos e omissões praticados no exercício da profissão. *Enfoque: Reflexão Contábil*. v. 25, n. 1, jan./abr. 2006.

DORNELES, Joaquim Luiz Rodrigues; BARICELLO, Stefania Eugenia. A responsabilidade civil do contabilista após o Novo Código Civil Brasileiro. *Revista Eletrônica de Contabilidade (descontinuada)*, Universidade Federal de Santa Maria, v. 1, n. 1, p. 32-48, 2004. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5902/198109465787>.

FONSECA, Blenda Lara Carvalho. *Responsabilidade civil do contador no exercício de sua função: uma análise com foco nos artigos 1.177 e 1.178 do Código Civil*. 2017. 46 f. Trabalho (Conclusão de Curso) – Universidade de Brasília, UnB, Curso de Ciências Contábeis, Brasília, 2017. Disponível em: [http://bdm.unb.br/bitstream/10483/19475/1/2017\\_BlendaLaraCarvalhoFonseca.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/19475/1/2017_BlendaLaraCarvalhoFonseca.pdf). Acesso em: 20 abr. 2019.

FRANCO, Liliam Farias; CARDOSO, Jorge Luis. Responsabilidade civil e penal do profissional contábil. *ConTexto*, Porto Alegre, v. 9, n. 15, p.1-1, jan. 2009. Semestral. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/ConTexto/article/view/11332/6705>. Acesso em: 28 abr. 2019.

GIACOMIN, Juciléia; BLEIL, Claudecir; MENDES, Jucilene. O combate à corrupção no Brasil e a responsabilidade dos contadores: um estudo sobre a percepção da classe contábil do RS sobre a Lei 12.846/2013 e a Norma Noclár. *Revista de Informação Contábil*, v. 12, n. 2, p. 16-33, abr./jun. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. V. 4.

HASHIMOTO, Mariana Akemi Marques. *A responsabilidade civil dos profissionais liberais aspectos fundamentais do instituto da responsabilidade civil à luz do Código Civil e Código de Defesa do Consumidor*. 2016. 73 f. Trabalho (Conclusão de Curso Bacharel em Direito) – Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2016. Disponível em: <https://servicos.toledo.br/repositorio/bitstream/7574/608/1/Mariana%20Akemi%20Marques%20Hashimoto%20-%20A%20RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20DOS%20PROFISSIONAIS%20LIBERAIS.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2019.

JUNG, Luiz Willibaldo. Lavagem de dinheiro e a responsabilidade do contador. *Revista Catarinense da Ciência Contábil*, v. 6, n. 17, abr./jun. 2007.

LEGISLAÇÃO DA PROFISSÃO CONTÁBIL. Conselho Federal de Contabilidade. 3. ed. Brasília: CFC, 2008. 276 p. Disponível em: <http://portalcfc.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2012/11/legislacao.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2019.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2001.

SANTOS, Guilherme Craus. *A responsabilização civil do contabilista em seu exercício profissional*. 2018. 68 f. Trabalho (Conclusão de Curso de Direito) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2018. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/bits-tream/fdv/520/1/GUILHERME%20CRAUS%20SANTOS.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2019.

SILVA, Michael César; SANTOS, Wellington Fonseca dos. O direito do consumidor nas relações de consumo virtuais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, p. 261-281, 2012. Trimestral. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496589/000952705.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 abr. 2019.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUZA, Claudia Márcia. *Responsabilidade civil do contador*. 2017. 23 f. Trabalho (Conclusão de Curso de Ciências Contábeis) – Centro Universitário do Cerrado, Patrocínio, MG, 2017. Disponível em: <http://www.unicerp.edu.br/ensino/cursos/contabeis/monografias/20172/RESPONSABILIDADECIVILDOCONTADOR.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

SOUZA, Daniele Gomes de; PIMENTA, Clóris Patricia. Responsabilidade civil e ética do profissional contador. *Revista Científica Smg*, v. 1, n. 2, p. 38-58, 2013.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. V. único.

## AS FORÇAS ARMADAS: Sua Relação com a Democracia e os Direitos Humanos

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.118-131>

Recebido em: 20/8/2019

Modificações solicitadas em: 26/5/2020

ACEITO em: 21/6/2020

***Filipe Cortes de Menezes***

Autor correspondente. Universidade Tiradentes – Unit. R. Lagarto, 236 – Centro. CEP 49010-390. Aracaju/SE, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/8678020645548454>. <https://orcid.org/0000-0002-0487-7614>. [filipe\\_cortes@yahoo.com.br](mailto:filipe_cortes@yahoo.com.br)

***Fran Espinoza***

Universidade Tiradentes – Unit. Aracaju/SE, Brasil.

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo reinterpretar os postulados basilares das Forças Armadas (hierarquia e disciplina) de acordo com as principais noções de democracia e dos direitos humanos numa perspectiva crítica e contra-hegemônica. Para tanto, busca-se responder à seguinte pergunta: Qual o papel institucional das Forças Armadas em um regime democrático e sob uma perspectiva crítica de direitos humanos mediante análise da concepção acerca dos princípios da hierarquia e disciplina? A metodologia utilizada consistiu em um estudo qualitativo por meio de revisão bibliográfica dos conceitos de direitos humanos, democracia e sua relação com as Forças Armadas no Brasil, em especial na releitura das suas premissas básicas: hierarquia e disciplina. Com o artigo consegue-se sistematizar o significado de democracia, direitos humanos e, principalmente, relacioná-los com as Forças Armadas, permitindo uma nova perspectiva crítica de abordagem à instituição.

**Palavras-chave:** Brasil. Forças Armadas. Direitos humanos.

**THE ARMED FORCES: THEIR RELATIONSHIP WITH DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS**

### ABSTRACT

This paper aims to reinterpret the basic postulates of the Armed Forces (hierarchy and discipline) according to the main democratic and human rights fundamentals in a critical and counter-hegemonic perspective. Thus, we seek to answer the following question: What is the institutional role of the Armed Forces in a democratic regime and under a critical perspective of human rights, by analysing the conception of the principles of hierarchy and discipline? The methodology used consisted of a qualitative study through a bibliographical review of the concepts of human rights, democracy and their relationship with the Armed Forces in Brazil, especially in the review of its basic premises: hierarchy and discipline. The paper makes it possible to systematize the meaning of democracy, human rights and, mainly, to relate them with the Armed Forces, allowing a new critical perspective to approach the institution.

**Keywords:** Brazil. Armed forces. Human rights.

### SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 Democracia e direitos humanos. 2.2 Democracia e Forças Armadas. 2.3 Hierarquia, disciplina e direitos humanos no Brasil. 3 Conclusão. 4 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A análise do conceito de direitos humanos não pode ser instituída de forma desatrelada de um determinado contexto histórico, constituindo-se como uma realidade dinâmica, em constante alteração, pois decorre de um processo contínuo de lutas sociais. Seguem, no mesmo sentido, o estudo da democracia e a reflexão do papel das Forças Armadas neste regime, sobremodo contextualizadas numa perspectiva crítica de direitos humanos em consideração à realidade social e cultural do país.

Em decorrência desta diversidade e não obstante a variabilidade do conceito de democracia, de sorte a existir uma pluralidade de regimes correlatos, é possível a fixação de critérios mínimos de compreensão do que seja aquele regime, assim como direitos humanos, no prisma ora abordado.

Torna-se, assim, plenamente possível entender as Forças Armadas no Brasil por meio de suas características basilares, sua interação com a realidade política e social da nação, bem como por meio de uma reflexão sobre as premissas constitutivas dos direitos humanos, enquanto um processo permanente de luta por reconhecimento de pautas coletivas.

Dentre as características básicas da instituição em exame, ressaltam-se a hierarquia e a disciplina. No contexto do regime democrático, contudo, em especial naquele permeado por uma dinâmica de direitos humanos concretizadores das pautas coletivas dos grupos sociais, faz-se mister a sua ressignificação. Uma das bases do estudo crítico de direitos humanos e democracia é a necessária observância da dignidade das minorias e do reconhecimento das suas lutas sociais, que não podem ser invisibilizadas, esquecidas.

Desta forma, no presente artigo buscar-se-á, a partir de uma abordagem teórica do que seja democracia e direitos humanos com base nos principais aportes atinentes ao enfoque adotado por Fishkin (2015) e Honneth (2009), reinterpretar os postulados basilares das Forças Armadas (hierarquia e disciplina) de acordo com as principais noções de democracia e direitos humanos numa perspectiva crítica e contra-hegemônica, a fim de responder à seguinte pergunta: Qual o papel institucional das Forças Armadas em um regime democrático e sob uma perspectiva crítica de direitos humanos mediante revisão da concepção acerca dos princípios de hierarquia e disciplina?

Na primeira parte do trabalho serão fixadas as premissas do que sejam democracia e direitos humanos, compreendidos numa perspectiva crítica. Na segunda parte abordar-se-á a ligação entre democracia e Forças Armadas no Brasil. Na terceira parte cuidar-se-á da relação entre hierarquia, disciplina e direitos humanos no país. Por fim, serão apontados os principais resultados do trabalho.

A metodologia utilizada consistiu em um estudo qualitativo por meio de revisão bibliográfica dos conceitos de direitos humanos, democracia e sua relação com as Forças Armadas no Brasil, em especial na releitura das suas premissas base: hierarquia e disciplina. Entendidas sob um prisma clássico, a hierarquia e a disciplina têm relação de sujeição, autoridade, do superior sobre o inferior (MORGAN, 1996, p. 28), como postura de acatamento de ordem proferida por autoridade. No artigo busca-se adotar uma concepção diversa, à luz de uma perspectiva crítica e contra-hegemônica de democracia (DAHL, 2016; FISHKIN, 2015; LIJPHART, 2019) e direitos humanos (DUSSEL, 1995; HONNETH, 2009), de sorte a responder à problemática posta.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 Democracia e direitos humanos

Pluralidade, diversidade e contextualização são palavras-chave para se entender o fenômeno democrático, assim como a temática dos direitos da humanidade, aqui entendida sem qualquer ligação com gênero, etnia ou demais características individuais, compreendida, portanto, enquanto atrelada a determinado contexto histórico. O ser humano singular, dotado de peculiaridades, diferenças, características próprias, possui a aptidão natural de interação com os outros, processo no qual deve ocorrer um equilíbrio. Este, nas relações humanas, implica imperiosa necessidade de tratar o outro com igual respeito e consideração, o que importa em não violar o seu âmbito de proteção jurídica e social.

A concepção do que seja democracia altera-se de forma dinâmica enquanto processo de afirmação de determinado povo, visando à garantia dos seus direitos essenciais, elementares e fundamentais, conquistados ao longo da história (SILVA, 2016, p. 128). Não se pode falar em apenas uma forma de democracia, mas sim em várias maneiras, modelos, de esta ser implementada, citando-se, exemplificativamente, o estudo que identificou pelo menos 36 tipos diversos de regime democrático (LIJPHART, 2019, p. 76).

Existem, contudo, algumas linhas delineadoras mínimas para se compreender um regime democrático, entendido como aquele que possibilita: a) participação real, efetiva; b) isonomia de voto; c) entendimento esclarecido; d) controle do planejamento; e) inclusão máxima de indivíduos. Estes critérios são relevantes a fim de que “(...) se os membros (por mais limitado que seja seu número) forem politicamente iguais para determinar as políticas da associação. Em outras palavras, quando qualquer das exigências é violada, os membros não serão politicamente iguais (...)” (DAHL, 2016, p. 50). Tais premissas permitem uma reflexão diferenciada sobre diversos regimes e formas de classificação, prismas de compreensão acerca do regime democrático. Neste contexto, por exemplo, insere-se a diferenciação entre democracia ideal e democracia procedural.

A democracia procedural pode ser entendida como aquela que define previamente as regras do jogo para os agentes sociais em conflito, ou seja, as regras de decisão bem como as instituições legitimadas para adotar a resolução das questões postas. Em outras palavras, entende-se tal democracia formal como “(...) caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais *procedimentos* (...)” (BOBBIO, 2015, p. 35).

Sob o mesmo viés conceitual de democracia, isto é, aquela pautada num conjunto de regras preestabelecidas pelos agentes em disputa, podemos apontar, ainda, a seguinte conceituação:

A democracia política moderna é um sistema de governo no qual governantes são responsabilizados pelos cidadãos por suas ações na esfera pública, agindo diretamente por meio de competição e cooperação de seus representantes eleitos (DIAMOND, 2017, p. 31).

A democracia procedural enaltece as instituições e o aparato burocrático estatal, em detrimento da atuação do indivíduo, membro da coletividade, que teria uma participação política mitigada.

Relacionada instrumentalmente à concepção anterior, apresenta-se a democracia representativa, uma vez que, por meio desta, o papel dos agentes políticos, integrantes da máquina política estatal, eleitos enquanto representantes do povo, é igualmente ressaltado. Cabe frisar, contudo, que, apesar da compreensão no contexto do tema democracia ter sido consolidada no regime estadunidense, a representação em si tem uma origem não democrática, tendo surgido na Idade Média (DAHL, 2016, p. 118-119).

Já a democracia, considerada por alguns como ideal, material, consistiria no cenário em que se garantissem efetivamente uma participação popular nas discussões das questões públicas, não sendo o aparato estatal, por meio dos agentes políticos, o principal ator da discussão, mas, sim, o próprio povo. Atrelado ao conceito de democracia ideal está, como percebido, o de participação, a qual deve ser executada de forma qualitativa, aspecto sobre o qual é pertinente a seguinte colocação:

Podemos falar sobre a *qualidade* de um processo deliberativo levando em consideração cinco condições: a) *Informação*: Até que ponto foi disponibilizado aos participantes o acesso a informações razoavelmente precisas que eles acreditam ser relevantes para o assunto; b) *Equilíbrio substantivo*: Até que ponto os argumentos de um ponto de vista são respondidos por pessoas que têm outro ponto de vista; c) *Diversidade*: Até que ponto as principais opiniões públicas são representadas por participantes na discussão; d) *Consciência*: Até que ponto os participantes ponderam o mérito dos argumentos; e) *Consideração igualitária*: Até que ponto os argumentos oferecidos por todos os participantes são considerados por seus méritos, independente de quais participantes os apresentaram (FISHKIN, 2015, p. 50).

Os defensores do modelo democrático representativo acreditam que os agentes políticos eleitos teriam melhores condições de deliberar e decidir as questões públicas, enquanto os partidários do regime participativo compreendem a imperiosa necessidade de o povo ser agente da discussão e não mero destinatário, uma vez que “(...) é o povo que precisará viver com a escolha das políticas. Ele precisa viver com os prós e contras. Por que não consultá-lo acerca das políticas com as quais ele terá que viver? (...)” (FISHKIN, 2015, p. 99).

Desta forma, sobremodo no estudo das Forças Armadas, como se pontuará adiante, não se pode, de forma reducionista, limitar-se a uma compreensão do regime como aquele que submete os cidadãos a instituições pré-constituídas na forma de regras preestabelecidas, dentre os quais os integrantes daquelas forças; mesmo porque tais normas possuem um conteúdo dinâmico, influenciado por um contexto histórico, e não como uma entidade abstrata, estática e preconcebida.

O regime democrático, enquanto ambiente político de discussão no qual são resolvidos, de forma pacífica, os conflitos entre os diversos atores sociais mediante formulação de consensos temporários, possui o conflito como característica que lhe é ínsita:

Nesse ponto seguimos também a Marilena Chauí (1989; 1990; 2002; 2003), que com sua habitual lucidez argumenta que o conflito é o eixo central ou o coração do regime democrático. Para a filósofa brasileira, o traço principal que caracteriza a política, e em especial a política democrática, é precisamente a legitimidade e a necessidade do conflito (VITULLO, 2007, p. 59).

Como supracitado, a democracia pode ser apontada como o regime em que se permite a convivência pacífica entre diferentes visões de mundo, no qual o conflito, ínsito à divergência, é resolvido de forma pacífica, não violenta, por meio do diálogo, convencimento, respeito e consideração.

Os direitos humanos, da mesma maneira, não podem ser compreendidos como temática com um único significado, mas, sim, com múltiplos e diversos, atrelados à riqueza da história social, que reconhece as lutas sociais, respeitadora da dignidade do ser humano.

O respeito e a concretização da dignidade requerem a adoção de uma ética emancipatória dos direitos humanos por meio de uma transformação social, a fim de que cada pessoa exerça plenamente suas potencialidades, sem violação e discriminação; uma postura que entende no outro um ser merecedor de igual consideração e respeito.

Os direitos humanos não traduzem uma história linear, uma causa perdida, todavia, consistem num registro de combate, por meio de processos que consolidam locais de luta pela dignidade humana (PIOVESAN, 2017, p. 364).

Os direitos humanos não devem ser compreendidos na análise da temática contextual das Forças Armadas como um produto pronto, acabado e meramente internalizado, importado do exterior, mas, sim, fruto de um constante diálogo entre culturas disípares de vários povos, sem olvidar-se os dramas sociais de cada população e o histórico de exploração por que passaram especialmente os povos colonizados.

Os direitos humanos precisam ser enxergados, portanto, mediante uma análise crítica (contra-hegemônica) que reage a uma tentativa internacional, do mercado global, de imprimir uma versão hegemônica daqueles.

Em outras palavras, busca-se uma hermenêutica da libertação, que permite a um povo culturalmente dominado e explorado enxergar a realidade de forma diversa, não atrelada a uma visão externa considerada padrão, ditada, principalmente, por países detentores do poder financeiro global. Sobre tal forma de interpretação diversa, no estudo do contexto da América Latina verifica-se o seguinte posicionamento:

Em outras palavras, quando a filosofia de Ricoeur pareceria estar terminando o seu trabalho, só então começa o da filosofia da libertação. Suas perguntas são: Será que uma pessoa dominada terá condições de “interpretar” o “texto” produzido e interpretado ‘dentro-do-mundo’ do dominador? E, dentro de que condições subjetivas, objetivas e hermenêuticas, textuais etc. poderá ser realizada “adequadamente” essa interpretação? Para a autora Salazar Bondy, em sua obra *Existe uma filosofia em América Latina?* a resposta é a negativa: não é possível filosofar dentro de uma situação como esta! Mas para nós sim, que tomamos como ponto de partida uma Filosofia da Libertação, isso é possível, mas somente no caso de o leitor, intérprete ou filósofo estarem comprometidos com um *processo prático* de libertação: tudo isso resume, exatamente, o tema de uma filosofia e de uma ética de libertação (DUSSEL, 1995, p. 31).

Por meio da forma supradestacada de compreensão dos direitos humanos, permite-se uma maior participação da população que, tomando consciência das suas necessidades, passa a assumir a responsabilidade pela resolução dos problemas coletivos, sentindo-se agente e não mera destinatária de direitos, não submissa, portanto, ao comando das instituições e elites, como as Forças Armadas, mas, ao revés, como fator influenciador e ressignificador destas.

Cuida-se de bem entender a relação de poder existente na sociedade, que não pode ter a acepção meramente destrutiva, de submissão, mas também ser considerado um fator construtivo. Este fator não é somente repressivo, mas igualmente constitui uma força que produz coisas, induz ao prazer, concretiza discursos, devendo ser “(...) como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir (...)” (FOUCAULT, 2018, p. 45).

Justamente por intermédio de um processo contínuo de reconhecimento de pautas coletivas, em especial por meio de lutas sociais, numa perspectiva crítica de direitos humanos que não se distancie do fator criativo e dinâmico da realidade social, deve-se analisar a luta social como resultante de uma pauta assumida por uma coletividade na qual as experiências individuais de respeito são assumidas por todo um grupo. Serve como força matriz a uma exigência pelo reconhecimento. Neste ponto

deve ser entendido por luta social no contexto de nossas considerações: trata-se do processo prático no qual as experiências individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro, de forma que elas podem influir, como motivos diretores da ação, na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento (HONNETH, 2009, p. 257).

No mesmo sentido, o direito constitucional, enquanto instrumento capaz de positivar as pautas de direitos humanos, seja em reconhecimento das lutas sociais dos grupos nacionais, seja como fruto de internalização de regras provindas do sistema internacional (no Brasil, por meio do artigo 5º, §§2º e 3º, da Constituição de 1988), numa perspectiva crítica de diálogo entre os povos, deve ser compreendido não como um fim da discussão, mas apenas como um dos fatores.

É essencial, ainda, destacar a importância do equilíbrio entre o Estado de direito e a democracia, pois o excesso desta não pode enfraquecer aquele e vice-versa. Há também uma relação entre o Direito e a Política, não estando os procedimentos constitucionais aptos a impedir esta relação (NEVES, 2009, p. 76).

Ademais, conceitos como democracia e direitos mantêm uma relação intrínseca. A existência dos direitos humanos pressupõe a da democracia, sendo esta o regime mais compatível com a proteção daqueles. Atualmente, 140 Estados-Nação realizam eleições periódicas, entretanto apenas 82 são considerados plenamente democráticos (57% da população mundial), e em 1985 essa era a realidade em somente 44 Estados (38%). Um regime democrático precisa ser “(...) baseado em eleições limpas e institucionalizadas (...)” (O'DONNELL, 2013, p. 28).

Traçadas estas noções preliminares de democracia e direitos humanos, passemos a discorrer agora sobre a relação entre aquele regime e as Forças Armadas no Brasil, para, em seguida, principiar-se a análise dos fatores basilares de hierarquia, disciplina e os direitos humanos no país.

## 2.2 Democracia e Forças Armadas

O regime democrático, como abordado no item anterior, possui vários modelos e formas de efetivação, não se podendo cogitar uma aplicação preconcebida-estática, e, sim, um sistema dinâmico que interage com a realidade histórica, social e econômica de determinada nação.

Esta acepção histórica leva em consideração justamente os fatores efetivos, reais, que influenciam na sua configuração e consolidação em determinado país; igual premissa a se adotar na análise da norma constitucional, por meio da qual se internaliza ou formaliza o reconhecimento de direitos humanos, assim como são expressas as diretrizes básicas da democracia e o funcionamento das suas instituições, dentre as quais as Forças Armadas.

A Constituição Federal apresenta-se como elemento de consolidação das normas políticas e jurídicas que regem determinada sociedade, um documento limitador e norteador das condutas dos gestores do poder.

Por meio da norma constitucional, os princípios e valores basilares de uma nação são estabelecidos como resultados do consenso máximo no jogo da discussão política, ainda que não destoem do caráter provisório destes, o que é demonstrado, no caso da Carta Política, pela possibilidade de alterações por intermédio de Emendas.

Neste ponto, considerando a importância e o impacto da constituição de determinada nação, convém analisar como certo documento político-jurídico é elaborado, e, principalmente, ter consciência acerca das forças que concretizam as balizas nele consignadas. Tal visão há muito foi observada pela doutrina:

Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do poder; a *verdadeira* Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social; eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar (...) (LASSALLE, 2016, p. 45).

A adequada análise constitucional e, consequentemente, de determinado sistema jurídico não deve se ater a uma verificação exclusivamente formal, técnico-jurídica, sendo igualmente relevante identificar os fatores reais de poder que influenciam na elaboração e concretização dos valores balizadores de determinada sociedade, sobretudo os positivados na constituição.

Os fatores reais de poder, assim, são as instituições e grupos sociais que têm influência sobre as condutas da sociedade, de forma direta ou por meio dos representantes eleitos de determinada nação. Neste ponto, o presente artigo aborda o exército como integrante das Forças Armadas na análise histórica da república brasileira e da democracia, um dos fatores determinantes na delimitação do seu perfil e do sistema democrático.

As Forças Armadas, desde a proclamação da República, e sob uma visão de retrospectiva nacional, apresentam-se como instituição que sempre esteve próxima ao poder, notadamente da gestão do chefe da administração pública, ora viabilizando, como no caso da própria proclamação da República e dos primeiros gestores militares, ora participando de golpes, como no Estado Novo em favor do chefe do poder, ora ainda a fazendo contra o gestor, no caso da destituição de Vargas em outubro de 1945 e em 1964 contra João Goulart.

A mencionada instituição castrense, neste ponto, nunca deixou de possuir alguma relação de proximidade com a política, sempre influenciando-a em alguma medida. Inclusive, como mais bem se pontuará doravante, dentro da própria instituição correntes formaram-se na discussão dos temas nacionais, com a existência, em determinado momento, dos ditos de “esquerda” e de “direita”. Com efeito:

Revoltas militares aconteceram em todo o período da República Velha, aliás, a República em si é fruto de um golpe militar, mas já encontrava entre as instituições armadas um leque de influências políticas, à esquerda e à direita, quanto esses conceitos não fossem operacionalizados como entendemos contemporaneamente no pensamento político (BARBOSA, 2018, p. 25).

O exército, na análise da história republicana brasileira, estaria inserido como um dos fatores que determinaram a organização do Estado ao longo do século 20. A instituição castrense, por exemplo, esteve na gestão da presidência da República por quase cinco décadas, abrangendo dois momentos de regime autocrático-totalitário: um no Estado-novo e outro na ditadura iniciada em 1964.

A proclamação da República contou com a intensa e decisiva participação dos membros das Forças Armadas, por meio de movimento organizado pelos comandantes sob a liderança do marechal Deodoro da Fonseca e com forte atuação política dos militares.

No Brasil, ao contrário de outros países, a República, oficializada em 1889, não foi conquistada pela população por meio de movimento revolucionário naquele momento temporal, originando-se de instituições e acordos das elites, dentre as quais o exército.

Pode-se compreender a República brasileira, assim, enquanto consequência da reorganização das forças dirigentes da nação, e não como decorrente de uma consciência coletiva acerca das questões nacionais. O Decreto nº 01 de 15 de novembro de 1889, apesar disso, traz expressa, no seu artigo 7º<sup>1</sup>, a previsão de superveniente manifestação popular, o que somente veio a ocorrer em 21 de abril de 1993 por força da Emenda Constitucional nº 02/1992, no artigo 2º do Ato das disposições Constitucionais Transitórias da atual Carta Política.

A influência da instituição castrense na República prosseguiu com a realização de diversos movimentos políticos e históricos nos países envolvendo militares ou ex-militares. A exemplo disto, podemos citar os movimentos tenentistas e constitucionalistas bem como o Estado novo, a primeira ditadura do país.

A atuação das corporações militares se deu também com a participação de diversos membros do exército em pleitos eleitorais para a presidência. Ou, ainda, com a participação direta em movimentos sociais, como o movimento tenentista e a intentona comunista, os quais tiveram militares ou ex-militares envolvidos, podendo-se citar Luiz Carlos Prestes como exemplo emblemático e apontar ainda o seu maior opositor, Getúlio Vargas, igualmente ex-militar.

O ser humano, enquanto ser social, necessita de interação com os demais membros da coletividade, a fim de melhor desenvolver sua personalidade, bem como contribuir no desenvolvimento do grupo a que pertence. O soldado, enquanto pessoa cidadã, está naturalmente no seio de um corpo coletivo, com o qual interage, não se podendo exigir uma postura que lhe seja totalmente apolítica, sendo importante, sobretudo no contexto democrático, permitir-lhe uma postura cidadã.

A noção de vida ativa, ou melhor *vita activa*, inclusive no exercício da adequada e crítica cidadania, perpassa pelo reconhecimento e assunção desta obrigação geral do indivíduo perante o corpo social no qual se encontra inserido. Neste sentido, a filósofa Hannah Arendt (2017) muito bem observa que a qualidade da ação é a única atividade humana condicionada à vida em sociedade (p. 27).

A participação ativa de membros das forças armadas na vida política brasileira teve, por consequências inerentes, a diversidade de posições ideológicas também dentro da instituição, com a existência de grupos com posições por vezes antagônicas.

O grupo militar considerado “conservador”, de “Direita”, era organizado numa linha liberal, alinhada com os Estados Unidos, nominada por alguns como “entreguistas”. Neste alinhamento foram feitos acordos de abertura com o mercado Americano, e a Política Brasileira deveria estar alinhada com o mesmo.

Neste grupo estiveram oficiais da Força Expedicionária Brasileira (FEB), que tiveram treinamento naquele país estrangeiro e ajudaram a fundar a Escola Superior de Guerra (ESG) e a Academia das Agulhas Negras. Acerca da relação entre parte das Forças Armadas e aquele país estrangeiro, expõe-se:

A aproximação ideológica entre militares brasileiros e empresários se expressou, por exemplo, no acordo militar de 1952 entre o Brasil e os Estados Unidos, tão criticado pelos nacionalistas do Clube militar. O objetivo acordado era encorajar a eliminação de barreiras e proporcionar incentivos para um aumento constante na participação da empresa privada no desenvolvimento dos recursos dos países estrangeiros e desencorajar, na medida do possível, a prática do monopólio e de cartelização (BARBOSA, 2018, p. 95).

Tal grupo militar acabou prevalecendo na instituição, em especial após a renúncia de Jânio Quadros, tendo, dentre suas pautas, o “Combate ao Comunismo”, e participando efetivamente da instauração da Ditadura em 1964, tendo como um de seus representantes o então general Humberto de Alencar Castello Branco.

Com o início da ditadura, os militares considerados de “esquerda” foram perseguidos pelo regime e exonerados da instituição. O contexto da história militar demonstra a existência de uma visão, por vezes, ideológica da corporação, ideia repetidamente refutada pelas Forças Armadas. Inclusive alguns levantes internos na própria caserna põem em reflexão o alcance dos institutos de hierarquia e disciplina. Sobre este ponto, tem-se

<sup>1</sup> Eis a redação do artigo 7º do Decreto 01, de 15 de novembro de 1889: “(...) Art. 7º. Sendo a Republica Federativa Brazileira a fórmula de governo proclamada, o Governo Provisorio não reconhece nem reconhecerá nenhum governo local contrário á fórmula republicana, aguardando, como lhe cumpre, o pronunciamento definitivo do voto da nação, livremente expressado pelo suffragio popular (...).” Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1-15-novembro-1889-532625-publicacaooriginal-14906-pe.html>. Acesso em: 11 ago. 2019.

A dissolução dos partidos políticos em 1937 e o fechamento político operado pelo regime impediram que a evolução da sociedade política acompanhasse o desenvolvimentismo. Mesmo dentro da corporação militar, que estava se reestruturando, conforme vimos, o período de 1930-1945 foi abalado por inúmeras revoltas contestadoras, todas com envolvimento de oficiais de primeiro ou segundo escalão: revolução constitucionalista de 1932; revolta comunista de 1935; *putsch* integralista de 1938; e inúmeras outras sedições de menor repercussão, não obstante, importantes. O expressivo número de incidentes leva José Murilo de Carvalho a caracterizar as Forças Armadas do período como “indisciplinada” e “profundamente dividida”. Isso não impediu, entretanto, que o Exército como instituição participasse do golpe, que instituiu o Estado Novo. Na verdade, Góis Monteiro e Eurico Gaspar Dutra foram figuras centrais do golpe que mostrou, apesar de tudo, que o Exército já alcançara um grau de coesão interna que permitia uma intervenção na sociedade como todo (BARBOSA, 2018, p. 77).

A divergência interna, sobremodo o exercício do direito de discordância por grupos da instituição militar, que, como dito anteriormente, foram perseguidos e punidos pela ala conservadora após a sua assunção ao poder em 1964, demonstra o exercício do direito de resistência pelo reconhecimento da efetivação de determinada pauta política, que se opunha a uma pretensa hegemonia de pensamento e manifestação na instituição. Aliás, a ala conservadora, que defendia a postura intervencionista militar a serviço da ordem, de autoria do general Góis Monteiro, tinha por objetivo eliminar a política dentro do exército. Neste sentido, Carvalho (2019) faz a seguinte colocação:

Como se sabe, o projeto das Forças Armadas intervencionistas a serviço da ordem vem da década de 1930 e é de autoria do general Góis Monteiro. A doutrina Góis previa a eliminação da política dentro das Forças Armadas para que pudessem agir mais eficazmente como ator político. Em consequência, o Exército foi expurgado de divergentes e submetido a intensa doutrinação. Previa ainda a tutela sobre as forças políticas civis e uma política de industrialização baseada na iniciativa estatal. O Estado Novo concretizou os planos de Góis. Depois de 1964, um esforço semelhante foi desenvolvido. Novos expurgos e novo esforço de doutrinação, agora calçado na doutrina da Escola Superior de Guerra (ESG), o Góis coletivo (p. 208-209).

O direito de pensar, manifestar-se e expressar-se, sobretudo após a redemocratização, torna imperiosa a reflexão sobre a necessidade de respeito à divergência não somente no seio da sociedade, mas também internamente na instituição. Neste ponto, diversos debates ocorreram dentro do clube militar, como ressalta o seguinte estudo:

Para avaliar a unidade, a coerência e, finalmente, a divisão ideológica das Forças Armadas, acompanhamos a evolução da temperatura política do Clube Militar entre 1944 e 1964, através do registro dos debates, do teor das suas publicações e do resultado das suas eleições nessas décadas (BARBOSA, 2018, p. 80).

Durante o período ditatorial, iniciado em 1964, a instituição esteve a atender uma visão imperialista, de interesse internacional, constituindo o Clube Militar um espaço democrático *interna corporis*, de discussões internas, até mesmo para apresentação de posições por vezes divergentes entre os seus membros acerca das temáticas atinentes ao interesse nacional. Com respeito ao Clube militar, são pertinentes os seguintes aportes:

Nas etapas da ditadura pretoriana e do consulado militar, as Forças Armadas foram colocadas, pela ação de suas cúpulas, na posição de atender obrigatoriamente às pressões imperialistas, considerando-se essa posição como um dever delas, imposto a todas as organizações militares que perderiam, assim, o seu caráter nacional. Sem formas outras de organização, as questões pendentes tenderiam, nos meios militares, a gravitar, naturalmente, para as associações de classe, única área onde poderiam ser ainda discutidas e onde, para a discussão, não pesaria o favor hierárquico (SODRÉ, 2010, p. 373).

Ainda no que se refere à “divisão”<sup>2</sup> ideológica, de posição política interna, que permeou o exército ao longo da história republicana, julga-se como apropriada a seguinte abordagem científica que refletiu sobre a época da Constituinte de 1988:

<sup>2</sup> A expressão “divisão ideológica” é abordada no presente trabalho não como uma característica negativa, mas como uma qualidade insita a toda atividade humana política, como consequência correlata natural da pluralidade de posições diversas, solucionadas num regime democrático mediante o diálogo entre os agentes envolvidos.

A abertura de 1945 reintroduziu nas Forças Armadas as divisões políticas que tanto preocupavam o general Góis. O conflito aprofundou-se com o agravamento da crise política nacional, até que em 1964 o grosso do oficialato aderiu à intervenção, certamente mais por preocupação com a sobrevivência da organização do que por concordância com os argumentos dos golpistas. A grande pergunta hoje – e é uma pergunta não apenas teórica, mas também de grande relevância prática – é se há probabilidade de repetição do fracionamento das Forças Armadas como se deu no pós-1945. Mais importante ainda, se esse fracionamento, se a divisão *política* das Forças Armadas, é hoje desejável do ponto de vista da consolidação da democracia. O argumento em favor da politização, defendido por muitos, inclusive por militares vítimas dos expurgos, postula que, só pela penetração nas Forças Armadas dos conflitos ideológicos e políticos da sociedade será possível neutralizar as tendências antidemocráticas que nelas têm predominado, e fazê-las mais sensíveis aos problemas sociais. Os que defendem essa posição parecem crer mesmo na possibilidade de democratização do próprio aparelho militar ao fazer dele como que um espelho da sociedade. Vejo nessa postura reminiscência da tradição positivista republicana que insistia em ver no militar o soldado-cidadão. Essa tradição ganhou vida nova nos anos 1930, quando se fundiu com a esquerda do tenentismo, e teve seus momentos de glória na década de 1950 nas memoráveis lutas do Clube Militar. Não foi por acaso que Góis Monteiro combateu a influência positivista e que o governo militar procurou por todos os meios evitar divisões internas, mesmo quando expressadas no Clube militar (CARVALHO, 2019, p. 209-210).

A história do mencionado clube, um espaço de discussão política interna da caserna, com dirigentes eleitos pelos membros das Forças Armadas associadas no período de 1944 a 1964, divide-se em quatro fases.

Na primeira (1944-1952) o grupo teve como líderes oficiais nacionalistas com caráter esquerdistas e progressistas das Forças Armadas, tanto que a revista interna, na qual eram divulgadas manifestações, estava empenhada na Campanha de defesa do Monopólio da exploração do petróleo, da indústria nacional de automóveis e da proteção da borracha.

Na segunda fase (1952-1955) o mencionado Clube foi controlado pelo grupo militar de direita, e, mesmo a vitória da campanha *O petróleo é nosso*, com a criação da Petrobras, não evitou a ascensão do dito grupo ao poder.

A terceira fase (1956-1961) iniciou-se com o nominado “golpe preventivo” do general Loot, em 11 de novembro de 1955, visando a garantir a posse de Juscelino Kubitschek.

Já a quarta fase (1961-1964) teve início com a vitória de Jânio Quadros, posto que, “(...) sob o pretexto de um telegrama enviado a Jânio pela diretoria, o Ministro de Guerra Odílio Dennys mandou prender esses oficiais. O resultado foi uma depuração administrativa (...)” (BARBOSA, 2018, p. 81-86).

A política, assim, nunca esteve alheia, ausente, da história das Forças Armadas, em especial do exército, de sorte que é historicamente equivocada a noção de que os militares seriam apolíticos ou que não participavam da política. Sobre este aspecto, faz-se a seguinte colocação:

Como demonstrado em outros trabalhos (SEIDL, 2002; 2008), a participação direta ou indireta de oficiais do Exército no universo da política – seja em partidos, movimentos ou apenas através de ligações pessoais mais ou menos explícitas com agentes detentores de recursos políticos –, constituiu traço estruturante da carreira de oficial militar até as primeiras décadas da República ao ocupar espaço importante nas engrenagens de regulação da ascensão na hierarquia. Se desde o período colonial até pelo menos o final do Império fora bastante significativa a presença de oficiais graduados na ocupação de altos cargos políticos (deputado, senador, ministro, presidente de província) e da burocracia administrativa, a redução conhecida nas primeiras décadas seguintes não traduziu propriamente uma diminuição na intensidade daquele tipo de envolvimento, mas uma mudança em sua forma. O surgimento dos movimentos republicano e abolicionista que marcariam as últimas décadas do regime imperial seria largamente incorporado pelo ideário de boa parte do oficialato do Exército brasileiro, o qual após seu último grande conflito no Paraguai desenvolvera maior sentimento de unidade corporativa, de sua importância para o país e ao mesmo tempo de frustração frente ao bacharelismo civil (SCHULZ, 1971, p. 252) (SEIDL, 2010, p. 84).

Os fundamentos basilares da democracia e direitos humanos apontados, assim como os registros históricos que demonstram a participação efetiva do exército na história republicana brasileira, seguem algumas reflexões decorrentes da relação entre os temas.

Assim, cabe o questionamento: Qual tipo de democracia as Forças Armadas, em especial o exército, nos períodos em que não estiveram à frente de regimes autocráticos (com exclusão, portanto do Estado Novo e da ditadura de 1964), contribuíram para desenvolver no Brasil: procedural (formal) ou ideal (material), representativa ou participativa?

De igual maneira, deve-se pensar: Com qual concepção de direitos humanos relaciona-se a atividade política na história militar brasileira? Uma visão hegemônica atrelada a uma visão das elites e conservadora ou contra-hegemônica?

Para alguns aspectos das questões supra iremos, ao final deste item, apresentar uma proposta de início<sup>3</sup> de reflexão, e, no que se refere aos demais, procuraremos apontar a ponderação na parte do trabalho a seguir iniciada.

Como se percebe no registro histórico desenvolvido, não foi em todo o período republicano que as Forças Armadas, em especial o exército, estiveram à frente de regimes autocráticos, posto que em considerável parcela constituíram garantias da própria democracia ainda incipiente.

No início da República, sob o auspício da Constituição Brasileira de 1891, as Forças Armadas estavam a serviço da defesa dos poderes e instituições constitucionais, o que foi mantido na carta política de 1946. Com a Constituinte de 1988, após o período não democrático (1964-1985), a instituição castrense voltou a ter esta atribuição, não limitada à função de garantidora da lei da ordem, mas enaltecendo-se a função de defesa da soberania nacional e dos poderes constitucionais (CARVALHO, 2019, p. 207).

Desta forma, percebe-se que, seja antes de 1964 ou mesmo depois com a redemocratização de 1988, as Forças Armadas, nos períodos democráticos, tiveram suas atribuições atreladas à defesa de instituições, do aparato burocrático estatal, de regras preestabelecidas; enfim de uma concepção de democracia procedural, formal, com viés tradicional e de manutenção de um sistema posto da visão das elites dominantes, e, consequentemente, também, de uma visão hegemônica<sup>4</sup>, estadunidense, importada, de direitos humanos.

A posição aqui sustentada decorre da análise da própria formação da república e do início de uma primeira fase incipiente da democracia brasileira, quando, pelo Decreto 1º, de 15 de novembro de 1889, no seu artigo 7º, estava prevista superveniente consulta popular sobre a instituição do novo regime, o que somente veio a ocorrer em 1993 por força de plebiscito, já no advento da Constituição de 1988.

A participação popular ampla e plural, descrita como democracia participativa, não encontrou respaldo na história brasileira, em especial relacionada à atuação militar. O golpe de 1964, aliás, decorreu do temor às nominadas reformas de base<sup>5</sup>. Outro argumento consistiu no próprio conservadorismo apontado nas discussões internas, sobretudo no Clube Militar, com a perseguição, nos anos que imediatamente antecederam aquela ditadura, aos ditos militares de “esquerda”.

<sup>3</sup> Não faz parte da proposta deste breve artigo exaurir a discussão temática, mas, ao revés, oportunizar premissas iniciais ao seu debate pela comunidade científica.

<sup>4</sup> Para o foco abordado neste trabalho, adota-se, como visão hegemônica de democracia, a baseada no modelo estadunidense, bem como de direitos humanos, a que decorre deste modelo e busca apenas se ater a uma perspectiva primordialmente normativa e de reprodução acrítica de regras internacionais, sobretudo com igual influência de países política e economicamente influentes, como os Estados Unidos. Já na visão contra-hegemônica, predomina uma percepção crítica de direitos humanos, atrelados às lutas sociais por pautas coletivas, em reconhecimento de desigualdades existentes provenientes de realidades sociais dispareces de cada país, decorrentes, sobremodo, de relações de exploração e resistência.

<sup>5</sup> Manifestando-se na linha apresentada do artigo de que o golpe de 1964 teria decorrido, dentre outros pontos, do temor das reformas estruturais, conhecidas como “reformas de base”, cabem as seguintes colocações: “(...) Os seguintes autores são muito representativos das análises que identificam o golpe político de 1964 como preventivo. São eles, o sociólogo Florestan Fernandes e os historiadores Caio Navarro de Toledo, Lucília de Almeida Neves Delgado e Jacob Gorender. Suas ideias convergem quanto ao entendimento de que a principal motivação do golpe que depôs o governo constitucional, empossado em 1961, foi consequente de forte descontentamento de setores conservadores da política brasileira com a crescente e autônoma organização da sociedade civil naquela conjuntura. A destituição do presidente da República, bem como o afastamento compulsivo de seus aliados da vida pública nacional, segundo seu entendimento, objetivou evitar potenciais e profundas modificações na estrutura econômica e política do Brasil. O caráter transformador das reformas estruturais, reivindicadas pelo movimento social, não foi assimilado nem pelos setores tradicionais da sociedade brasileira, vinculados à propriedade latifundiária, nem pelos modernos representantes de um modelo capitalista industrializado e internacionalizado. As análises desses autores mesclam horizontes da longa duração com motivações conjunturais e enfatizam que os militares e civis que depuseram João Goulart agiram impulsionados por uma perspectiva preventiva. Isso porque o projeto de reformas de base, inclusive os da reforma agrária e do controle da remessa de lucros, ensejou nos setores conservadores o temor de uma revolução social. Essa convicção e temor de que o Brasil poderia adotar um modelo distributivo ou até mesmo, de acordo com Florestan Fernandes, caminhar em direção ao socialismo levou-os a se organizarem para pôr fim ao governo Jango (...).” (DELGADO, 2010, p. 132).

De igual forma, a perspectiva sobre direitos humanos adotada no regime democrático brasileiro, no-meadamente no período anterior à carta política vigente, possui um viés hegemônico, precipuamente normativista, reproduutora de uma visão de mundo, como a estadunidense, típica de países política e economicamente influentes. Uma visão que olvida, ou ao menos não considera como fator principal, as relações de exploração e de desigualdade de uma maioria socialmente excluída.

Passemos agora a discorrer sobre as consequências e demais aspectos relacionados nesta discussão no que diz respeito à principiologia, base das Forças Armadas (hierarquia e disciplina), e em que medida a adoção de uma visão diferente de democracia e direitos humanos pode permitir uma ressignificação destes postulados e da própria instituição e, assim, possibilitar um diálogo das entidades militares com estes temas.

### 2.3 Hierarquia, disciplina e direitos humanos no Brasil

Conforme debatido no presente trabalho, uma perspectiva puramente hegemônica, que se limite a manter *um status quo*, em acordo com elites políticas locais, com a reprodução de normas e modelos estrangeiros, principalmente do regime estadunidense, não garantiu na história democrática brasileira uma participação popular efetiva na política. Ao contrário, afastou a maioria da população das decisões políticas, esta inclusive que somente veio a se manifestar sobre a forma republicana em 1993, quase cem anos após a sua instituição no país, por intermédio de uma constituição que copiava<sup>6</sup>, até no nome, o país do hemisfério norte.

Considerando a principiologia da atual constituição que veio adotar<sup>7</sup> um regime misto, de representação e participação popular, bem como pautado nos direitos humanos, assim como em reconhecimento da realidade histórica das relações de exploração na sociedade brasileira, não sendo as Forças Armadas um agente externo a esta, é necessário fazer uma ressignificação da sua missão institucional, especialmente dos seus princípios basilares de hierarquia e disciplina.

Estes princípios são entendidos num prisma clássico enquanto relação de sujeição, autoridade, do superior sobre o inferior, no sentido do topo para a base, enquanto cadeia usada como canal de comunicação e decisão (MORGAN, 1996, p. 28). Na mesma linha, a legislação militar brasileira define:

A hierarquia militar é a ordenação da autoridade em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações: dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade (BRASIL, 1980).

Uma mudança de prisma necessita ocorrer, sem, contudo, esquecer-se as dificuldades para tanto, decorrentes do conservadorismo inerente às Forças Armadas. Sobre este ponto, é pertinente a seguinte colocação:

A redemocratização advinda da constituição de 1988, mesmo com restrições, conferiu aos militares alguma possibilidade de manifestação; e despeito de seu perfil reconhecidamente conservador, o dado positivo é a afirmação de um compromisso com a democracia. Ao mesmo tempo, com ela emergem novos movimentos entre os militares e nos PMs, recolocando na agenda política a questão da sua reformulação enquanto instituição, particularmente sua democratização em um estado democrático de direito (BARBOSA, 2018, p. 62).

Tais características de hierarquia e disciplina não são exclusivas das instituições militares, estando igualmente presentes em sociedades conservadoras, a exemplo da brasileira. Sobre este aspecto:

A política não esteve ausente internamente nas Forças Armadas e na sua história; e foi operacionalizada de várias formas externamente, até mesmo confrontando um paradigma muito exposto, o de que os militares são apolíticos ou não participam da política. Essa reflexão, no entanto, se articula em um segundo eixo a ser desenvolvido sobre uma polêmica questão: hierarquia e disciplina. Esse pressuposto hierárquico não é característica

<sup>6</sup> O artigo 1º da Constituição Brasileira de 1891 possuía o seguinte teor: “(...) – A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil (...).” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 11 ago. 2019.

<sup>7</sup> Não obstante a Constituição Brasileira, em vários dispositivos, a exemplo do artigo 14, ter fixado um regime democrático participativo, portanto com abertura à maior discussão dos temas por envolvidos, ainda persiste, na mesma carta política, especialmente no tocante às Forças Armadas, cunho estritamente conservador e uma perspectiva de democracia procedural, a exemplo do artigo 142.

somente de uma instituição militar, na medida em que encontra fundamentos historicamente constituídos numa sociedade conservadora e hierarquizada como a brasileira desde a colonização, mas é um aspecto que passou a ser desafiado com a emergência de movimentos de jovens oficiais e praças, e, por essa razão, recolocado e valorizado institucionalmente ao longo do século XX e XXI (BARBOSA, 2018, p. 22).

O conservadorismo está igualmente atrelado ao receio da participação popular em temas públicos, inclusive os relacionados às Forças Armadas. A atuação da população, quando não negada efetivamente, como no caso do artigo 7º do Decreto 1º/1889, é dificultada juridicamente com requisitos mais rígidos e concentração de poder em órgãos estatais ou mesmo faticamente, com desconsideração das pretensões populares por parte das elites políticas.

Como consequência deste conservadorismo, o artigo 142 da Constituição Brasileira coloca como norte da atuação das forças militares a premissa da hierarquia e disciplina, submetendo-as à defesa das instituições com base, portanto, em um viés de democracia procedural, formal, que se baseia primordialmente na definição das regras do jogo e dos órgãos e agentes incumbidos oficialmente de aplicá-las.

É oportuno neste ponto, para uma discussão inicial<sup>8</sup>, e considerando a necessidade de instituição de um regime democrático que permita uma participação popular deliberativa qualitativa, buscar uma nova compreensão de hierarquia e disciplina não limitada à manutenção de um sistema posto, preconcebido, estático, abstrata e aprioristicamente (democracia procedural), mas, sim, uma democracia material, que considere as relações sociais e permita uma participação popular deliberativa qualitativa<sup>9</sup>.

No contexto, portanto, desta nova percepção da deliberação qualitativa (FISHKIN, 2015, p. 50), em que argumentos diversos devem ser igualitariamente levados em consideração, analisados efetivamente em seu mérito, com posições conscientes e divergentes de agentes instruídos por fontes plurais de informação, não se pode interpretar a multiplicidade de opiniões nas Forças Armadas como fator negativo, em especial quando originadas de militares de patentes inferiores e, também, com maior razão, advindas de civis.

Neste ponto, a divergência, como a advinda dos militares ditos de “esquerda”, no período imediatamente anterior ao golpe de 1964, não poderia ser considerada falta de disciplina ou hierarquia, mas apenas uma discordância democrática institucionalmente desejável, sobremodo como forma de maturação de um regime efetivamente participativo de cidadãos (militares e civis).

Ademais, no que se refere ao outro aspecto e linha igualmente basilar de raciocínio deste artigo, com fundamento na perspectiva diferenciada de direitos humanos (contra-hegemônica) enquanto advindo de um processo constante de resistência e de luta por reconhecimento (HONNETH, 2009, p. 257) das pautas das classes sociais, e não sendo as Forças Armadas agente externo à sociedade, é salutar apontar a releitura dos princípios militares em questão.

Assim, aplicando-se uma visão contra-hegemônica de direitos humanos, os militares não são vistos como meros garantidores de um sistema posto, importador de pautas internacionais influenciadas por agentes políticos e econômicos externos, mas, sim, também com base na soberania nacional material, como membros de uma instituição que tem a função, numa democracia material, de assegurar o direito da população de se manifestar (externar divergências) e lutar pelo reconhecimento de pautas coletivas, inclusive por meio de processos pacíficos de resistência, na adoção de uma filosofia da libertação (DUSSEL, 1995, p. 31); filosofia essa que permite a um povo culturalmente dominado e explorado enxergar a realidade de forma diversa, não atrelada a uma visão externa considerada padrão, ditada prioritariamente por países detentores do poderio financeiro global.

<sup>8</sup> O presente trabalho não visa a fechar a discussão da temática, mas, apenas, nos limites nele delineados, apontar premissas iniciais para uma reflexão pela comunidade científica.

<sup>9</sup> Rememorando as características do regime democrático participativo que garanta uma participação qualitativa: “(...) Podemos falar sobre a *qualidade* de um processo deliberativo levando em consideração cinco condições: a) *Informação*: Até que ponto foi disponibilizado aos participantes o acesso a informações razoavelmente precisas que eles acreditam ser relevantes para o assunto; b) *Equilíbrio substantivo*: Até que ponto os argumentos de um ponto de vista são respondidos por pessoas que têm outro ponto de vista; c) *Diversidade*: Até que ponto as principais opiniões públicas são representadas por participantes na discussão; d) *Consciência*: Até que ponto os participantes ponderam o mérito dos argumentos; e) *Consideração igualitária*: Até que ponto os argumentos oferecidos por todos os participantes são considerados por seus méritos, independente de quais participantes os apresentaram (...)” (FISHKIN, 2015, p. 50).

### 3 CONCLUSÃO

A democracia e os direitos humanos constituem temas que devem ser analisados conjuntamente, porém não de forma abstrata, mas considerando-se situações reais e dinâmicas por meio das quais vão adquirir-se uma feição mais concreta.

Não existe um único modelo de democracia, mas uma pluralidade que vai sendo alterada de acordo com a realidade histórica de cada povo. Do mesmo modo, direitos humanos não são abordados numa única visão (hegemônica), mas também sob o prisma diferenciado (contra-hegemônico) que se pauta num processo contínuo e dinâmico de lutas pelo reconhecimento de pautas sociais, de novas formas de enxergar o mundo, notadamente advindas de classes factualmente excluídas.

A cultura democrática brasileira tem, tradicionalmente, adotado um modelo de regime procedural (formal) que enaltece as instituições e órgãos em detrimento de uma atuação popular. Principalmente sob o advento do sistema constitucional em vigor, entretanto, torna-se imperiosa uma releitura do regime que passou também a ser participativo, buscando-se atingir uma cooperação popular qualitativa (democracia material).

Na mesma direção, caminha a mudança na perspectiva de direitos humanos, com foco maior na comunidade e suas relações concretas de exploração, numa hermenêutica da libertação. Tal alteração de perspectiva torna imperiosa a variação na forma de compreensão de todo o sistema constitucional no qual se insere a instituição militar e, como corolário, seus postulados basilares.

Desta forma, responde-se à problemáticaposta no sentido de que os princípios base de hierarquia e disciplina podem ser reinterpretados desde que entendidos sob a ótica contra-hegemônica de direitos humanos, na aplicação de uma hermenêutica da libertação e de uma democracia material, que permita uma deliberação qualitativa com efetiva consideração de divergências externas e internas na corporação, sobre os mais diversos temas provindos do seio social.

Aplicando-se, assim, essa visão contra-hegemônica de direitos humanos, os militares não são meros garantidores das regras do jogo (democracia procedural), mas, sim, asseguradores da instituição e consolidação de um regimento democrático material com deliberações populares qualitativas, e que, consequentemente, observem suas divergências internas e externas (da população) sobre diversos temas sociais e, por resultado, garantam o direito da população de se manifestar (externar divergências) e lutar pelo reconhecimento de pautas coletivas, inclusive por meio de processos pacíficos de resistência.

### 4 REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.
- BARBOSA, Jefferson Rodrigues (org.). *Militares e política no Brasil*. São Paulo: Expressão popular, 2018.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.
- BRASIL. Lei nº 6.880 de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. *Diário oficial da União*, Brasília, DF, 11 dez. 1980. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6880.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6880.htm). Acesso em: 19 ago. 2019.
- CARVALHO, José Murilo de. *Forças Armadas e política no Brasil*. São Paulo: Todavia, 2019.
- DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.
- DELGADO, Lucilia de Almeida Neves. O governo João Goulart e o golpe de 1964: memória, história e historiografia. *Tempo*, Niterói, v. 14, n. 28, p. 123-143, jun. 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-077042010000100006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-077042010000100006&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 11 ago. 2019.
- DIAMOND, Larry. *Para entender a democracia*. Tradução Vitor Adriano Liebel et al. Curitiba: Instituto Atuação, 2017.
- DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. Tradução Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.
- FISHKIN, James S. *Quando o povo fala: democracia deliberativa e consulta pública*. Tradutor Vitor Adriano Liebel. Curitiba: Instituto Atuação, 2015.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Tradução Vera Caputo. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

MORGAN, G. *Imagens da organização*. São Paulo: Atlas, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

O'DONNELL, Guillermo. *Democracia, desenvolvimento humano e direitos humanos*. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 15-114, 2013.

SEIDL, Ernesto. A formação de um exército à brasileira: lutas corporativas e adaptação institucional. *História*, Franca, v. 29, n. 2, p. 71-94, dez. 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010190742010000200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010190742010000200005&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 10 ago. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SODRÉ, Nelson Werneck. *História militar do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

VITULLO, Gabriel Eduardo. *Teorias da democratização e democracia na Argentina contemporânea*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2007.

# AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.465/17 NO QUE SE REFERE À USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL – Uma Análise da Construção de um Ordenamento que Propicie a Desjudicialização

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.132-144>

Recebido em: 28/2/2019

Modificações solicitadas em: 18/11/2019

Aceito em: 28/5/2020

**Gastão Marques Franco**

Autor correspondente. Faculdade Milton Campos – FMC. Rua Sen. Milton Campos, 202 – Vila da Serra. CEP 34006-050. Nova Lima/MG, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/6230017607221869>. <https://orcid.org/0000-0002-6096-9994>. [adv@gastaofranco.com.br](mailto:adv@gastaofranco.com.br)

**Elcio Nacur Rezende**

Faculdade Milton Campos – FMC. Nova Lima/MG, Brasil.

## RESUMO

A aquisição originária da propriedade e dos direitos reais a ela inerentes por meio da usucapião é uma das figuras jurídicas mais relevantes no ordenamento jurídico pátrio. Até o advento do Código de Processo Civil de 2015, o procedimento que declarava a usucapião era feito quase que exclusivamente perante o Poder Judiciário. Com o novo diploma processual, que acrescentou o artigo 216-A à Lei de Registros Públicos, passou-se a permitir que o procedimento de usucapião fosse feito perante o Cartório de Registro de Imóveis da comarca em que o imóvel estivesse localizado, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário. O presente artigo irá investigar todos os detalhes sobre a evolução do ordenamento jurídico pátrio na construção do procedimento extrajudicial da usucapião, levantando a hipótese de que as inovações trazidas pela Lei nº 13.465, de 2017, podem ter apresentado papel primordial na efetiva desjudicialização do direito de adquirir a propriedade e outros direitos reais pela usucapião, em decorrência dos fatores que vão ser aqui pormenorizados. Para obter uma conclusão favorável sobre a hipótese levantada, serão utilizados o método dialético e a vertente metodológica jurídico dogmática.

**Palavras-chave:** Desjudicialização. Registro de imóveis. Usucapião extrajudicial.

## THE CHANGES BY LAW 13.465/17 IN EXTRAJUDICIAL USUCAPTION

– AN ANALYSIS ABOUT THE CONSTRUCTION OF AN ORDERING THAT CONDUCIVE A REDUCTION OF JUDICIAL INVOLVEMENT

## ABSTRACT

The original acquisition of property and the inherent rights inherent to it through usucaption is one of the most relevant legal figures in the national legal system. Until the advent of the 2015 Code of Civil Procedure, the procedure that declared usucaption was done almost exclusively before the judiciary. With the new procedural law, which added article 216-A to the Public Registries Act, the usucaption procedure was made possible before the Real Estate Registry Office of the county in which the property was located, without the need to intervention by the judiciary. This article will investigate all the details about the evolution of the national legal system in the construction of the extrajudicial procedure of the usucaption, raising the hypothesis that the innovations brought by Law No. 13.465 of 2017 may have had a primordial role in the effective dejudicialization of the right of acquire ownership and other rights in rem by usucaption, due to the factors that will be detailed here. To obtain a favorable conclusion about the hypothesis raised, the dialectical method and the dogmatic legal methodological approach will be used.

**Keywords:** Dejudicialization. Real estate registration. Extrajudicial usucaption.

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A aquisição da propriedade pela usucapião. 2.1 Aspectos gerais. 2.2 Fundamentos da usucapião. 2.3 Modalidades de usucapião. 3 Evolução do procedimento até a efetiva desjudicialização. 3.1 O procedimento no código de processo civil de 1973. 3.2 O procedimento no código de processo civil de 2015. 3.3 O procedimento após a Lei 13.465/2017 – a efetiva desjudicialização da usucapião. 4 Conclusão. 5 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Alguns problemas que atingem o Poder Judiciário são conhecidos por toda a comunidade jurídica e pela população em geral, tais como: o alto custo de uma demanda, a morosidade em razão da imensa quantidade de ações, a imprevisibilidade das decisões pelo chamado ativismo judicial, dentre outros.

Um fenômeno cada vez mais presente na sociedade contemporânea é a chamada desjudicialização das pretensões dos indivíduos, que consiste, basicamente, na atribuição de alguns poderes decisórios sobre determinados direitos, principalmente patrimoniais, que outrora eram exclusividade do Poder Judiciário, a outros órgãos, como as câmaras de arbitragem e as serventias extrajudiciais.

Em decorrência disso, atualmente é possível a realização de inventários, divórcios, alteração de nome, dentre outros procedimentos de forma extrajudicial, perante as serventias competentes para tanto.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, esse fenômeno da desjudicialização atingiu o direito à aquisição da propriedade e dos direitos reais a ela inerentes por meio da usucapião, um instrumento com bastante utilização prática na sociedade brasileira.

Essa via administrativa já existiu em nosso ordenamento, prevista na Lei nº 6.969 de 1981, que regulava uma espécie de usucapião especial administrativa em terras devolutas federais, algo que perdeu o objeto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ao vedar, de forma expressa, a usucapião de bens públicos.

Com aplicação mais restrita e de pouca utilização prática, a via extrajudicial para aquisição da propriedade pela usucapião também foi prevista na Lei nº 11.977 de 2009, relativa a um programa habitacional para pessoas de baixa renda, feita por meio de um projeto específico de regularização fundiária.

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a usucapião possuía, inclusive, um procedimento judicial especial dentro do texto normativo, com regras processuais peculiares em relação aos demais, tamanha sua importância e utilização na prática forense.

Primeiramente, este artigo pretende demonstrar a importância da usucapião por meio de uma breve introdução histórica do instituto e uma explicação sobre seus pressupostos e contornos legais.

Os principais fundamentos da usucapião, como a função social da posse e da propriedade, necessidade de regularização fundiária, justiça social no exercício fático dos bens, dentre outros, serão pormenorizados.

Também serão analisadas, de modo breve, as formas de usucapião existentes na atualidade, como institutos de direito material que poderão ser proceduralizados de forma judicial e extrajudicial.

Após essa introdução sobre o instituto, será feito um recorte histórico para demonstrar a evolução da desjudicialização do procedimento de usucapião em três fases principais: desde o código processual de 1973 até a entrada em vigor do novo código de 2015, passando pela promulgação da Constituição Federal de 1988; da vigência desse novo diploma até o ano de 2017, quando foi publicada a Lei nº 13.465, uma conversão da Medida Provisória nº 759 de 2016; e a partir dessa recente norma, que possibilitou efetivamente a realização extrajudicial desse procedimento por motivos que serão devidamente pormenorizados, até os dias atuais.

Feita essa análise histórica, pretende-se responder às seguintes indagações: Houve realmente uma desjudicialização efetiva da usucapião no ordenamento jurídico pátrio? Se positiva a resposta, qual foi o grau de importância da Lei nº 13.465 de 2017 na construção de um ordenamento que propicie essa desjudicialização do procedimento?

Pretende-se concluir utilizando a vertente metodológica jurídico dogmática e o método dialético, que, apesar de o procedimento extrajudicial da usucapião ter sido criado com o Código de Processo Civil de 2015, somente com a Lei 13.465/17 ele se tornou efetivo na prática em razão das regras que serão analisadas ao longo deste artigo, atingindo o objetivo e o clamor social pela desjudicialização, pautado, principalmente, na redução de custos e aumento na agilidade da satisfação.

## 2 A AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE PELA USUCAPIÃO

### 2.1 Aspectos gerais

O direito à propriedade é considerado um dos mais relevantes para todas as sociedades ao longo da evolução humana, sendo algo inerente à vida em comunidade e representando, no sentido humano, a própria liberdade individual (ROSENFIELD, 2008, p. 48), tornando-se de suma importância o conhecimento sobre seus desdobramentos bem como sobre suas formas de aquisição.

Em relação à propriedade imóvel, ou imobiliária, o Código Civil de 2002 regula, de forma taxativa, suas formas de aquisição, quais sejam: pelo registro do título, por acessão, pela sucessão hereditária e pela usucapião (BRASIL, 2002).

Usucapião é uma palavra proveniente do latim *usucapio*, que significa tomar pelo uso, representando um direito delineado na Lei das Doze Tábuas, datada de 455 anos antes de Cristo, que permitia aos cidadãos romanos que exerciam posse sobre bens imóveis por dois anos, e sobre bens móveis por um ano, adquirirem sua propriedade (RIBEIRO, 2006, p. 140-141).

Inicialmente, essa forma de aquisição era reservada exclusivamente para os cidadãos romanos, e, com o passar dos anos, aos estrangeiros fora concedido um direito semelhante, denominado *praescriptio longi temporis*, que se fundamentava e permitia a defesa da posse para aqueles que a exerciam por 10 e 20 anos contra eventuais ações reivindicatórias, mas não lhe conferiam o direito de propriedade.

Com a evolução da legislação romana surgiram várias restrições para essa aquisição da propriedade em decorrência da posse, utilizada como uma forma de regularizar o título de propriedade que, por diversos motivos, se separava daquele que detinha o domínio efetivo.

Apesar de ser um erro corriqueiro, a *usucapio* não se confunde com a *praescriptio longi temporis*, ou prescrição aquisitiva, tendo aquela surgido mais de dois séculos antes desta, que aparece, posteriormente, como um instrumento de defesa para aqueles que não podiam se valer da *usucapio* por diversos motivos, por exemplo, o fato de não serem considerados cidadãos romanos (RIBEIRO, 2006, p. 149).

Mesmo com essa importante distinção histórica entre a *usucapio* e a *praescriptio longi temporis*, é comum grande parte da doutrina ainda se referir à usucapião e prescrição aquisitiva como sinônimos, principalmente pelo fato de os dois conceitos terem se fundido no governo de Justiniano, em 528 depois de Cristo (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 387).

Essa confusão, no entanto, representa um erro terminológico, tendo em vista que o Código Civil de 2002 separa claramente os institutos, tratando a prescrição como um instituto que extingue a pretensão pelo decorrer do tempo e a usucapião como uma forma de aquisição originária da propriedade e outros direitos reais, baseada, dentre outros fatores, no exercício da posse por um lapso temporal específico, conforme brilhantemente ensina Orlando Gomes (2008):

A confusão entre os dois institutos não se justifica, tais os traços que os separam. É verdade que se aproximam, mantendo ostensivos pontos de semelhança. Têm com efeito como condição o decurso de tempo, em ambos necessários à produção dos efeitos específicos. (...). Mas diferenças profundas afastam-nos. A prescrição é um modo de extinguir pretensões. A usucapião, um modo de adquirir a propriedade e outros direitos reais, con quanto acarrete, por via de consequência, a extinção do direito para o antigo titular. A prescrição opera com base na inércia do sujeito de direito durante certo lapso de tempo. A usucapião supõe a posse continuada (p. 185).

Atualmente, a usucapião pode ser conceituada como uma forma de aquisição da propriedade e dos direitos reais a ela inerentes, mediante o exercício da posse por um ou mais indivíduos durante um lapso temporal previsto em lei, juntamente com o cumprimento de outros requisitos legais que podem variar conforme a espécie de usucapião presente no caso concreto (BOCZAR; ASSUMPÇÃO, 2018, p. 18-19).

De forma mais sintética, “é modo originário de aquisição do domínio, através da posse mansa e pacífica, por determinado espaço de tempo, fixado na lei” (RODRIGUES, 2003, p. 108).

Dessa maneira, a usucapião terá a função de declarar a propriedade de um ou mais possuidores que não detinham o título de proprietário sobre o bem, mas que irão adquiri-lo pelo exercício da posse em conjunto com outros requisitos previstos em lei (NADER, 1998, p. 5).

A doutrina majoritária classifica o instituto como forma originária de aquisição da propriedade, uma vez que representa a concretização de uma situação fática sem relação de causalidade entre a nova propriedade reconhecida e o antigo proprietário do bem, não havendo transmissão de vícios ou limitações anteriores sobre ele (GOMES, 1999, p. 163).

Parte minoritária da doutrina considera a usucapião uma forma de aquisição derivada da propriedade, sob o fundamento de que a inércia e a negligência do antigo proprietário é algo inerente a essa situação, havendo, assim, uma relação entre quem perdeu e quem adquiriu o domínio após a ocorrência da usucapião (PEREIRA, 2018, p. 120).

O entendimento dominante, no entanto, liderado por autores como Nelson Rosenvald, Orlando Gomes e Cristiano Chaves de Farias, dentre vários outros, é de que se trata de modo originário de aquisição da propriedade, graças aos efeitos decorrentes desta, que não guardam relação entre o antigo e o novo proprietário, fundamentando-se em importantes fatores que serão pormenorizados adiante.

## 2.2 Fundamentos da usucapião

Outro ponto importante de necessária compreensão sobre o instituto é saber quais são seus fundamentos, ou seja, quais os argumentos e justificativas para conceder a propriedade ou outro direito real a um indivíduo que não o detinha anteriormente.

Parte da doutrina divide a fundamentação em duas teorias: subjetiva e objetiva (PEREIRA, 2018, p. 121). Para a teoria subjetiva presume-se uma intenção do antigo proprietário em renunciar ao direito, em virtude do seu desinteresse pela coisa. Já a teoria objetiva, mais aceita entre os doutrinadores, considera a utilidade social como fundamento principal do instituto, conforme leciona Orlando Gomes:

As teorias subjetivas procuram fundamentar a usucapião na presunção de que há o ânimo da renúncia ao direito por parte do proprietário que não exerce. O raciocínio é este: se o dono de uma coisa se desinteressa de sua utilização durante certo lapso de tempo, é porque a abandonou ou está no propósito de abandoná-la. (...) As teorias objetivas fundamentam a usucapião em considerações de utilidade social (GOMES, 2008, p. 187).

Para os adeptos da teoria objetiva, portanto, a utilidade social justifica esse modo de aquisição da propriedade e demais direitos reais, baseada na recompensa ao indivíduo que trabalha o bem envolvido (PEREIRA, 2018, p. 121), de onde se extraem alguns argumentos como: a função social da propriedade, a função social da posse, a regularização fundiária e a justiça social na utilização dos bens.

A função social da propriedade consiste em um princípio constitucional expresso no artigo 5º, inciso XXIII, e no artigo 170, inciso III, da Constituição da República de 1988, que consagra o caráter social obrigatório inerente à utilização da propriedade, que deverá atender à “sua função social” (BRASIL, 1988).

Um terreno abandonado por seu proprietário, acumulando lixos e se tornando local propício para a propagação de doenças, por exemplo, não está cumprindo sua função social, gerando prejuízo para toda a coletividade.

A partir do momento em que esse terreno é ocupado por um terceiro, que passa a exercer posse mansa e pacífica sobre ele por um longo período de tempo, dando uma destinação econômica, ou até mesmo utilizando-o para sua moradia, ele começa a cumprir sua função social, momento em que surge a figura da usucapião para esse posseiro. Assim:

(...) a usucapião dá prêmio a quem ocupa a terra, pondo-a a produzir. É certo que o verdadeiro proprietário perdeu seu domínio contra sua vontade. Mas não é injusta a solução legal, porque o prejudicado concorre com sua desídia para a consumação de seu prejuízo. Em rigor, já vimos, o direito de propriedade é conferido ao homem para ser usado de acordo com o interesse social, e, evidentemente, não o usa dessa maneira quem deixa sua terra ao abandono por longos anos (RODRIGUES, 2003, p. 109).

A função social da propriedade apresenta-se como uma verdadeira limitação e norma de conduta sobre o exercício dos poderes dominiais sobre o proprietário, que, caso não a respeite, passa a correr o risco de perder seu bem.

Já a função social da posse, algo ainda não expresso em leis, é decorrente do efeito irradiante dos princípios constitucionais e de interpretação e aplicação normativa que respeitem esses princípios, que vêm ganhando cada vez mais força entre os que doutrinam sobre o assunto (ALBUQUERQUE, 2002).

A função social da propriedade não se confunde com a função social da posse, sendo aquela uma limitação ao exercício dos poderes dominiais por parte do proprietário para garantir uma justiça social com sua propriedade, e essa algo inerente ao aproveitamento do bem pelo indivíduo, garantindo direitos fundamentais, como os direitos à moradia e à saúde (ALBUQUERQUE, 2002).

A necessidade de regularização fundiária apresenta-se como outro fundamento para a usucapião, uma vez que isso poderia gerar maior segurança jurídica para o mercado em geral, tendo em vista a grande quantidade de bens, principalmente imóveis, que aparenta pertencer a uma pessoa, mas, na prática, pertence a outra, que já possui os requisitos necessários para adquirir a propriedade por essa forma de aquisição.

Além disso, a regularização do título imobiliário é algo vantajoso não somente para o particular, que passa a poder realizar negócios jurídicos envolvendo o bem com o título de propriedade, mas também para o Estado, que terá mais informações sobre quem são os verdadeiros proprietários dos bens sujeitos à tributação.

O último fundamento da usucapião representa, na verdade, o conjunto dos demais, e pode ser definido como a justiça social no exercício dos bens, servindo de instrumento para conceder o título de proprietário àquele responsável por dar ao bem uma utilidade social (GOMES, 1999, p. 164).

Como instituto de direito material, essa forma de aquisição da propriedade desdobra-se em modalidades específicas, que terão requisitos diferenciados para se concretizarem, conforme será demonstrado, de forma sucinta, no próximo tópico.

### **2.3 Modalidades de usucapião**

A usucapião possui diversas modalidades, cada uma com requisitos e características peculiares, como: tempo necessário de posse, a necessidade ou não de justo título, natureza do bem usucapiendo, dentre outros.

Existem, no entanto, requisitos que se aplicam a todas as espécies de usucapião, que se relacionam com a capacidade das partes envolvidas, a característica do objeto que se pretende usucapir e com o exercício da posse pelo lapso temporal exigido, ou seja:

Para obter a propriedade por intermédio da usucapião, o interessado há de satisfazer os seguintes requisitos, que se apresentam em três categorias: a) requisitos pessoais – dizem respeito à capacidade do possuidor; b) requisitos reais – referem-se à coisa e aos direitos suscetíveis de usucapião; c) requisitos formais – guardam pertinência com a posse e seus predicados (NADER, 2016, p. 125).

Não será qualquer tipo de posse capaz de embasar o pedido de usucapião, posto que a posse *ad usucapióinem* deverá ser exercida pelo possuidor de forma mansa, pacífica, ininterrupta e com *animus domini*, ou seja, como se dono fosse (RIBEIRO, 2006, p. 701-702).

Além disso, conforme determinado pelo Código Civil, não irão induzir posse aqueles atos praticados pelo possuidor por mera permissão ou tolerância do proprietário, bem como não ensejará posse *ad usucapióinem* aquela exercida em virtude de uma relação obrigacional, como no caso do locatário, por exemplo.

Cada uma das modalidades desse instituto, portanto, possui requisitos diferenciados para concretizar a aquisição da propriedade, sendo comum entre elas apenas a necessidade de “a posse ser mansa, pacífica, ininterrupta, sem oposição e com ânimo de dono” (ANTUNES; SANTOS, 2016, p. 140), além dos requisitos pessoais e reais.

O Código Civil de 1916 regulou apenas duas formas de usucapião: a denominada forma extraordinária, que inicialmente exigia, para a aquisição do direito, 30 anos de posse independentemente de título ou boa-fé, e a ordinária, que exigia o exercício da posse por 10 anos entre presentes (moradores do mesmo município) e 20 anos entre ausentes (moradores de municípios distintos), desde que detivessem justo título e boa-fé (BRASIL, 1916).

Esses prazos foram reduzidos, posteriormente, com o advento da Lei nº 2.437, de 7 de março de 1955, para 20 anos no caso da usucapião extraordinária e 10 anos entre presentes e 15 entre ausentes para a forma ordinária.

Com a Constituição de 1934 surge, também, a figura da usucapião rural, que hoje se encontra prevista no artigo 191 da atual Carta Magna, destinada àqueles que não são proprietários de outros imóveis rurais ou urbanos e exercem posse em área rural, sem oposição, por cinco anos ininterruptos.

O Código Civil de 2002 trouxe mais modalidades em seu texto, como a usucapião especial rural, urbana e a usucapião familiar; outros diplomas legais previram outras espécies do instituto, como o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257 de 2001), que trata da usucapião especial urbana, e o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001 de 1973), que cuida da usucapião indígena.

Atualmente, portanto, são as seguintes as modalidades de usucapião previstas em lei: extraordinária, ordinária, especial rural e urbana, familiar, tabular, coletiva e indígena (ANTUNES; SANTOS, 2016, p. 140-142).

A usucapião extraordinária é aquela que exige, com exceção da usucapião de servidão, cujo prazo é de 20 anos, além dos requisitos gerais pormenorizados anteriormente, o maior tempo de posse para a aquisição do domínio: 15 anos, podendo tal prazo ser reduzido para 10 anos caso o possuidor comprove que estabeleceu sua moradia no imóvel ou realizou “obras ou serviços de caráter produtivo” (BRASIL, 2002).

A grande vantagem dessa modalidade é a dispensa de título ou boa-fé, devendo o possuidor comprovar, única e exclusivamente, o exercício da posse *ad usucaptionem*.

A modalidade ordinária da usucapião, prevista no artigo 1.242 do Código Civil, por outro lado, exige justo título e boa-fé para ser concretizada, mas, em compensação, requer o exercício da posse pelo prazo de dez anos.

A usucapião especial rural encontra-se positivada tanto no Código Civil, em seu artigo 1.239, como na própria Constituição Federal, em seu artigo 183, destinada para o possuidor que, durante 5 anos, torne produtiva, por seu trabalho ou de sua família, área em zona rural não superior a 50 hectares, desde que não possua outro imóvel rural ou urbano (GONÇALVES, 2014, p. 262).

A usucapião especial urbana, assim como a modalidade rural, encontra-se positivada tanto na Constituição como no Código Civil, e, também, no artigo 9º do Estatuto da Cidade, privilegiando aquele que, não sendo proprietário de outro imóvel, possuir por cinco anos área urbana não superior a 250 m<sup>2</sup> para sua moradia ou de sua família (ANTUNES; SANTOS, 2016, p. 141).

A usucapião tabular é disciplinada no parágrafo único do artigo 1.242 do Código Civil, que regula a modalidade ordinária, prevendo que, nesses casos, quando o possuidor apresenta justo título e boa-fé, terá o prazo reduzido para cinco anos caso o bem tiver sido adquirido de maneira onerosa e, “com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico” (BRASIL, 2002).

A usucapião familiar, incluída no Código Civil com a Lei nº 12.424, de 2011, traz um elemento diverso das demais modalidades para seu reconhecimento, qual seja, o abandono do lar pelo cônjuge ou companheiro.

Conforme previsto na lei, portanto, irá adquirir o domínio aquele que exerce posse direta e sem oposição, por dois anos, sobre imóvel urbano de até 250 m<sup>2</sup>, após abandono do lar pelo cônjuge ou companheiro, caso tenha utilizado para moradia própria ou de sua família, e desde que não seja proprietário de outro imóvel, tanto urbano quanto rural (BRASIL, 2002).

Cabe ressaltar que, nessa modalidade de usucapião, o usucapiente já é, necessariamente, proprietário do bem em comumhão com o ex-cônjuge ou ex-companheiro, adquirindo, após o reconhecimento do direito, o domínio exclusivo.

Ao adentrar na esfera familiar, trazendo o abandono de lar como elemento para a caracterização dessa espécie de usucapião, grande parte da doutrina passou a criticá-la, pois, para configurar um abandono, seria necessária uma discussão sobre culpa, que já se encontra ultrapassada no Direito de Família (BRÉTAS, 2018, p. 211).

O Estatuto da Cidade é responsável por regular a usucapião coletiva (ANTUNES; SANTOS, 2016, p. 141), que permite a aquisição do domínio em decorrência do exercício da posse por um conjunto de pessoas residentes em “níveis urbanos informais” (BRASIL, 2016).

Para que ocorra essa modalidade de usucapião, torna-se necessário que um conjunto de pessoas exerça posse por mais de cinco anos sem oposição em uma área total que, dividida pelo número de possuidores, seja inferior a 250 m<sup>2</sup> por possuidor, e “desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural” (BRASIL, 2016).

A usucapião indígena é aquela que visa a proteger essa classe de indivíduos, ao possibilitar que “o índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinqüenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena” (BRASIL, 1973b).

Por fim, cabe ressaltar que parte da doutrina ainda elenca um outro tipo de usucapião: a administrativa, prevista na Lei nº 11.977 de 2009, tendo essa nomenclatura por se originar de um ato emanado da Administração Pública (COUTO, 2019, p. 96).

Trata-se, no entanto, na prática, de um instrumento de regularização fundiária criado pelo Poder Público chamado Reurb, ao emitir uma legitimação de posse dos ocupantes que, posteriormente, pode ser convertida em aquisição de propriedade pelo decurso do tempo, assim como ocorre nas outras modalidades de usucapião.

É Importante, no presente estudo, entender que até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, essas formas de aquisição da propriedade e outros direitos reais eram feitas quase que exclusivamente de forma judicial, por meio de uma demanda morosa e custosa para as partes envolvidas, conforme será demonstrado de forma breve a seguir, analisando a trajetória histórica desse procedimento judicial a partir do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973ba).

### 3 EVOLUÇÃO DO PROCEDIMENTO ATÉ A EFETIVA DESJUDICIALIZAÇÃO

#### 3.1 O procedimento no Código de Processo Civil de 1973

A análise histórica procedural do instituto da usucapião aqui realizada irá usar como ponto de partida a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (BRASIL, 1973a), instituidora do Código de Processo Civil, que vigorou até o ano de 2016.

Durante essa fase, a aquisição da propriedade por meio desse instituto era concretizada mediante um procedimento judicial especial, regulado no Livro IV, Título I, Capítulo VII, da Lei nº 5.869 de 1973, que elenca algumas regras específicas de bastante importância.

Tendo em vista a grande utilização desse procedimento na prática, posto que a usucapião se apresentava como uma solução para regularização das propriedade advindas de contratos que não chegaram a ser registrados, o legislador à época teve especial atenção ao criar esse procedimento especial.

Tratava-se de verdadeira ação judicial declaratória, ou seja, o usucapiente buscava a declaração do domínio por meio de uma sentença que, caso confirmasse o direito, seria enviada por intermédio de mandado ao cartório de registro de imóveis competente para sua transcrição (RIBEIRO, 2008, p. 1.097-1.099).

Grande parte da doutrina não admitia a possibilidade de reconhecimento da usucapião por uma via administrativa, alternativa à judicial, com o argumento de que a contenciosidade, considerada inerente ao procedimento judicial, se fazia bastante presente nesses casos, tendo em vista a importância do direito envolvido na lide:

É inviável proceder ao reconhecimento da prescrição aquisitiva nos estreitos limites da via administrativa. Cuida-se de hipótese impossível de acontecer, cingindo as discussões, na maioria das vezes, a registros públicos, em especial ao imobiliário, quer por procedimentos de dúvidas, quer por requerimentos dirigidos ao oficial ou ao juiz competente (RIBEIRO, 2008, p. 1.099).

Apesar disso, uma via administrativa para a concretização foi criada em nosso ordenamento, prevista na Lei nº 6.969 de 1981, na qual era regulada uma espécie de usucapião especial administrativa em terras devolutas federais.

Essa forma alternativa de procedimento, no entanto, perdeu o seu valor prático com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que vedou, de forma expressa, a usucapião de bens públicos, tornando inócuo o previsto na lei.

O procedimento da usucapião, portanto, era quase exclusivamente judicial, com exceção apenas do supramencionado, além de conter algumas regras peculiares de extrema importância prática, como a prevista no revogado artigo 944, ao determinar que “intervirá obrigatoriamente em todos os atos do processo o Ministério Público” (BRASIL, 1973a).

Além dos requisitos específicos previstos no Código de 1973, o Supremo Tribunal Federal também elaborou dois entendimentos aplicáveis aos processos de usucapião, consolidados nas Súmulas 263 e 391:

Súmula 263: O possuidor deve ser citado pessoalmente para a ação de usucapião.

Súmula 391: O confinante certo deve ser citado, pessoalmente, para a ação de usucapião (BRASIL, 2018a, b).

Ou seja, pela sensibilidade do direito de propriedade envolvido nesses casos, tanto o possuidor quanto o confinante certo do imóvel objeto da ação, deveriam ser citados pessoalmente para a ação de usucapião, não se admitindo a citação por correio, gerando maior segurança jurídica para esses indivíduos.

Essa era a forma de se concretizar a usucapião até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que alterou, de forma substancial, o procedimento, além de passar a admitir sua realização de forma extrajudicial, ao acrescentar o artigo 216-A na Lei de Registros Públicos.

### 3.2 O procedimento no Código de Processo Civil de 2015

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (BRASIL, 2015), instituiu o novo Código de Processo Civil considerado um verdadeiro marco revolucionário no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo, como um de seus princípios basilares, dentre outros de grande importância, a busca pelas formas alternativas de resolução de conflitos, como a conciliação, a arbitragem e, principalmente, a desjudicialização de alguns procedimentos.

Ao entrar em vigor no dia 18 de março de 2016, esse diploma legal extinguiu o procedimento especial da ação de usucapião, que passou a ser regulado como procedimento comum.

Algumas regras específicas que eram aplicadas foram mantidas em artigos esparsos no novo código, em especial a necessidade de a citação dos confinantes ser feita de forma pessoal, positivada no artigo 246, § 3º, cujo texto é claro:

Art. 246 (...) § 3º Na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada (BRASIL, 2015).

A grande inovação, no entanto, que essa lei trouxe em relação à usucapião, revolucionando o modo de concretização desse direito, foi a criação do procedimento extrajudicial, disciplinado no artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, que continha a seguinte redação originalmente:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I – ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;

II – planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;

III – certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

(...) (BRASIL, 1973b. Texto original).

Dessa forma, o procedimento, que outrora era realizado apenas perante o Poder Judiciário, passou a ser admitido de forma extrajudicial, podendo ser feito perante o cartório de registro de imóveis da localização do imóvel usucapiendo, mediante requerimento do interessado, representado, obrigatoriamente, por advogado regularmente inscrito no órgão competente.

O próprio artigo trouxe diversos requisitos para concretizar o pedido de usucapião na via administrativa; dentre eles: ata notarial lavrada pelo tabelião atestando o tempo de posse do interessado e dos seus antecessores; a planta e o memorial descritivo do imóvel, obrigatoriamente assinados pelos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do bem e por profissional legalmente habilitado; certidões negativas do imóvel e do requerente além de vários outros documentos capazes de comprovar ser justa a declaração do domínio pela usucapião.

Uma regra, no entanto, era considerada um entrave para a concretização efetiva desse procedimento extrajudicial, relativa à necessidade de assinatura dos titulares de direitos sobre o bem e à notificação desses indivíduos, principalmente o antigo proprietário, para se manifestarem sobre o pedido de usucapião, conforme dispunha a lei na época de sua entrada em vigor:

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância (BRASIL, 1973b).

Ou seja, na falta dessas assinaturas, os titulares de direitos sobre o imóvel, principalmente o antigo proprietário, deveriam ser notificados pelo cartório para concordarem, de forma expressa, com o procedimento em 15 dias, e a falta de manifestação era considerada discordância, o que implicava extinção administrativa desse requerimento e sua remessa para o juiz competente.

Assim, bastava para esses indivíduos ficarem inertes em relação ao requerimento para extinguir o procedimento extrajudicial de usucapião, remetendo-o para o Poder Judiciário após a adequação necessária feita pelo interessado, nos moldes de uma petição inicial.

Essa regra foi fundamentada, principalmente, nos direitos constitucionais de propriedade e no devido processo legal, conforme explica, de forma exemplar, Luiz Antonio Scavone Junior (2016):

Assim, não poderá haver reconhecimento de usucapião extrajudicial sem que os titulares do domínio e de outros direitos reais estejam de acordo, sob pena de ferimento do princípio segundo o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

Mesmo que se pudesse redarguir, afirmado que não há mais titular de direito real tendo em vista a aquisição originária do possuidor, além de os direitos reais, notadamente a propriedade, constarem da matrícula, a questão constitucional exigirá a assinatura daquele que ostenta, no álbum imobiliário, a condição de titular do domínio, sem o que, embora haja possibilidade de reconhecimento da usucapião, o pedido deve ser judicial (p. 1.131).

Apesar desse importante argumento, tendo em vista os direitos constitucionais envolvidos, muitos profissionais e estudiosos questionavam essa regra, entendendo que ela inviabilizava na prática o procedimento extrajudicial, que não conseguia atingir o objetivo principal: a desjudicialização.

Em razão dessa pressão pela efetivação da via extrajudicial, foi publicada, em 11 de julho de 2017, a Lei nº 13.465, uma conversão da Medida Provisória nº 759 de 2016, alterando novamente a Lei de Registros Públicos, ao modificar algumas regras procedimentais de extrema importância da usucapião extrajudicial, principalmente aquela relativa à notificação dos titulares de direitos sobre o bem.

### 3.3 O procedimento após a Lei 13.465/2017 – a efetiva desjudicialização da usucapião

Apesar da recente criação do procedimento extrajudicial, algumas regras de extrema relevância que o disciplinavam foram alteradas, de maneira bastante significativa, pelo legislador pátrio.

Isso ocorreu em virtude da criação da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, uma conversão da Medida Provisória nº 759, de 2016, possuindo como escopo principal a regularização fundiária em áreas urbanas e rurais, bem como a liquidação de créditos relacionados aos assentados da reforma agrária (BRASIL, 2017).

Além de modificar diversos dispositivos legais contidos em outras leis, como o Código de Processo Civil e a Lei nº 11.977, de 2009, a Lei nº 13.465 inovou quando criou direitos inéditos no ordenamento jurídico, como o *direito real de laje*, ao incluir o Título XI, no Livro III – Direito das Coisas – do Código Civil de 2002.

Versando sobre temas de extrema importância, essa inovadora lei sofre, atualmente, três questionamentos acerca de sua constitucionalidade, em aspectos formais e materiais, por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

A maior influência desse instrumento normativo na trajetória da desjudicialização da usucapião ocorreu em decorrência das inúmeras modificações que ele realizou no procedimento previsto no artigo 216-A da Lei de Registros Públicos.

A principal modificação diz respeito à interpretação sobre o silêncio dos titulares de direitos sobre o bem objeto do procedimento ou sobre os imóveis confinantes, após terem sido notificados pelo Cartório de Registro de Imóveis.

Antes do advento da Lei nº 13.465, o silêncio dos indivíduos supramencionados, após a notificação, inclusive por edital, era interpretado como discordância tácita ao pedido de usucapião formulado perante o Cartório competente.

Essa interpretação, no entanto, sobre o silêncio dos titulares de direitos sobre o imóvel e sobre os imóveis confinantes era, também, vista por muitos como um grande entrave para a efetivação do procedimento criado com o Código de Processo Civil de 2015:

Portanto, não estando a planta assinada pelos titulares de direito real registrados ou averbados na matrícula dos imóveis confinantes, esses serão notificados para oferecer concordância, interpretando o silêncio como discordância, o que acarretará na rejeição do pedido extrajudicial por inadequação da documentação (parágrafo 8º) e a obrigatoriedade de propositura de ação judicial para declaração da usucapião (parágrafo 9º), sepultando de alguma eficácia e utilidade o procedimento de usucapião extrajudicial (PEREIRA, 2016).

Para esses doutrinadores, como Leonardo Brandelli, o fato de que, bastando a inércia dos possíveis interessados no reconhecimento extrajudicial de aquisição da propriedade ou outro direito real, isso estimularia a falta de manifestação expressa, tornando, dessa forma, o procedimento inócuo:

Ora, se algum legitimado passivo certo recebe a notificação e se mantém silente durante o prazo para impugnar, a presunção que deve haver é a de que não tem ele interesse em impugnar. Se tivesse, o faria no prazo. Alguém que, recebendo a notificação, verifique que há afronta a seu direito, não se calará; impugnará o pedido feito. Ao contrário, alguém que, notificado, perceba que em nada lhe afeta o pedido, não terá o menor incentivo para manifestar-se positivamente no processo administrativo, salvo se por questões de amizade ou similares (BRANDELLI, 2016, p. 132-133).

Ou seja, a inversão da regra de interpretação sobre o silêncio, para essa parte da doutrina, importaria na efetividade do procedimento extrajudicial da usucapião, desafogando o Poder Judiciário e corrigindo seu problema estrutural ao retirar grande parte das demandas de um procedimento do seu âmbito de atuação (BRANDELLI, 2016, p. 133).

Em virtude desse clamor pela efetivação do procedimento extrajudicial, em uma busca por maior celeidade e economia nos casos de reconhecimento da usucapião, a Lei nº 13.465, de 2017, resultado da conversão da Medida Provisória no 759, de 2016, mudou drasticamente a regra de interpretação sobre a falta de manifestação dos titulares de direitos registrais envolvidos, após a notificação feita pela serventia extrajudicial.

Essa regra de interpretação, portanto, foi invertida com a nova lei, ao determinar que, caso os titulares de direitos sobre o bem objeto do pedido de usucapião permanecessem inertes após a notificação, estariam eles concordando de maneira tácita com o procedimento.

Para muitos, essa modificação da regra foi o que efetivou a desjudicialização do procedimento da usucapião, uma vez que a presunção da discordância após o silêncio seria considerada um verdadeiro entrave para o procedimento:

Nesse ponto, a Lei nº 13.465/17 alterou o artigo 216-A, da LRP, passando a interpretar como concordância a falta de manifestação do titular do direito registrado ou averbado na matrícula do imóvel usucapiendo ou do imóvel confrontante, após notificação pelo registrador de imóveis. Na redação original, a inércia dessas pessoas fazia presumir sua discordância, impedindo o prosseguimento da usucapião na via administrativa, sendo necessária sua remessa ao poder judiciário (BOCZAR; ASSUMPÇÃO, 2018, p. 144-145).

Ora, percebe-se a importância desse instrumento normativo na construção de um ordenamento jurídico que propicie efetivamente a desjudicialização da usucapião, em razão das significativas mudanças mencionadas anteriormente.

Essas modificações fundamentam-se justamente na necessidade moderna de criação de novos meios alternativos para a satisfação das pretensões, como a desjudicialização dos procedimentos, em virtude da crise que atinge o Poder Judiciário e acaba prejudicando todos os indivíduos (ANTUNES; SANTOS, 2016, p. 145).

As serventias extrajudiciais apresentam-se como um excelente meio de desafogar as demandas do Judiciário, já fazendo isso em casos de inventários, divórcios, retificação de registro e, a partir dessas recentes leis, de usucapião feita de forma pacífica.

Dessa forma, essa nova via para a aquisição da propriedade tornou-se extremamente atrativa, tendo em vista a redução de custos e a agilidade do procedimento em comparação àquele proposto perante o Poder Judiciário.

A Lei nº 13.465 representa, por corolário lógico, na construção de um ordenamento que propicie a desjudicialização, o instrumento normativo que efetivou a possibilidade da concretização da usucapião por uma via alternativa à tradicional, que sofria com os conhecidos problemas que afetam o Poder Judiciário, como a morosidade e o elevado custo.

## 4 CONCLUSÃO

Procurou-se, no presente estudo, chegar-se à conclusão de que a Lei nº 13.465 de 2017 foi o instrumento final em um processo de evolução legislativa que efetivou a desjudicialização do procedimento da usucapião.

Para isso, foi abordado, primeiramente, os aspectos gerais sobre o instituto da usucapião como direito material, por meio de uma breve análise histórica de sua evolução, desde os tempos mais remotos até sua introdução no ordenamento pátrio.

Foi demonstrado, também, que seus principais fundamentos se resumem na função social da propriedade e da posse, na necessidade de regularização fundiária e na justiça social no momento de utilização dos bens.

Ainda, foram pormenorizadas suas principais modalidades, algo que se apresenta como de necessário conhecimento por parte do operador do direito, tendo em vista sua grande utilização prática por indivíduos de todas as camadas sociais.

Após o introdutório sobre o instituto, foi feito um recorte histórico com o intuito de demonstrar como ocorreu a construção normativa do ordenamento jurídico na busca por uma nova norma que propicie a desjudicialização efetiva do procedimento, desde o Código de Processo Civil de 1973 até a Lei nº 13.465 de 2017.

Viu-se que o procedimento extrajudicial da usucapião, apesar de ter surgido anteriormente em leis esparas, somente ganhou verdadeira importância no cenário brasileiro com o Código de Processo Civil de 2015, que, ao acrescentar o artigo 216-A na Lei de Registros Públicos, criou um procedimento que abarcasse as principais modalidades dessa forma de aquisição da propriedade e de outros direitos reais a ela inerentes.

Apesar de o procedimento ter sido regulado, sua efetivação, na prática, era difícil de ocorrer, principalmente pela regra que tratava da necessidade de assinatura dos titulares de direitos sobre o imóvel.

Caso não houvesse alguma dessas assinaturas no momento de requerimento da usucapião perante o Cartório de Registro de Imóveis, o titular do direito deveria ser notificado, bastando que ele não respondesse a essa notificação para que presumisse sua discordância, extinguindo a via administrativa e remetendo o procedimento para o Poder Judiciário.

Na prática, portanto, até mesmo um antigo proprietário que não tivesse mais interesse sobre o bem poderia permanecer inerte, o que seria mais cômodo, prejudicando todo o procedimento extrajudicial.

Em razão da pressão da comunidade jurídica na busca pela desjudicialização da usucapião, a Lei nº 13.465, de 2017, que surgiu para regular alguns instrumentos de regularização fundiária, modificou novamente o artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, invertendo as regras que dispunham sobre a concordância dos titulares de direitos sobre o bem após a notificação.

A partir de então, caso os titulares de direitos sobre o bem permaneçam inertes após a notificação, que pode chegar a ser efetivada inclusive por edital, o seu silêncio implicará concordância tácita ao procedimento.

Dessa forma, a regra, que era considerada o maior entrave para a concretização da usucapião extrajudicial, muda completamente, possibilitando que esse procedimento se efetive na prática.

A conclusão obtida com o presente estudo, portanto, é que o ordenamento jurídico evoluiu, ocorrendo a efetiva desjudicialização do procedimento de usucapião, em decorrência, principalmente, do advento da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, satisfazendo a tendência moderna de busca por meios alternativos de solução de conflitos ao Poder Judiciário.

## 5 REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.
- ANTUNES, Marcello; SANTOS, Ceres Linck dos. A natureza jurídica da usucapião do art. 216-A da Lei dos Registros Públicos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Ed. RT, v. 72, a. 17, p. 135-149, dez. 2016.
- BOCZAR, Ana Clara Amaral Arantes; ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Macula. *Usucapião Extrajudicial*. Leme, SP: JH Mizuno, 2018.
- BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*: de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 5 jan. 1916.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. 1973a. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm). Acesso em: 6 set. 2018.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.
- BRASIL. *Constituição Federal*. Constituição da República Federativa do Brasil 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: 18 set. 2018.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 12 set. 2018.
- BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. *Dispões sobre os registros públicos, e dá outras providências*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1973b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm). Acesso em: 10 set. 2018.
- BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nºs 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jul. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 263*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=juris-prudenciaSumula>. Acesso em: 20 ago. 2018a.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 391*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=juris-prudenciaSumula>. Acesso em: 20 ago. 2018b.
- BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. *Inconstitucionalidade da usucapião familiar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. *Usucapião extrajudicial*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais*. 15. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 5: Direito das Coisas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2008.

MOTA, Mauricio; TORRES, Marcos Alcino (coord.). A função social da posse no Código Civil. *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NADER, Natal. *Usucapião de imóveis*: usucapião ordinário – usucapião extraordinário – usucapião especial rural e urbano. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, volume 4: Direito das Coisas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Cáio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil* – direitos reais. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil* – Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Felipe Pires. Artigo: *A interpretação do silêncio na usucapião extrajudicial do novo CPC*. 17 fev. 2016. Disponível em: <https://www.tabelionatofischer.not.br/noticias/area-notarial/artigo-a-interpretacao-do-silencio-na-usucapiao-extrajudicial-do-novo-cpc-felipe-pires-pereira>. Acesso em: 25 ago. 2019.

PINTO, Antonio Luis de; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (col.). Organização Editora Saraiva. *Código Civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 1.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 2.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas, volume 5*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENFIELD, Denis Lerrer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito imobiliário – teoria e prática*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

# ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DA *AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO ITALIANA:* Comparações com a Tomada de Decisão Apoiada Brasileira

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.145-162>

Recebido em: 20/3/2020

Modificações solicitadas em: 12/8/2020

Aceito em: 18/8/2020

**Gilberto Fachetti Silvestre**

Autor correspondente. Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). Av. Fernando Ferrari, 514 – Goiabeiras. CEP 29075-910. Vitória/ES, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/7148335865348409>. <https://orcid.org/0000-0003-3604-7348>. [gilberto.silvestre@ufes.br](mailto:gilberto.silvestre@ufes.br)

**Guilherme Santos Neves Abelha Rodrigues**

Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). Vitória/ES, Brasil.

**Igor Gava Mareto Calil**

Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). Vitória/ES, Brasil.

## RESUMO

Trata-se de pesquisa que realizou uma revisão bibliográfica sobre o instituto italiano de amparo à pessoa com deficiência/enfermidade da *amministrazione di sostegno*, comparando-o com as diretrizes gerais do instituto brasileiro da tomada de decisão apoiada, que tem a mesma função, a partir de seus aspectos jurídicos materiais e processuais. No Brasil, a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) incluiu o artigo 1.783-A no Código Civil, criando a tomada de decisão apoiada. A literatura jurídica brasileira aponta, desde então, que esse apoio se assemelha à *amministrazione di sostegno* do *Codice Civile* de Itália. Analisando material documental (julgados e bibliografia), a pesquisa respondeu ao questionamento se realmente há similaridade entre ambos os institutos, com dois objetivos: se há, quais seriam as contribuições da *amministrazione di sostegno* para a melhor compreensão e operabilidade da tomada de decisão apoiada; e se não há, propor que no Brasil não mais se faça a afirmação da correspondência, o que pode causar prejuízos na operabilidade desse instrumento de apoio no país.

**Palavras-chave:** Pessoa com deficiência. Apoio. *Amministrazione di sostegno*. Tomada de decisão apoiada.

**MATERIAL AND PROCEDURAL ASPECTS OF THE AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO IN ITALY:  
COMPARISONS WITH THE TOMADA DE DECISÃO APOIADA IN BRAZIL**

## ABSTRACT

This is a research that carried out a bibliographic review on the Italian institute of support for people with disabilities from the *amministrazione di sostegno* with the Brazilian institute with the same function of *tomada de decisão apoiada*, from its material and procedural legal aspects. In Brazil, the Inclusion Law for Persons with Disabilities (Law No. 13,146/2015) included article 1,783-A in the Civil Code, creating *tomada de decisão apoiada*. The Brazilian legal literature points out, since then, that this support is similar to the *amministrazione di sostegno* of the *Codice Civile* of Italy. Analyzing documentary material (judgments and bibliography), the research answer the question whether there is really similarity between both institutes, with two objectives: if any, what would be the contributions of *amministrazione di sostegno* to better understanding and operability of *tomada de decisão apoiada*; and if not, propose that in Brazil there is no more affirmation of correspondence, which can cause losses in the operability of this support instrument in country.

**Keywords:** Disabled person. Support. *Amministrazione di sostegno*. *Tomada de decisão apoiada*.

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O apoio às pessoas com deficiência no Direito italiano. 3 Procedimento e causa de pedir da *amministrazione di sostegno*. 4 Como é a tomada de decisão apoiada brasileira? 5 Comparando a *ratio juris* dos institutos. 6 Conclusão. 7 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº. 13.146/2015) incluiu o artigo 1.783-A no Código Civil, criando a tomada de decisão apoiada. Desde então, apontou-se e aponta-se que esse apoioamento se assemelha à *amministrazione di sostegno* do *Codice Civile* de Itália, assim como se assimilaria à *Sachwalterschaft* da Áustria, à *Betreuung* da Alemanha, ao administrador da Bélgica, à *sauvegarde de justice* da França, ao *apoyo* da Argentina e à *administración de apoyo* da Espanha.

Foi realizada uma revisão bibliográfica sobre o instituto italiano de amparo à pessoa com deficiência da *amministrazione di sostegno* com o instituto brasileiro com a mesma função da tomada de decisão apoiada, a partir de seus aspectos jurídicos materiais e processuais.

Apesar da afirmação de semelhança, esta pesquisa investigou – no âmbito de projeto de iniciação científica (PRPPG/Pivic/CNPq) – se existe no Brasil material bibliográfico que abordasse em profundidade os aspectos jurídicos materiais e processuais da *amministrazione di sostegno*, cujo resultado não foi satisfatório. Na amostragem colhida não se verificou existirem trabalhos específicos sobre o tema, mas alusões em teses e dissertações sobre esse apoioamento. Por isso, a pesquisa pretendeu inovar quanto a essa possível falha, fazendo uma análise em língua portuguesa sobre a *amministrazione di sostegno*, com o objetivo de facilitar sua compreensão.

Foram tratadas as diretrizes gerais da tomada de decisão apoiada para focar e aprofundar de modo especial no instituto italiano. A intenção é apresentar a *amministrazione di sostegno* e demonstrar que ambos os institutos guardam substanciais diferenças na concepção e no procedimento. O objeto de aprofundamento foi o instituto italiano. Passados cinco anos da existência da tomada de decisão apoiada no Direito brasileiro e a quantidade de trabalhos já publicados, não justificaria aprofundar este item do trabalho. O conhecimento da tomada de decisão apoiada, portanto, é pressuposto de leitura deste texto, pois o instituto brasileiro foi analisado apenas em aspectos gerais, para compreender sua diferença de concepção em relação ao instituto italiano. Fica esclarecido, assim, que nosso objetivo não é desenvolver a tomada de decisão apoiada; conhecê-la em detalhes é um pressuposto de leitura e compreensão deste trabalho.

Analizando o material documental da amostra (julgados e bibliografia), a pesquisa respondeu ao questionamento se realmente há similaridade quanto à *ratio juris* e outros elementos entre ambos os institutos e qual a repercussão de tal e possível similitude, sempre com dois objetivos: se há semelhança, quais seriam as contribuições da *amministrazione di sostegno* para a melhor compreensão e operabilidade da tomada de decisão apoiada; e se não há, propor que no Brasil não mais se faça a afirmação da correspondência, o que pode induzir a um erro que causaria prejuízos na operabilidade desse instrumento de apoio no Brasil.

Espera-se, com esta pesquisa, oferecer à comunidade jurídica um material que possa contribuir para a compreensão da tomada de decisão apoiada, que, mesmo completando seis anos de vigência em 2021, apresenta dúvidas quanto à sua operabilidade. Do mesmo modo, a *amministrazione di sostegno* – que conta com uma experiência jurídica mais antiga, datada de 2004 – pode oferecer importantes elementos práticos para a tutela da pessoa com deficiência, sempre no seu melhor interesse.

## 2 O APOIO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO ITALIANO

Em meio a um movimento de valorização e de inclusão das pessoas com deficiência e dos enfermos psicossomáticos (mentais e físicos), a Lei nº 6, de 9 de janeiro de 2004, criou um paradigma no que se refere ao tratamento dispensado a eles na Itália. Assim, pautando-se na tutela de seus direitos com a menor restrição possível da capacidade de agir, houve uma ruptura com o modelo tradicional de proteção daqueles indivíduos, adquirindo relevo ético-social (BONILINI; TOMMASEO, 2008, p. 8). Promoveu, portanto, o apoio para o desenvolvimento da autonomia e exercício da capacidade, transcendendo a esfera da proteção patrimonial. Nesse sentido, assim dispõe o artigo 1º da *Legge 9 gennaio 2004, n. 6*: “Art. 1 – La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente”.

Esse movimento de mudança da percepção e do tratamento dos indivíduos com deficiência física e mental/intelectual, sacramentado pela Lei nº 6/2004, iniciou-se mormente com as transformações da forma com a qual se enxerga tais sujeitos. Verifica-se uma ruptura com a classificação de enfermidade/deficiência segundo critérios exclusivamente médicos e técnicos, que acabavam por instituir estígmas e preconceitos, permitindo a difusão de tratamentos e cuidados inclusivos essenciais para essas pessoas.

A legislação vigente na Itália até a década de 50 do século 20, incentivava um tratamento “*di tipo custodialistico e di polizia, e non come trattamento positivo sulla salute della persona*” (BUGETTI, 2007, p. 7). Essa concepção tem origem na Lei nº 36 de 14 de fevereiro de 1904, que traz as disposições sobre manicômios e alienados e a custódia dos alienados, instituindo logo, em seu artigo 1º, que a internação dos indivíduos “alienados mentais” [sic] deveria ocorrer quando pudessem oferecer algum tipo de periculosidade ao meio social. Essa norma, que remonta há mais de cem anos, inspirava-se em outra ainda mais antiga, qual seja, a *Loi Esquierol* francesa de 1838, fomentadora do estigma de que as pessoas com deficiências mentais eram indesejáveis e perigosas (GARGANI, 2015-2016, p. 2). É evidente que as medidas vigentes na época não buscavam a tutela da pessoa e de sua autonomia, mas sua exclusão do convívio social com o objetivo de preservar direitos de terceiros.

Com a vigência da *Costituzione Della Repubblica Italiana* em 1947, e diante das novas concepções médicas acerca de enfermidades mentais e físicas, iniciou-se um movimento para dar maior atenção e preocupação à preservação da autonomia e autodeterminação da pessoa. Assim, em 1986, juristas e médicos psiquiatras italianos reuniram-se em Trieste com o intuito de propor uma reforma do *Codice Civile* acerca do *status* dos sujeitos não autossuficientes, principalmente aqueles com deficiências mentais, que ficou conhecida como *Bozza Cendon* (GARGANI, 2015-2016, p. 8).

Nota-se, portanto, o estímulo à criação de normas jurídicas com essa mesma intenção de dar especial amparo às pessoas com deficiência e garantir sua cidadania, conforme destaca Roberto Masoni (2009, p. 39): “La disciplina, infatti, ha un alto contenuto sociale, ed è una risposta di civiltà per la salvaguardia della qualità e della dignità della vita, como tutelati dalla nostra Carta fondamentale”.

É nesse contexto que aparece a Lei nº 6 de 9 de janeiro de 2004, que inovou ao criar o instituto da “*amministrazione di sostegno*”, um instrumento de apoio mais flexível e menos invasivo, moldado às particularidades do caso concreto, que se propôs a mitigar a burocracia características dos institutos de *interdizione* e *inabilitazione*, os quais voltam-se mormente à esfera patrimonial, em detrimento da tutela plena dos aspectos existenciais. Nicola Orlando (2013, p. 49-50), a propósito, destaca a morosidade e a burocracia características desses tradicionais institutos italianos.

De igual maneira, a Lei nº 6/2004 conferiu maior possiblidade de adequação da medida de apoio às específicas necessidades e anseios do beneficiário, buscando ao máximo a preservação de sua autonomia. Assim, o novel instituto transcendeu o binômio da “deficiência mental-incapacidade”, que tinha um exclusivo olhar às causas de incapacidade, e passa a atentar-se, sobretudo, às impossibilidades práticas decorrentes da deficiência ou enfermidade na vida do sujeito. Trata-se do chamado conceito social de deficiência.

### 3 PROCEDIMENTO E CAUSA DE PEDIR DA AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

Para melhor compreender o instituto, é possível traçar a seguinte sistematização geral do regime jurídico da *amministrazione di sostegno*, prevista nos artigos 404 a 413, entre outros, do *Codice Civile* italiano.

Quanto à legitimidade ativa, o artigo 406 do *Codice Civile* estabelece que estão legitimados para requerer a *amministrazione di sostegno*: 1) o próprio beneficiário, mesmo que menor, interditado ou inabilitado; 2) o cônjuge; 3) o convivente; 4) os parentes de até quarto grau; 5) aqueles com quem se mantém relação de até segundo grau; 6) o tutor; 7) o curador; e 8) o Ministério Público, que pode intervir em qualquer caso, mesmo quando não tiver sido aquele que requereu a constituição do apoio.

Os agentes do Serviço Social e de Assistência à Saúde, diretamente empregados na cura e assistência da pessoa, que tiverem conhecimento de fatos que justifiquem a constituição da *amministrazione*, devem dar início ao procedimento ou comunicar o Ministério Público para que este o requeira. Isto é, possuem legitimidade ativa para requerer a constituição da *amministrazione di sostegno*, e devem tomar as medidas cabíveis caso se defrontem com indivíduos que julguem necessitar do apoio, conforme disposto no artigo 406 c/c artigo 407.

O artigo 404 do *Codice Civile* estabelece quem pode ser beneficiário do instituto, ou seja, quem pode ser assistido por um administrador de apoio, que são os enfermos e os deficientes físicos e psíquicos que estiverem impossibilitados, parcial ou temporariamente, de prover aos seus próprios interesses. Sobre o significado de enfermidade, Maria Novella Bugetti (2007, p. 33) esclarece:

Quanto alla definizione dell'infermità, sembra che possano trovare applicazione le elaborazioni messe a punto nell'ambito di interdizione e inabilitazione, che definiscono la malattia mentale come alterazione patologica o processo morboso che "disturbando e dissolvendo l'attività psichica, diminuisce la libertà e la responsabilità del soggetto", indipendente da una sua connessione con il sistema nervoso.

Note que, diferentemente do instituto brasileiro da tomada de decisão apoiada (1.783-A do Código Civil c/c Lei nº. 13.146/2015), o apoio italiano não é limitado apenas às pessoas com deficiência, abrangendo também os enfermos. Além disso, há de se atentar a algumas hipóteses de possíveis beneficiários da *amministrazione di sostegno*, a fim de melhor examinar a possibilidade de sua aplicação.

Apesar de grande parcela dos beneficiários ser composta por idosos, a senilidade, de *per si*, não lhes confere o direito de requerer e, eventualmente, beneficiar-se do apoio, conforme destacam Stefania Monosi e Nicola Taccone (2016, p. 2):

Questa soluzione è stata accolta anche da una parte della giurisprudenza di merito che, in un recente provvedimento – Tribunale di Vercelli, 16 ottobre 2015, in CNN notizie del 4 dicembre 2015 –, ha stabilito l'inadeguatezza della nomina di un amministratore per l'ipotesi di un soggetto molto anziano ma privo di alcun deficit delle capacità cognitive. Si è ritenuto che, in presenza di un soggetto pienamente capace, la risoluzione di alcune problematiche della vita quotidiana può essere realizzata attraverso l'istituto del mandato, non rinvenendosi la necessità di privare il soggetto seppur in maniera minima della capacità di agire [...].

É impreverível que se enquadrem em algum dos requisitos do artigo 404, isto é, ser enfermo, deficiente físico ou psíquico, e estar impossibilitado de prover seus próprios interesses, conforme analisou Damiano Gargani (2015-2016, p. 40): "equivale a dire, che ne esulano le ipotesi di mera difficoltà: in tal caso si dovrebbe ricorrere ad altri strumenti giuridici e non all'amministrazione di sostegno che comporta, almeno in parte, una privazione della capacità d'agire".

Há, todavia, na literatura jurídica italiana quem entende que as dificuldades geradas pela senilidade poderiam ensejar a aplicação do instituto de apoio, independentemente de deficiência, a exemplo de Maria Novella Bugetti (2007, p. 35):

Ciò non di meno, spesso accade che la vecchiaia – eventualmente anche in mancanza di alcuna patologia mentale – determini una limitazione apprezzabile delle funzioni della vita quotidiana, con conseguente impossibilità di provvedere adeguatamente ai propri interessi. Come ha sottolineato la giurisprudenza, l'amministrazione di sostegno ben risponde alle esigenze di protezione del soggetto in età avanzata, perché consente di assolvere la funzione di protezione e assistenza, senza in alcun modo pregiudicare la personalità dell'anziano,

Tal e qual a senilidade, a prodigalidade, de *per si*, não legitima a constituição do instrumento de apoio em questão. Afinal, não é considerada uma doença, mas tão somente um desvio de personalidade que pode se manifestar em algumas patologias ou deficiências mentais, quando caberia a aplicação do instituto (GARGANI, 2015-2016, p. 48). Não é, portanto, a prodigalidade, mas a causa de que é sintoma que figura como requisito para a aplicação da *amministrazione di sostegno*.

Esta pesquisa revelou que, a partir de uma interpretação literal do artigo 404, há quem comprehende na literatura jurídica italiana que a dependência alcóolica e toxicológica (ébrios habituais e viciados em narcóticos) não figura como enfermidade ou deficiência mental. Não caberia, então, a aplicação da *amministrazione di sostegno*, que limitaria desnecessariamente a capacidade de agir do indivíduo. Esse é o entendimento, por exemplo, de Flávio Takanen (2019, p. 59): "Sul punto si ricorda che la maggioranza della dottrina e giurisprudenza ritiene che la misura di sostegno, nel caso di abuso di sostanze alcholiche o stupefacenti, non possa essere adottata nel caso vi sia um abuso abituale non grave, che non abbia provocato alterazione delle facoltà mentali".

Em contrapartida, há autores, pautando-se no princípio da dignidade humana, que entendem que a constituição do apoio seria capaz de satisfazer e auxiliar na recuperação dos sujeitos dependentes do álcool e de entorpecentes, privados de parte de sua autonomia e socialmente marginalizados (GARGANI, 2015-2016, p. 53).

Ambos os posicionamentos partem da premissa de que a dependência alcóolica e toxicológica não figura como enfermidade ou deficiência mental. A Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), da Organização Mundial da Saúde (OMS), todavia, considera que elas são patologias, catalogadas sob o CID 10 – F10 a F19 (transtornos mentais e de comportamento em razão do uso de substâncias psicoativas) (LEMOS, 2010). Questiona-se, portanto, as interpretações mencionadas, de modo a entender que os ébrios habituais e viciados em narcóticos enquadrar-se-iam na *fattispecie* do artigo 404.

Outros possíveis beneficiários são as pessoas com deficiência ou enfermidade físicas que são *compos sui*. Nesse caso, apesar da presença de enfermidade ou deficiência física, não há impossibilidade, mas apenas uma dificuldade no desempenho de suas funções. Esses indivíduos são, como costuma-se denominar na literatura, *compos sui*. Sobre essa questão, há quem defende que, como não haveria impossibilidade de prover aos próprios interesses, seria incabível a aplicação do instituto de apoio, como Livia Di Bello (2014-2015, p. 20):

Vi è infatti chi ritiene che la persona che abbia piena lucidità mentale e sia costretta a casa o al ricovero in quanto non deambulante, una persona anziana che, ad esempio, si muove con l'utilizzo di presidi, come carrozze, si trova non nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi, ma nell'inattitudine di provvedere direttamente per gravi ostacoli, ha diritto ad una rappresentanza attraverso strumenti negoziali come procura e mandato, non alla nomina di un amministratore che comunque limita le capacità di un soggetto

Em sentido semelhante, Damiano Gargani (2015-2016, p. 60) assevera:

Secondo tale orientamento, nel caso di persona inferma o menomata nel fisico, ma perfettamente *compos sui*, non si concretizza il presupposto dell'impossibilità a provvedere ai propri interessi, quanto piuttosto va riconosciuta la sua inattitudine a provvedervi direttamente. In questi casi l'accesso al nuovo istituto comporterebbe una inammissibile rinuncia alla propria capacità d'agire, di fronte alla quale, il giudice perderebbe quella discrezionalità che le norme sull'amministrazione di sostegno gli conferiscono

Tal argumento funda-se na ausência do requisito de *impossibilidade* do artigo 404 e no exposto pelo artigo 1º da Lei nº 4/2004, que institui como finalidade da norma a menor limitação possível da capacidade de agir dos sujeitos. Desse modo, entende-se que se o indivíduo não se encontra impossibilitado de desempenhar suas atividades e pôr em prática seus interesses, não seria coerente a nomeação de um *amministratore di sostegno*, que acarretaria em uma redução desnecessária de sua capacidade de agir. Afinal, a dirimência dessa “dificuldade” para prover aos próprios interesses poderia se dar por um instrumento de representação voluntária, menos invasivo, formal e gravoso.

Tal argumento, no entanto, tem como premissa que a *amministrazione di sostegno*, impreterivelmente, reduz a capacidade de agir do beneficiário. Contrariando tal entendimento, outros autores vislumbram a possibilidade dos enfermos ou das pessoas com deficiência, mas *compos sui*, serem beneficiários do apoio sem que haja prejuízo à sua capacidade.

Nesse caso, seria o administrador um mero conselheiro que apenas auxiliaria o administrado, sem que isso significasse redução em qualquer grau de sua autonomia. Essa questão traz, todavia, questionamentos ainda mais amplos: seria a *amministrazione di sostegno* cabível quando outra opção menos drástica fosse adequada para a tutela do indivíduo? Aplicando as disposições alemãs do *Betreuung* ao ordenamento jurídico italiano, a *amministrazione di sostegno* apenas poderia ser deferida quando realmente necessária.

O *Betreuung*, cabe explicar, é um instrumento de apoio alemão similar à *amministrazione di sostegno*, que, entre seus requisitos de aplicação, requer a necessidade do apoio, isto é, a constituição do instituto dar-se-á apenas nos casos em que, de fato, for necessário, principalmente quando a tutela da pessoa não puder ser prestada por outros instrumentos (§ 1896, II, *Bürgerliches Gesetzbuch*) (BUGETTI, 2007, p. 37-40).

Aponta Maria Novella Bugetti (2007, p. 37-40) que, tendo a *amministrazione di sostegno* um caráter mais formal e publicístico, com a presença de um juiz fiscalizador, o conceito de necessidade não seria uniforme, pois confere diversas garantias ao sujeito para além da dirimência de sua impossibilidade, sendo, portanto, ao mesmo tempo um instrumento de apoio e garantia para o beneficiário.

Sobre a figura do *amministratore* (“apoiador”), considerando que o artigo 411 do *Codice Civile* determina a aplicação por analogia de demais dispositivos legais à *amministrazione di sostegno* – além daqueles que versam especificamente sobre o instituto –, pode-se inferir da leitura do artigo 350 do *Codex* que não podem ser nomeados *amministratori*: 1) aqueles que não administrem seu próprio patrimônio; 2) aqueles que foram excluídos da tutela por disposição escrita do genitor, que por último exerceu o pátrio poder; 3) aqueles que tenham, ou venham a ter, ascendentes, descendentes ou cônjuge, em litígio com o administrado; 4) aqueles que foram destituídos anteriormente da função de *amministratore*; 5) os falidos/insolventes ou aqueles que enfrentam processo de falência; e 6) o servidor público ou privado que esteja participando da curadoria e proteção do doente (artigo 408).

De igual maneira, a partir da interpretação do artigo 351, pode-se concluir que estão dispensados do ofício de *amministratore*: 1) os princípios da Família Real, salvo legislação especial (sob dessuetude, uma vez que a Itália é hoje uma república); 2) o Presidente del Consiglio dei Ministri della Repubblica Italiana (“Primeiro Ministro”), ou seja, o chefe do governo (*Capo del governo*) (anteriormente, a dispensa se referia ao presidente del Consiglio del Regno d’Italia); 3) os membros do Colégio dos Cardeais da Igreja Católica Apostólica Romana; 5) o presidente da Assembleia Legislativa; e 5) os ministros secretários de Estado.

Destaca-se que, com exceção dos membros da antiga Família Real da Casa de Savoia, os demais indivíduos supraindicados podem optar por não serem dispensados, devendo para isso, informar tal intenção ao juiz.

Há, ainda, a possibilidade de demais indivíduos serem dispensados da função de administrador. Diferentemente dos mencionados no artigo 351, que têm sua dispensa presumida, estes devem requerê-la ao juiz antes do juramento, por meio da *domanda di dispensa*, sob pena de decadência do direito de modificar a situação jurídica, conforme artigo 353, *comma 1*: “Art. 353. (Domanda di dispensa). La domanda di dispensa per le cause indicate nell’articolo precedente deve essere presentata al giudice tutelare prima della prestazione del giuramento, salvo che la causa di dispensa sia sopravvenuta. [...].” Assim, o artigo 352 determina que possuem esse direito de pleitear a dispensa: 1) os oficiais de Estado de alto escalão que não foram indicados no dispositivo supra; 2) os arcebispos, bispos ou ministros de cultos religiosos; 3) os militares em ativa; 4) os maiores de 65 anos; 5) aqueles que possuem mais de 3 filhos menores; 6) os que exercem outra função de apoio, representação ou assistência; e 7) aqueles que estejam em missão do governo italiano no exterior ou que residam fora do país em razão de serviço público.

Aquele que requerer a dispensa deve assumir e permanecer na função de administrador até que o apoio seja conferido a outra pessoa, como estabelece o artigo 353, *comma 2*: “Art. 353. [...]. Il tutore è tenuto ad assumere e a mantenere l’ufficio fino a quando la tutela non sia stata conferita ad altra persona”.

O *ricorso* (requerimento) da *amministrazione di sostegno* deve indicar, conforme o artigo 407, *comma 1*, do *Codice Civile*: 1) os aspectos/características gerais do beneficiário; 2) sua residência habitual; 3) a causa de pedir, isto é, a razão pela qual se está requerendo um *amministratore di sostegno*; e 4) o nome e o domicílio, se conhecidos pelo requerente, do cônjuge, dos descendentes, dos ascendentes, dos irmãos e dos conviventes do beneficiário.

Destaca-se que, segundo decisão da *Corte di Cassazione Civile*, não se faz necessária a presença de um advogado no procedimento, exceto se a questão a ser decidida pelo *giudice tutelare* envolver direitos fundamentais do beneficiário, caso em que há a necessidade de defesa técnica (*Corte di Cassazione Civile*, I sez., *Sentenza n. 25366, 29 novembre 2006*).

Outra questão é o *Decreto di nomina*. O *giudice tutelare*, antes de deferir a constituição da *amministrazione di sostegno*, deve analisar se o administrando preenche os requisitos do artigo 404, quais sejam, os critérios subjetivos (*menomazione* ou *enfermità*) e objetivos (*impossibilità*). Segundo Maria Novella Bugetti (2007, p. 36), tal padrão de proceder segue o modelo germânico: “Cogliendo pertanto lo spunto classificatorio

adottato dalla dottrina tedesca, potrebbe affermarsi che la malattia e la menomazione fisica o psichica costituiscono i presupposti soggettivi dell'amministrazione di sostegno, mentre l'impossibilità (*Unvermögen zur Besorgung einzelner Angelegenheiten*) il presupposto oggettivo”.

Diante disso, parte da *giurisprudenza di merito* entende ser o critério objetivo o determinante para que a *amministrazione di sostegno* seja deferida. Isto é, o instituto não tem causa na enfermidade ou na deficiência por si só, mas nos efeitos práticos decorrentes destas na vida do administrando (Corte di Cassazione Civile, I sez., Sentenza n. 25366, 29 novembre 2006). Além disso, deve o juiz ouvir os interessados, podendo dispor de todos os meios instrutórios necessários, inclusive de natureza médica, para que possa decidir, conforme restou consignado na decisão da Corte di Cassazione Civile, I sez., Sentenza n. 25366, 29 novembre 2006:

Invero in una pronuncia di taglio processuale e che sul punto scarsamente argomenta – il giudice tutelare, a differenza del giudice dell'interdizione e dell'inabilitazione, non si muove “nell'ottica di accertare l'incapacità di agire” dell'interessato, quanto piuttosto al fine di fornire sostegno a chi si trovi impossibilitato a curare autonomamente i propri interessi.

O *Decreto di nomina* é moldado casuisticamente pelo *giudice tutelare*, que deve considerar as específicas necessidades e anseios do beneficiário, cuidando para a maior manutenção possível de sua autonomia (CASSANO, 2006, p. 69), isto é, atribui-se ao instituto um caráter elástico e modular (RIBEIRO, 2016, p. 64). Assim, o decreto deve conter: 1) as características/aspectos gerais do beneficiário e do administrador; 2) o prazo de vigência do apoio, que pode ou não ser determinado; 3) o objeto do apoio e os atos que o administrador pode exercer em nome e por conta do beneficiário; 4) os atos que o beneficiário pode realizar apenas quando assistido pelo administrador; 5) os limites, que podem ser periódicos, das despesas que o administrador pode pagar com a soma monetária de que dispõe, ou pode dispor, o administrado; e 6) a periodicidade com que o administrador deve relatar ao juiz sobre a atividade desenvolvida e as condições de vida pessoal e social do beneficiário.

Uma questão que divide a jurisprudência italiana é a nomeação de um administrador de suporte para a curadoria de pessoas plenamente capazes, mas que estão na iminência de estarem impossibilitadas de prover seus próprios interesses. Por um lado, a *Corte di Cassazione* decidiu, em 2012, pela impossibilidade de se nomear antecipadamente um *amministratore* (Corte di Cassazione Civile, sez. I, nº 23.707, 20 de dezembro de 2012). Argumentou-se que, a partir da interpretação do artigo 404 do Código Civil, a *amministrazione di sostegno* somente poderia ser constituída para aqueles indivíduos que prenchessem os requisitos subjetivos e objetivos sobre os quais versa a norma jurídica, ou seja, é necessário que o sujeito apresente tanto uma enfermidade/deficiência quanto esteja impossibilitado de prover seus próprios interesses em momento pretérito ao *ricorso* que inicia o procedimento.

Em 2014, todavia, o Tribunale di Modena (Tribunale di Modena 24 febbraio 2014 e Tribunale di Modena, 30 novembre 2014. Il G.T. dott. Roberto Masoni), ainda que contrariando, em certa medida, a *Cassazione*, autorizou a nomeação do *amministratore*, sob o fundamento da tutela plena e efetiva do sujeito, conforme a finalidade do instituto. Entendeu, portanto, que seria possível a nomeação de um administrador para um indivíduo que se encontrava na iminência de se tornar impossibilitado de prover seus próprios interesses. Deve-se esclarecer que, nesses casos, o sujeito já deve atender aos requisitos subjetivos, estando ausente apenas o critério da impossibilidade, que virá a se materializar em um futuro próximo.

Ressalte-se que nos casos em que o beneficiário for um menor de idade não emancipado, o decreto judicial somente poderá ser proferido no último ano antes da maioridade, ou seja, aos 17 anos, estando os efeitos do pronunciamento judicial condicionados ao alcance da maioridade (18 anos), conforme artigo 406 do Código Civil.

De acordo com o artigo 408 do *Codice Civile*, a escolha do *amministratore di sostegno* deve ter em vista o resguardo e o cuidado do beneficiário, assim como a preservação de seus interesses. O *amministratore* tem o direito potestativo de escolher o *amministratore di sostegno*. Tal escolha, entretanto, deve ser realizada anteriormente à situação de impossibilidade, mediante ato público ou escritura privada autenticada, podendo ser revogada da mesma forma, conforme destaca Damiano Gargani (2015-2016, p. 122): “L'atto di designazione si presenta come un atto di previdenza, una manifestazione di volontà, che l'interessato può compiere in qualsiasi momento della propria vita, sia qualora l'esigenza dell'amministrazione di sostegno si riveli ipotetica, sia in prossimità della sua attivazione”.

Caso o beneficiário não tenha exercido antecipadamente seu direito de escolha, ou na presença de graves motivos que o impeçam de fazê-lo, cabe ao *giudice tutelare* designar o administrador por meio de decreto motivado. Sendo possível, deve o juiz priorizar na escolha (artigo 408, *comma 1*): 1) o cônjuge; 2) o convivente; 3) os ascendentes; 4) os descendentes; 5) os irmãos; 6) os parentes até quarto grau; e 7) o sujeito designado pelo genitor sobrevivente em testamento, instrumento público ou escritura privada.

Na ausência das indicações anteriores, ou nos casos em que o sujeito não possua um círculo familiar ou não se relacione com os indivíduos do rol do artigo 408, *comma 1*, o magistrado pode designar outra pessoa idônea: “*Possono essere esclusi anche coloro che possiedono potenzialmente i requisiti necessari alla nomina se versino in una condizione che li renda immeritevoli dell’ufficio o che possa determinare la loro rimozione*” (DI BELLO, 2014-2015, p. 24).

Note-se que, com vistas a evitar conflitos de interesse, não podem exercer o cargo de *amministratore* os indivíduos operadores de serviços públicos e/ou privados diretamente encarregados do cuidado e da proteção do beneficiário.

Há de se esclarecer uma questão acerca do artigo 408, que autoriza a indicação antecipada do *amministratore*, mediante *atto pubblico* ou *scrittura privata autenticata*. A partir dessa norma as pessoas passaram a produzir documentos em que, além da designação/indicação do administrador, estabeleciam os atos a serem cumpridos, o objeto do apoio, as eventuais hipóteses de enfermidade/deficiência, etc. Isto é, criavam um documento privado que pretendia designar um administrador para a realização de determinados atos em caso de ocorrência da condição suspensiva (eventual futura incapacidade). Assim, no *ricorso* apresentado ao *giudice tutelare*, juntava-se o instrumento privado e se requeria que fosse determinada a nomeação condicional de um administrador segundo as determinações realizadas pelo próprio beneficiário no instrumento privado, que, deve-se ressaltar, ainda não se encontrava enfermo/deficiente/impossibilitado.

Após ter dividido a jurisprudência italiana entre aqueles que aceitavam (Tribunale di Modena, decreto del 5 novembre 2008, G. T. dott. Guido Stanzani e Tribunale di Parma, decreto nº 536 del 2 aprile 2004) ou não (Tribunale di Mantova, decreto del 24 de luglio 2008, G.T. dott. ssa. Jessica Bonetto e Tribunale di Roma, decreto del 1º aprile 2009, G.T. dott.ssa. Chiara Giammarco) tal requerimento, em 2012 a *Corte di Cassazione* proferiu decisão que enfrentou a *quæstio iuris*, qual seja, a dúvida se seriam os requisitos subjetivos e objetivos do artigo 406 (deficiência/enfermidade e impossibilidade) pressupostos para a abertura do procedimento de *amministrazione* ou somente para a eficácia do decreto. Nessa mesma oportunidade discutiu-se se o beneficiário poderia designar antecipadamente ou não, além do administrador, as diretivas e vontades a serem cumpridas no eventual apoioamento.

Assim, a corte superior (*Corte di Cassazione*) determinou que não é cabível a nomeação condicional (*nomina ora per allora*) de um administrador de apoio. Por outro lado, na segunda questão, enfrentados os argumentos de que tais disposições seriam decorrentes do direito fundamental à autodeterminação e à saúde, entendeu que, além da indicação da pessoa do *amministratore* (artigo 408), o eventual beneficiário também pode manifestar antecipadamente essas diretivas a serem observadas no desenvolvimento do apoio. Tais disposições pretéritas ao próprio procedimento da *amministrazione di sostegno*, porém, não têm o condão de constituir uma verdadeira *amministrazione di sostegno*, ainda que tenham eficácia na esfera privada e sejam levadas em consideração pelo *giudice tutelare*. Dessa forma, a escolha antecipada do administrador e a indicação dos desejos/diretivas não pode ser utilizada para a obtenção de uma nomeação antecipada – o que se costuma chamar de “*nomina ora per alora*” –, sendo a especificação dos atos/deveres e objeto do apoio de competência exclusiva do juiz tutelar (VIMERCATI, 2012).

O *Tribunale di Modena*, em 2014, todavia, decidindo de modo contrário à *Corte di Cassazione*, aceitou a nomeação condicional para aqueles indivíduos que estão na iminência de se tornarem impossibilitados de proverem aos próprios interesses (Tribunale di Modena, decreto del 5 novembre 2008, G. T. dott. Guido Stanzani e Tribunale di Parma, decreto nº 536 del 2 aprile 2004). Observe, assim, que existe um dissenso jurisprudencial.

No que se refere ao prazo de vigência, o artigo 405 do *Codice Civile* determina que a *amministrazione di sostegno* pode ou não ter prazo determinado. Em ambos os casos, deve constar o que fora decidido no decreto de nomeação prolatado pelo *giudice tutelare*. Caso o prazo de vigência do instituto seja determinado, antes de seu término pode o juiz, inclusive *ex officio*, prorrogá-lo mediante decreto fundamentado.

Ao contrário da tomada de decisão apoiada no Brasil (artigo 1.783-A do Código Civil), o *Codex* italiano estipula uma limitação temporal ao exercício da função de administrador, com vistas a evitar que ele permaneça no encargo por tempo indefinido (GURGEL, 2019, p. 116). Assim, o mesmo indivíduo não é obrigado a desempenhar a função de administrador por mais de dez anos consecutivos, de acordo com o artigo 410, *comma* 3. Tal regra, no entanto, não se aplica ao cônjuge, ao ascendente, ao descendente ou ao companheiro (união estável).

Destaca-se que não há limitação para a vigência do instituto, apenas para o período de desempenho da função pelo mesmo apoiador.

Nos casos em que houver necessidade, o juiz pode – inclusive *ex officio* – decretar um provimento de urgência visando o cuidado da pessoa apoiada e a conservação e administração de seu patrimônio, e, de igual maneira, pode nomear um administrador de apoio provisório, delimitando os atos que ele pode vir a desempenhar. Trata-se da *amministrazione di sostegno* provisória do artigo 405, *comma* 4.

A *amministrazione di sostegno* tem por escopo limitar ao mínimo possível a capacidade de agir do beneficiário (GURGEL, 2019, p. 152), servindo como uma medida menos severa quando comparada à *interdizione* e à *inabilitazione*.

O artigo 405, *comma* 5, do *Codice Civile*, permite que o beneficiário seja assistido em alguns atos, que seja representado em outros ou até mesmo que os exerça livremente, conforme o que for estabelecido pelo *Decreto di nomina*. Ou seja, nas situações em que se demande a assistência ou representação do administrador, a capacidade de agir do beneficiário é diminuída. O *amministrato* conserva, todavia, sua capacidade para todos os atos que pode realizar por si só: “Il beneficiario non è un incapace, ma una persona che incontra alcune limitazioni della propria capacità in relazione a determinati atti ed in considerazione della propria situazione di debolezza” (DI BELLO, 2014-2015, p. 26).

Logo, apesar das restrições que, eventualmente, venha a sofrer em sua capacidade, o administrado pode, em qualquer hipótese, praticar todos os atos necessários à satisfação das exigências de sua vida cotidiana.

O artigo 412 do *Codice Civile* estabelece que os atos realizados pelo *amministratore* que violarem a lei e excederem o objeto do apoio ou os poderes conferidos pelo juiz, podem ser anulados a partir de requerimento do próprio administrador, do Ministério Público, do beneficiário ou dos herdeiros e sucessores.

Por outro lado, os atos realizados pessoalmente pelo beneficiário que violem a lei ou as determinações do apoio, podem ser anulados a partir do requerimento do próprio administrado, do administrador e dos herdeiros e sucessores.

O direito de anular tais atos decai em cinco anos, contados a partir do momento em que cessa o estado de sujeição do indivíduo à *amministrazione di sostegno*.

É possível que exista, ainda, o chamado *contrasto* entre o apoiador e o apoiado, caracterizado pela divergência entre a vontade do administrado e a orientação do administrador.

Entre os deveres imputados ao *amministratore* pelo artigo 410, tem-se a obrigação de informar tempestivamente ao juiz os casos de “dissenso” com o beneficiário, devendo o magistrado intervir nos casos de “*contrasto*” (conflito) para dirimir a divergência e decidir sempre no melhor interesse do *amministrato*.

Há, na literatura jurídica, quem diferencia *contrasto* de *dissenso*: o primeiro consiste em um desacordo mais duradouro e fundamentado, enquanto o segundo é uma mera divergência: “il termine “contrasto” non si intende un qualunque disaccordo tra beneficiario ed amministratore, bensì, una prolungata e fondata divergenza sulle scelte effettuate dall’amministratore” (BUGETTI, 2007, p. 151).

Enfim, deverá o *giudice tutelare* intervir nos casos em que julgar adequado, adotando as providências necessárias, segundo o grau e o tipo de divergência. Além disso, havendo *contrasto*, escolhas ou atos potencialmente prejudiciais, ou negligência na efetivação dos interesses e/ou solicitações do apoiado, cabe ao beneficiário, ao administrador, ao Ministério Público ou aos sujeitos elencados no rol do artigo 406, comunicar ao juiz, que determinará as medidas necessárias por meio de um decreto justificado.

Nesse contexto, é de se questionar qual, afinal, é o objeto do apoio do instituto italiano. O artigo 405, *comma* 5, n. 3, dispõe que cabe ao *giudice tutelare* determinar, por meio do *Decreto di nomina*, o *oggetto dell’incarico* – o que pode ser entendido como o objeto do encargo ou da tarefa do administrador, isto é, o ob-

jeto da nomeação – e os atos que o administrador tem o poder de cumprir. Nesse ponto, a literatura jurídica tem trabalhado para distinguir essas duas situações jurídicas, averiguando se existe e qual seria a diferença entre eles e que implicações isso traria. Primeiramente, é preciso esclarecer que há dois questionamentos fundamentais à compreensão dessa problemática: 1) Existe diferença entre os sintagmas *poderes do administrador* e *objeto da nomeação*? e 2) O administrador pode exercer apenas os atos apontados expressamente pelo juiz ou também pode praticar os implícitos, depreendidos da interpretação do objeto do apoio?

*A priori*, não haveria diferença entre tais situações, pois ambas designariam os atos delimitados pelo juiz no *Decreto de nomina*. Nessa perspectiva, Maria Novella Bugetti defende serem tais termos distintos. O *oggetto dell'incarico* seria a circunscrição do campo de atuação do *amministratore*, em que virá a desenvolver os atos indicados pelo juiz. Assim, o objeto seria necessariamente mais amplo que os atos expressamente delimitados pelo *giudice tutelare*, exceto na hipótese de nomeação de um administrador para o apoio em um só ato específico: “In questo senso, l'oggetto dell'amministrazione non equivarrebbe all'insieme delle funzioni di rappresentanza (“di agire in nome e per conto del beneficiario”, ex art. 405, comma 3, n. 4) ovvero di assistenza del beneficiario; esso consisterebbe piuttosto nel «perimetro oggettivo» nel quale detti poteri e detto incarico debbono essere svolti” (BUGETTI, 2007, p. 42).

A partir dessa premissa em comum, surgem dois entendimentos diversos: o primeiro comprehende que o administrador tem seus poderes de atuação indicados em *numerus clausus* no *Decreto di nomina*; e o segundo pressupõe que existem poderes e atos em *numerus apertus*, ou seja, mesmo não mencionados expressamente são permitidos de serem exercidos. Dessa forma, o primeiro sustenta que o objeto serve de “chave interpretativa” para que o administrador não extrapole os atos indicados pelo juiz. Com isso, o *oggetto* seria redutor da atividade do *amministratore*, podendo, inclusive, ser utilizado para uma eventual anulação de atos executados além de sua esfera de competência: “In questo senso, l'enunciazione dell'oggetto dell'amministrazione si atteggierebbe alla stregua di ‘chiave interpretativa interna’ del decreto di amministrazione e di delimitazione delle funzioni e dei poteri di questi” (BUGETTI, 2007, p. 43).

Já para o segundo ponto de vista, o objeto serviria ao propósito oposto, isto é, permitiria ao administrador exercer atos que, embora não indicados pelo juiz, sejam necessários à efetivação do escopo do *oggetto dell'incarico*.

O artigo 410 do *Codice Civile* versa acerca dos deveres atribuídos ao *amministratore di sostegno* durante o tempo de exercício da função. Seu dever geral – e principal – é garantir a consecução do melhor interesse do amministrato, conforme assinala Paolo Baccarani (2006, p. 160): “L'amministratore, quindi, dovrà essere scelto con esclusivo riguardo agli interessi del beneficiario, dovrà operare per la sua maggior felicità, agendo con la diligenza del buon padre di famiglia”.

Entre os deveres específicos fixados na norma jurídica estão: 1) respeitar os desejos e aspirações do beneficiário, tendo a consciência de que o cuidado da pessoa se sobrepõe ao patrimônio (DI BELLO, 2014-2015, p. 28); 2) observar e respeitar os limites estabelecidos no *decreto di nomina*; 3) informar ao beneficiário sobre os atos que venham a ser realizados em relação ao apoio; 4) comunicar ao *giudice tutelare* acerca de eventuais *dissensos* com o *amministrato*; e 5) o dever de permanecer no cargo por mais de dez anos, nos casos em que seja cônjuge, convivente, descendente ou ascendente do administrado.

De igual maneira, tem o *amministratore* a obrigação de realizar a contabilidade de seu apoio, devendo submetê-la anualmente ao juiz tutelar, conforme artigo 380.

Por fim, ao cessar seu ofício como administrador, deve realizar um relatório final referente ao período em que exerceu a função (artigo 385). Caso o apoio incida sobre o patrimônio do beneficiário, é exigido do administrador a diligência que teria um homem médio (*bonus pater familiæ*), respondendo pelo dano causado em violação de seus deveres.

Há de se declarar também que o apoio prestado deve ser gratuito, sendo, por outro lado, facultado ao *giudice tutelare* determinar o pagamento de uma indenização ao *amministratore*, conforme o tamanho do patrimônio e a dificuldade da administração.

A título de exemplo, tem-se um recurso julgado em 2019 pelo *Tribunale di Venezia* (Seconda Sezione Civile), que versava sobre o caso do filho de uma beneficiária que firmou contrato com o administrador de sua mãe, estabelecendo o pagamento anual da quantia de €\$ 2.500,00 a título de indenização pelo exercício do apoio. Tendo sido informado, o juiz tutelar determinou a substituição do *amministratore* (artigo 384), sob o

fundamento da gratuidade do ofício fixada no artigo 379, e reafirmou, ainda, que a função deve ser exercida exclusivamente para a proteção do sujeito, e não por quaisquer outros interesses. De igual maneira, o Tribunal ratificou que o estabelecimento de uma indenização é facultado exclusivamente ao juiz (Tribunale di Venezia Seconda Sezione Civile. Decreto di 19 aprile 2019, nº 3159, G.T. Dott. Alessandro Cabianca).

Além dos deveres também são impostas ao administrador certas limitações.

A legislação italiana impõe regras quanto aos atos exercidos pelo administrador, de modo a limitar sua potestade de atuação. Assim, em determinadas ocasiões, faz-se necessária a autorização do *giudice tutelare* e/ou, até mesmo, do Tribunal, para que possam ser praticados, seguindo o modelo:

– *Atos que necessitam da autorização do giudice tutelare (artigo 374):* 1) adquirir bens, com exceção dos necessários para o uso do apoiado, para economia doméstica e para a administração do patrimônio; 2) coletar capital; 3) consentir com o cancelamento de hipoteca ou penhor, 4) assumir obrigações, exceto se estiverem relacionadas a despesas necessárias para o mantimento do beneficiário ou para a administração ordinária de seu patrimônio; 5) aceitar heranças ou renunciar a elas, assim como aceitar doações ou legados sujeitos a condições ou a encargos; 6) firmar contratos de locação de imóveis por prazo superior a nove anos, ou que se estendam por mais de um ano após a data de término da *amministrazione di sostegno*, caso em que o apoio tem prazo de vigência determinado; e 7) pleitear direito do beneficiário em juízo, a menos que se trate de uma nova obra ou dano temido, ação possessória ou de despejo, e de ações para colher frutos ou que visem à obtenção de provimentos conservativos; e

– *Atos que necessitam da autorização do Tribunal (artigo 375):* 1) alienar bens, com exceção de frutos e móveis de fácil deterioração; 2) constituir penhor ou hipotecas; 3) prosseguir com partilha, ou requerê-la judicialmente; e 4) firmar compromissos, transações e aceitar concordatas.

Há situações em que é vedada a execução de certos atos por parte do administrador (artigo 378), quais sejam: 1) adquirir bens ou direitos, diretamente ou por meio de terceiros, pertencentes ao administrado, mesmo que em hasta pública; 2) locar bens do administrado, salvo se autorizado pelo *giudice tutelare*; e 3) tornar-se cessionário em qualquer relação jurídica que envolva o *amministrato*.

No Direito italiano verifica-se a possibilidade de conversão da *inabilitazione* ou *interdizione* em *amministrazione di sostegno*. Durante o curso da ação de revogação dos regimes de *interdizione* ou *inabilitazione*, há a possibilidade de sua conversão em *amministrazione di sostegno*. Assim, de acordo com o artigo 429, *comma 3*, quando parecer oportuno, cabe ao Tribunal, de ofício ou a requerimento, transmitir os atos ao *giudice tutelare* para que possa dar prosseguimento à constituição ou não da *amministrazione di sostegno*.

Em caso de conversão por requerimento dos interessados, o chamado “*ricorso*” deve ser apresentado conjuntamente ao pedido de revogação da *interdizione* ou *inabilitazione* ao juiz competente.

Por outro lado, nos casos em que a *amministrazione di sostegno* mostrar-se inadequada à plena tutela do beneficiário e de seus direitos, e o juiz considerar cabível a *inabilitazione* ou *interdizione*, deve informar ao Ministério Público para que este requeira a constituição de uma destas figuras tutelares, conforme artigo 413, *comma 3*. Nestes casos, a *amministrazione di sostegno* apenas cessará com a nomeação do *tutore* ou *curatore* provisório, ou com a sentença que declara a interdição ou a inabilitação.

Deve-se atentar para o fato de que o *giudice tutelare* não transmite os atos para outro juiz ou tribunal; o Ministério Público inicia uma ação autônoma. Isso equivale a que não há conversão *stricto sensu* de *amministrazione di sostegno* para *interdizione* ou *inabilitazione*, mas, sim, a cessação de um instituto e o início de outro.

Por fim, cabe falar sobre a revogação da *amministrazione di sostegno*, que pode ser totalmente revogada ou ter apenas substituído o seu administrador. Há de se salientar que os pressupostos para a cessação da *amministrazione di sostegno* são diferentes daqueles necessários à substituição ou destituição do *amministratore di sostegno*.

Nesse sentido, tem-se:

- *Cessação da amministrazione di sostegno:* pode se dar quando: 1) tornar-se desnecessária, isto é, quando não estiverem mais presentes os requisitos do artigo 404; e 2) o instrumento de apoio se tornar impróprio/insuficiente à plena tutela do administrado, podendo, inclusive, ser “convertido” para *inabilitazione* ou *interdizione*; e

- *Substituição ou destituição do amministratore*: pode se dar quando: 1) o exercício do apoio se tornar excessivamente oneroso para o *amministratore* e houver alguém apto para substituí-lo. (artigo 383); 2) não cumprir seus deveres de informação, determinados no artigo 410, *comma 2, ab initio*; 3) ocorrer *contrasto* entre administrador e administrado; 4) houver escolhas ou atos possivelmente danosos; 5) verificar-se negligência na persecução dos interesses ou na satisfação dos desejos e pedidos do administrado; 5) ser considerado culpado por negligência; 7) tiver cometido abuso de poder; 8) demonstrar-se ineficiente no cumprimento de seus deveres; 9) tornar-se indigno da função, ainda que por motivos estranhos à *amministrazione di sostegno*; e 9) tornar-se insolvente. Deve-se afirmar que a concreção dessas hipóteses não resulta na destituição automática e impreterível do *amministratore*. Tal decisão cabe ao *giudice tutelare*, sendo a destituição apenas uma das medidas que pode vir a adotar.

Para a confecção de tal requerimento estão legitimados: 1) o beneficiário; 2) o administrador; 3) o Ministério Público; e 4) qualquer um dos sujeitos do artigo 406. O artigo 413, *comma 4*, permite que o juiz proceda ao ato até mesmo de ofício se constatar que é idôneo para a plena realização da tutela do beneficiário.

O requerimento deve ser feito nos casos em que um desses sujeitos considere preenchidos os pressupostos para cessação do apoio ou para a substituição do administrador, devendo o beneficiário e o administrador de apoio serem informados de tal pedido. O juiz deverá buscar as informações necessárias e os meios instrutórios devidos para que possa proferir *decreto motivato*.

#### 4 COMO É A TOMADA DE DECISÃO APOIADA BRASILEIRA?

A Lei nº 13.146/2015 (Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência) inseriu no Código Civil o artigo 1.783-A, que disciplina a tomada de decisão apoiada e estabelece tanto seus aspectos materiais quanto o procedimento a ser observado para que tal instrumento de apoio seja aplicado.

A seguir apresentamos uma sistematização geral do regime jurídico da tomada de decisão apoiada previsto no artigo 1.783-A para uma posterior comparação com o instituto italiano da *amministrazione di sostegno*.

Quadro 1 – Sistematização geral do regime jurídico da tomada de decisão apoiada

Legitimidade para requerer	O próprio apoiado é legítimo para propor o pedido de tomada de apoio, iniciando o procedimento (§ 2º do artigo 1.783-A). Não há previsão expressa quanto à exclusividade ou não da pessoa com deficiência quanto a essa legitimidade. Acerca desse aspecto, pode-se apresentar dois pontos de vista: 1) os mesmos legitimados para propor a curatela de interditos têm legitimidade para propor a tomada de decisão apoiada (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 379). Tiago Oliveira da Silva salienta que, todavia, a instituição da medida será condicionada à concordância do apoiado e à “possibilidade de ajuste do mecanismo de apoio a partir da nomeação de um apoiador em atenção ao princípio do interesse fundamental ou do melhor interesse da pessoa com deficiência” (SILVA, 2017, p. 109); e 2) há uma taxatividade da legitimidade ativa para a propositura da tomada de decisão apoiada, pois se trataria de “ato personalíssimo, de legitimidade exclusiva daquele que dela se beneficiará, por isso, deve ser requerida pelo próprio interessado e nunca por terceiros” (MENEZES, 2017, p. 46). Esse foi, inclusive, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) na Apelação Cível nº 70072156904, quando decidiu que a legitimidade para o requerimento de tomada de decisão apoiada é exclusiva da pessoa com deficiência a ser apoiada, afinal, a lei a considera plenamente capaz (TJRS, Apelação Cível nº 70072156904, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastil, julgado em 9/3/2017). No mesmo sentido, o Enunciado nº 639 da VIII Jornada de Direito Civil.
----------------------------	--

Beneficiário	É a pessoa com deficiência, mas não é qualquer uma que pode se beneficiar do instituto. Dada a natureza de ato jurídico voluntário da tomada de decisão apoiada, é requisito <i>sine qua non</i> que a pessoa a ser apoiada tenha discernimento – apesar da deficiência – e, por isso, capacidade para exercer seus direitos e manifestar sua vontade. A par, no entanto, das disposições da Convenção de Nova York de 2007 e da Lei de Inclusão Brasileira – que atribuem às pessoas com deficiência a plena capacidade para exercer seus direitos –, infere-se, logicamente, que todas elas poderiam se beneficiar do instituto, afinal todas passaram a poder exercer por si os direitos dos quais são titulares. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019, p. 378) entendem, todavia, que as pessoas com deficiência que <i>têm condições de exprimir sua vontade e se autodeterminar</i> podem, eventualmente, se beneficiar desse apoio; e as que não conseguem exprimir vontade são relativamente incapazes, devendo ser submetidas à curatela, ainda que esta seja excepcional e com um regime especial de atenção aos interesses da pessoa com deficiência. Nesse mesmo sentido, há o Enunciado nº 640 da VIII Jornada de Direito Civil. O juiz poderá denegar a constituição da tomada de decisão apoiada quando: 1) verificar que o requerente não consegue exprimir vontade ou não possui discernimento para praticar os atos da vida civil, hipótese na qual caberia a curatela; 2) verificar que o requerente não se enquadra na definição de pessoa com deficiência; ou 3) verificar que as cláusulas estão transferindo o poder de decidir para o apoiador, e não auxiliando o apoiado para que ele próprio exerce sua capacidade. Nesse caso, o juiz pode negar totalmente o pedido, ou parcialmente, apontando quais cláusulas são incompatíveis com o instituto. Sendo um procedimento de jurisdição voluntária, indeferido o pedido, cabe apelação da sentença (artigo 724 do Código de Processo Civil).
Requerimento	O pedido de constituição de tomada de decisão apoiada é realizado a partir de um termo a ser homologado pelo juiz, no qual se especificam os limites do apoio e o compromisso dos apoiadores, além de ser apresentado o prazo de vigência e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses do apoiado. É um instrumento de caráter singular e individual, na medida em que é moldado e adequado às respectivas necessidades, particularidades e limitações de cada sujeito a ser apoiado.
Pessoas ouvidas pelo juízo	O juiz, antes de homologar ou não o termo de constituição, deve realizar a oitiva do Ministério Público e de uma equipe multidisciplinar. Após, ouvirá pessoalmente a pessoa com deficiência que deseja ser apoiada e os apoiadores designados. O procedimento de decisão apoiada começa a produzir efeitos desde a sua homologação pelo juiz. Esse processo burocrático pode ser um desestímulo à constituição da tomada de decisão apoiada, na medida em que a judicialização, mediante uma deficiente celeridade na tramitação dos processos judiciais, passa a figurar como um empecilho à constituição do instituto (SCHREIBER, 2016).
Prazo de vigência	Há dúvidas sobre o prazo de vigência do acordo firmado, se pode ou não ser indeterminado ( <i>sine die</i> ). Institutos estrangeiros similares à tomada de decisão apoiada possuem respostas diferentes a essa dúvida (REQUIÃO, 2016, p. 43). Na Itália, o artigo 405, V, 2, do <i>Codice Civile</i> , estabelece que a <i>amministrazione di sostegno</i> pode ter prazo indeterminado. Já na França, a <i>sauvagarde de justice</i> tem duração máxima de um ano, renovável apenas uma vez, segundo prescreve o artigo 439 do <i>Code</i> .
Resilição (revogação)	A tomada de decisão apoiada é ato voluntário da pessoa com deficiência. Logo, é um direito disponível. Por isso, o § 9º do artigo 1.783-A permite que a pessoa apoiada, a qualquer tempo, requeira a extinção do acordo. De igual maneira, é permitido ao apoiador pedir sua exclusão do processo, cabendo ao juiz a decisão sobre tal desligamento.
Conversibilidade recíproca entre tomada de decisão apoiada e curatela de interditos	Questiona-se se o procedimento do apoio pode se converter em ação de curatela e vice e versa (SILVESTRE; NEVES; GUSELLA, 2017). O fato de os dois processos serem de jurisdição voluntária possibilitaria maior flexibilidade procedural. Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019, p. 378) compreendem ser possível a conversão recíproca. Por outro lado, Joyceane Bezerra de Menezes entende não ser possível a conversão da curatela em tomada de decisão apoiada de ofício pelo juiz, podendo apenas, ao julgar improcedente a curatela, recomendar a tomada de decisão apoiada à pessoa com deficiência, ou ainda intimá-lo para que manifeste seu interesse (MENEZES, 2018, p. 92). O apoiado pode, ainda, determinar que seus apoiadores se tornem seus curadores, caso ele venha a ser curatelado, segundo entendimento da segunda parte do Enunciado nº 639 da VIII Jornada de Direito Civil.

Divergência entre apoiador e apoiado	No caso de negócio jurídico em que possa trazer risco ou prejuízo relevante ao apoiado e havendo divergência entre o apoiado e seus apoiadores, a questão deverá ser submetida ao juiz, o qual, após ouvir o Ministério Público, deverá decidir acerca do impasse (§ 6º do artigo 1.783-A). Essa intervenção judicial somente justifica-se em caso de <i>risco ou prejuízo relevante</i> , de modo que em negócios jurídicos de menor valor não caberá tal interferência (REQUIÃO, 2016, p. 44). Nota-se que há a necessidade de uma justa causa, e não apenas a divergência, para que haja uma participação ativa do juízo. Questiona-se se tal supressão da autonomia da vontade do apoiado não significaria reconhecer sua incapacidade para deliberar acerca dos atos de sua vida civil. Isto é, estaria a decisão do juiz, que contraria a vontade do apoiado, a afirmar que este não é dotado de capacidade plena, devendo, então, ser submetido à curatela? (Ainda que seja uma curatela flexível e proporcional, nos moldes do § 3º do artigo 84 da Lei nº 13.146/2015). Pergunta-se, também, se o apoiado poderia pôr fim à tomada de decisão apoiada quando pendente a decisão do juiz sobre os negócios jurídicos do § 6º do artigo 1.783-A, pois, caso o possa, surgiria a possibilidade de dissolver o procedimento de apoio apenas para não ter de se submeter a uma eventual decisão do juiz que seja contrária à sua vontade.
Objeto do apoio	A tomada de decisão apoiada pode estipular cláusulas sobre direitos patrimoniais ou existenciais. O apoio pode consistir em auxílio para todos os negócios jurídicos patrimoniais realizados pelo apoiado ou para tipos específicos. Pode, ainda, o apoio se dar sobre direitos existenciais (saúde, privacidade e matrimônio). Quanto ao objeto do apoio – se recai sobre direitos patrimoniais e existenciais em conjunto –, há pontos de vista divergentes. Para exemplificar, veja as seguintes opiniões: 1) Joyceane Bezerra de Menezes (2017, p. 47) afirma que “ante a omissão legal, o apoio pode se estabelecer quanto às questões patrimoniais e/ou às questões existenciais, nada impedindo que também incida sobre decisões da rotina doméstica ou pertinentes aos cuidados pessoais”; e 2) Flávio Tartuce (2019) entende que a extensão do objeto é limitada apenas para atos de natureza patrimonial, de modo que caracteriza tal instrumento de apoio como de “iniciativa da própria pessoa com deficiência, que tem à sua disposição meios mais simples para o apoio de atos patrimoniais”. As cláusulas do apoio não podem, todavia, transferir o poder decisório para os apoiadores, existindo, para isso, o mandato, que não se confunde com a tomada de decisão apoiada.
Validade e eficácia das decisões tomadas pelo apoiado	O § 4º do artigo 1.783-A parece que estabelece a condição de que a decisão do apoiado deve estar inserida nos limites do apoio acordado para que tenha validade e efeitos sem restrições sobre terceiros. Assim, uma decisão tomada sem a participação dos apoiadores e, portanto, fora do estabelecido pelo termo do apoio, poderá ser anulada, devendo o juiz aferir as circunstâncias do caso para decidir. Maria Helena Diniz assevera que “com a homologação, todos os atos negociais do apoiado deverão contar com a participação dos apoiadores” (2019, p. 774), indicando a necessidade do apoio nos atos negociais. Questiona-se, ainda, a obrigatoriedade do apoio nos atos de natureza existencial, e se as decisões nessa seara necessitariam serem tomadas dentro dos limites do apoio para terem validade e eficácia irrestritas perante terceiros. No sentido contrário, Joyceane Bezerra de Menezes (2018, p. 92) entende que “os negócios realizados com terceiros, pelo apoiado, mesmo sem a participação do apoiador, são válidos”.

Fonte: Os autores.

## 5 COMPARANDO A RATIO JURIS DOS INSTITUTOS

Em primeiro lugar, é óbvio que toda comparação de experiências jurídicas estrangeiras, com a experiência jurídica brasileira em torno de determinado instituto, deve sempre considerar a cultura jurídica dos países envolvidos. Por essa razão, nesta pesquisa a comparação pretendida não realizará juízos de valor sobre o instituto italiano, mas apenas uma análise descritiva. Quanto ao instituto brasileiro, aí sim nos é dado realizar uma avaliação – e não mera descrição –, a partir dos elementos colhidos do instituto estrangeiro. Essa é a premissa da comparação aqui proposta.

Ainda preliminarmente, é importante asseverar que a *amministrazione di sostegno* e a tomada de decisão apoiada são procedimentos com alto teor burocrático, o que é apontado – tanto no Brasil quanto na Itália – como fator desestimulante de sua constituição.

No Brasil, a tomada de decisão apoiada é um instituto concebido para os casos de deficiências física e mental/intelectual que não prejudicam o pleno discernimento. Para as hipóteses de deficiência severa, o § 1º do artigo 84 da Lei nº.13.146/2015 prevê a possibilidade de uma curatela especial. Tanto é assim que a constituição da tomada, nos termos do *caput* do artigo 1.783-A, é um direito potestativo da pessoa com deficiência, o que significa que ela goza de plena ou parcial (porém suficiente) capacidade de compreensão da realidade que a cerca.

A *amministrazione di sostegno*, por sua vez, tem um rol de beneficiados mais amplo. Além de enfermos mentais e pessoas com deficiência física e psíquica – independentemente do grau de incapacitação –, o instituto de apoio pode estender-se a incapazes de fato, desde que a incapacidade decorra de uma deficiência/ enfermidade (por exemplo: Alzheimer, prodigalidade). Nesse sentido, são apontados dois critérios: subjetivo (*menomazione* ou *enfermità*) e objetivo (*impossibilità*).

A conclusão a que se chega é que a tomada de decisão apoiada é um direito potestativo da pessoa com deficiência que tem pleno ou parcial (suficiente) discernimento. Na Itália, todavia, a medida pode também ser aplicada a pessoas com deficiência ou enfermidade que estiverem impossibilitados, parcial ou temporariamente, de prover aos seus próprios interesses, tanto que a legitimidade para requerer o apoio não se restringe ao beneficiário, sendo ampliado a um rol de diversos sujeitos.

Nesse aspecto, a *amministrazione di sostegno* mais se aproxima da curatela do Brasil que à tomada de decisão apoiada. É que o instituto italiano foi inserido na legislação em 2004, antes, portanto, da Convenção de Nova York de 2007, que pleiteava a plena liberdade de exercício dos direitos pelas próprias pessoas com deficiência.

Tanto é assim que na tomada de decisão apoiada brasileira os apoiadores (pelo menos dois) têm função de conselheiros “para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade” (*caput* do artigo 1.783-A). Não praticam o ato pelo ou com o beneficiário.

Na Itália, o *amministratore* (que, a princípio, é somente um) pode – a depender da *menomazione*, *enfermità* e *impossibilità* – praticar os atos pelo *amministrato* à semelhança do que ocorre no Brasil com a representação legal e a assistência. Aqui, porém, os apoiadores não são representantes legais ou assistentes, não podendo praticar atos pelo apoiado. Poderão fazê-lo, porém, pela via do mandato (representação convencional).

No Brasil, a divergência entre apoiador(es) e apoiado somente será dirimida judicialmente nas hipóteses de “negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante” (§ 6º do artigo 1.783-A). Na Itália, qualquer *contrasto* poderá ser resolvido pelo juiz.

Aliás, a intervenção judicial na vigência da *amministrazione di sostegno* é ampla. Tanto que os termos do apoio são fixados no *Decreto di nomina*. No Brasil, por sua vez, o juiz intervém em hipóteses excepcionais (divergências, destituição, exoneração, extinção), e os termos do apoiamento são fixados pelas próprias envolvidas em instrumento negocial particular, tendo o juiz função homologatória. Ou seja: enquanto a tomada de decisão apoiada tem verdadeira natureza negocial, a *amministrazione di sostegno* é muito mais um ato judicial (embora, é verdade, haja sim espaço para negociações, porém restritas).

A tomada versa sobre direitos patrimoniais e negociais (*caput* do artigo 85 da Lei nº. 13.146/2015), e a *amministrazione*, por sua vez, pode incidir também sobre direitos fundamentais.

## 6 CONCLUSÃO

Não parece correta a afirmação de que a tomada de decisão apoiada é um instituto similar à *amministrazione di sostegno*. Se comparada à realidade brasileira, inaugurada pela Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), o instituto italiano estaria próximo a uma modalidade de curatela, o que no Brasil se pretendeu restringir em casos de pessoas com deficiência para situações excepcionais e extremas.

Assim, a *amministrazione di sostegno* pouco contribui para a operabilidade da tomada de decisão apoiada, o que não significa que o instituto italiano seja ruim; apenas que é tão diferente que não pode ser visto como correspondente ao apoioamento brasileiro.

Constatou-se, porém, que a *amministrazione di sostegno* preserva – ainda que por vezes de maneira reduzida – a autonomia da pessoa com deficiência. Por isso, esse modelo pode ser utilizado para a operabilidade do modelo de curatela especial prevista nos §§ 1º, 3º e 4º do artigo 84 e artigo 85 da Lei nº. 13.146/2015.

O artigo 114 da Lei nº 13.146/2015 modificou o sistema das incapacidades de exercício do Código Civil, ou seja, a limitação (incapacidade relativa) ou a impossibilidade (incapacidade absoluta) de exercício dos direitos pelo próprio titular.

As alterações e revogações dos artigos 3º e 4º do Código Civil têm por objetivo atender à *ratio juris* e à *ratio legis* da Lei de Inclusão expressas no *caput* do artigo 84, quais sejam, considerar as pessoas com deficiência – independentemente de grau e condição – como plenamente capazes de praticar os atos da vida civil: “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

A formulação normativa é clara em sua prescrição: *a pessoa com deficiência tem capacidade civil plena tal e qual uma pessoa sem deficiência*.

Ocorre que o *caput* do artigo 84 e o artigo 114, ambos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, extinguiram as causas de incapacidades decorrentes de fatores intelectivos e as incapacidades que decorriam de problemas psicológicos ou psiquiátricos. Basicamente, então, extinguiu a incapacidade decorrente de deficiências intelectuais e enfermidades mentais; apenas os males psicológicos dos vícios em álcool e narcóticos e da prodigalidade foram mantidos como hipóteses de incapacidade relativa. Como consequência, *não mais existe no Direito brasileiro a interdição de pessoa com deficiência*; não há curatela de interditos perante a pessoa com deficiência em razão e por causa desta deficiência.

Pois bem. Analisando a *ratio juris* e a *ratio legis* da Lei nº 13.146/2015, é possível concluir que a curatela prescrita nos artigos 84 e 85 é um *tertium genus* de representação, não sendo a mesma curatela dos interditos a que se referem os artigos 747 a 763 do Código de Processo Civil e os artigos 1.767 a 1.783 do Código Civil.

Essa curatela especial é uma verdadeira “grande novidade” da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência; é uma figura inédita e que precisará ser construída com o tempo. Para ajudar nessa construção, verifica-se que o regime da *amministrazione di sostegno* pode oferecer importantes contribuições, pois, tal e qual uma curatela, a *amministrazione* é mais intervintiva, porém participativa, pois assegura a participação do apoiado.

Desse modo, a pesquisa conclui que a *amministrazione di sostegno* não é correspondente à tomada de decisão apoiada (artigo 1.783-A do Código Civil), mas à curatela especial dos artigos 84 e 85 da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

## 7 REFERÊNCIAS

- BACCARANI, Paolo. *L'amministratore di sostegno*. Milano: Giuffrè, 2006.
- BONILINI, Giovanni; TOMMASEO, Feruccio. *Dell'amministrazione di sostegno: art. 404-413. Il Codice Civile Commentario*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2008.
- BUGETTI, Maria Novella. *L'amministrazione di sostegno tra tutela della persona e limiti di capacità*. 2007. Tese (Doutorado) – Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Tutora Michele Sesta. Coordenadora Daniela Memmo. Bologna, 2007. Disponível em <http://amsdottorato.unibo.it/id/eprint/97>. Acesso em: 1º mar. 2020.
- CASSANO, Giuseppe. *L'amministrazione di sostegno: questione sostanziali e processuali nella analisi della giurisprudenza*. Matelica: Halley, 2006.
- DI BELLO, Livia. *Danno cagionato dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno*. 2015. Tesi (Laurea in Diritto Civile) – Libera Università Internazionale Degli Studi Sociali Guido Carli, Roma, 2014-2015. Orientador Michele Tamponi. Disponível em [http://tesi.luiss.it/16360/1/104093\\_DI%20BELLO\\_LIVIA.pdf](http://tesi.luiss.it/16360/1/104093_DI%20BELLO_LIVIA.pdf). Acesso em: 1º mar. 2020.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*: Direito de família. 33. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Parte Geral e Lindb*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. V. 1.

- GARGANI, Damiano. *Verso la piena tutela dei soggetti deboli: l'amministrazione di sostegno*. 2015-2016. Tese (Mestrado) – Università di Pisa Dipartimento di Giurisprudenza, Pisa, 2015-2016. Orientadora Caterina Murgo. Disponível em: <https://etd.adm.unipi.it/theses/available/etd-06282016-121617/unrestricted/TESI.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2020.
- GURGEL, Fernanda Pessoa do Amaral. *A eficácia prática da tomada de decisão apoiada*. 2019. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Orientador professor doutor Oswaldo Peregrina Rodrigues. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/22530>. Acesso em: 1º mar. 2020.
- ITÁLIA. Corte di Cassazione Civile, I sez., nº 25366, 29 nov. 2006.
- ITÁLIA. Corte di Cassazione Civile, I sez., nº 23.707, 20 dic. 2012.
- ITÁLIA. Tribunale di Modena, decreto de 30 nov. 2014, G.T. dott. Roberto Masoni.
- ITÁLIA. Tribunale di Modena, decreto de 5 nov. 2008, G. T. dott. Guido Stanzani.
- ITÁLIA. Tribunale di Parma, decreto nº 536 de 2 apr. 2004.
- ITÁLIA. Tribunale di Mantova, decreto de 24 luglio 2008, G.T. dott. ssa. Jessica Bonetto.
- ITÁLIA. Tribunale di Roma, decreto de 1º apr. 2009, G.T. dott. ssa. Chiara Giammarco.
- ITÁLIA. Tribunale di Modena, decreto de 5 nov. 2008, G. T. dott. Guido Stanzani.
- ITÁLIA. Tribunale di Parma, decreto nº 536 del 2 apr. 2004.
- ITÁLIA. Recurso julgado em 2019 pelo Tribunale di Venezia (Seconda Sezione Civile), Tribunale di Venezia Seconda Sezione Civile. Decreto di 19 apr. 2019, nº 3159, G. T. dott. Alessandro Cabianca.
- LEMOS, Tadeu. *Transtornos por uso de substâncias*. 2010. Disponível em <http://www.saude.sc.gov.br/index.php/documentos/atencao-basica/saude-mental/saude-mental-rede-hospitalar/curso-de-saude-mental-na-area-hospitalar/modulo-1/3900-tadeu-lemos-transtornos-por-uso-de-substancias/file>. Acesso em: 15 fev. 2020.
- MASONI, Roberto. *Amministrazione di sostegno. Orientamenti giurisprudenziali e nuove applicazioni*. Sant'Arcangelo di Romagna: Maggioli, 2009.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada e sua correlação com institutos afins. In: *Direito Civil: Estudos – Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCIVIL Série Direito Civil*. São Paulo: Blucher, 2018. V. 1.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: *Revista Brasileira de Direito Civil RBDCivil*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 31-57, 2017.
- MONOSI, Stefania; TACCONI, Nicola. L'amministrazione di sostegno (Studio n. 623-2016/C). In: *Studi e Materiali, Quaderni Trimestrali*, Consiglio Nazionale del Notariato, n. 4, Roma: Wolters Kluwer, 2016.
- ORLANDO, Nicola. *Gli interventi dell'amministratore di sostegno relativi agli atti di carattere personale del beneficiario*. 2013. Tese (Doutorado) – Università Degli Studi di Padova, Padova, 2013. Orientador Renato Pescara. Disponível em: [http://paduaresearch.cab.unipd.it/5782/1/NICOLA\\_Orlando-Tesidottorato.pdf](http://paduaresearch.cab.unipd.it/5782/1/NICOLA_Orlando-Tesidottorato.pdf). Acesso em: 1º mar. 2020.
- REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, p. 37-54, jan./mar. 2016.
- RIBEIRO, Iara Pereira. A capacidade civil de exercício de direitos e a tomada de decisão apoiada. In: *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, Curitiba, v. 2, n. 2, 2016.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70072156904*. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastil. Julgado em: 9/3/2017.
- SCHREIBER, Anderson. Tomada de decisão apoiada: o que é e qual sua utilidade. In: *Carta Forense*, 2016. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>. Acesso em: 20 set. 2019.
- SILVA, Tiago Oliveira da. Advento, leitura e aplicação da tomada de decisão apoiada. In: *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 22, p. 89-114, jul./ago. 2017.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti; NEVES, Guilherme Valli de Moraes; GUSELLA, Gabriela Azeredo. O procedimento de interdição à luz das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelo Código de Processo Civil de 2015. In: *CONGRESO DE PROCESO CIVIL INTERNACIONAL*, 2., 2017. Vitória. *Anais* [...]. Vitória: Ufes, 2017. V. 1.
- TAKANEN, Flavio. *Amministrazione di sostegno, interdizione ed inabilitazione: dottrina ed giurisprudenza*. Milano: Key Editore, 2019.

TARTUCE, Flávio. Direito de família e sucessões: desafios para o futuro. Primeira parte. In: *Migalhas*, 2019. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/670284190/direito-de-familia-e-das-sucessoes-desafios-para-o-futuro-primeira-part>. Acesso em: 25 nov. 2019.

VIMERCATI, Benedetta. Dai requisiti di attivazione dell'amministrazione di sostegno alla necessità dell'interposizione del legislatore in materia di decisioni di fine vita (sulla sentenza di Cassazione civile, sez. I, 20 dic. 2012, n. 23707). In: *Osservatorio dell'associazione Italiana dei Costituzionalisti*. Disponível em: <https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Nota%20Vimercati.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

## SOBRE OS RECENTES ACONTECIMENTOS DA POLÍTICA BRASILEIRA: Leituras e Críticas a partir de Hannah Arendt

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.163-172>

Recebido em: 21/6/2018

Aceito em: 26/5/2019

***Luiz Antônio da Silva Bittencourt***

Autor correspondente. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS e Universidad de Sevilla, Espanha. <http://lattes.cnpq.br/1020223568689987>. <https://orcid.org/0000-0001-8653-5994>. [luizsofia@yahoo.com.br](mailto:luizsofia@yahoo.com.br)

***Leandro José de Souza Martins***

Instituto Federal de Minas Gerais, Campus Ouro Branco. Ouro Branco/MG, Brasil.

### **RESUMO**

Os acontecimentos trágicos pelos quais passa a sociedade nos últimos meses, provocam em cada pessoa uma plethora de sentimentos que pode ser resumida (uma entre tantas possibilidades) em três conceitos-chave: a indiferença, o medo e a indignação. O pensamento político de Hannah Arendt ante a conjuntura atual que o Brasil vem passando, torna-se interessante, principalmente pela forma como seu pensamento é construído. A experiência política moderna, muito criticada por Hannah Arendt, desvinculou-se de seus conceitos basilares, perdendo os fundamentos que foram erigidos ao longo dos séculos. A política, construção grega, sempre pautou-se pelo diálogo eloquente, pela persuasão. No contexto atual, no Brasil, é necessário um resgate da consciência política de coletividade para efetivar a democracia participativa.

**Palavras-chave:** Natureza humana. Política. Democracia.

**ON THE RECENT DEVELOPMENTS OF THE BRAZILIAN POLICY: READINGS AND CRITICS FROM HANNAH ARENDT**

### **ABSTRACT**

The tragic events that society has been experiencing in the last few months provoke in each person a plethora of feelings that can be summarized (one among so many possibilities) in three key concepts: indifference, fear and indignation. The political thinking of Hannah Arendt in the face of the current conjuncture in which Brazil is passing becomes interesting, mainly because of the way her thinking is constructed. Modern political experience, much criticized by Hannah Arendt, dissociated herself from her basic concepts, losing the foundations that have been erected over the centuries. Politics, Greek construction was guided by eloquent dialogue, by persuasion. In the current context that is happening in Brazil, it is necessary a rescue of the political conscience of collectivity to effect the participatory democracy.

**Keywords:** Human nature. Policy. Democracy.

### **SUMÁRIO**

1 Introdução. 2 A Política como condição fundamental da condição humana. 2.1 A vida ativa ante o totalitarismo. 2.2 A condição humana. 2.3 A ação na esfera da política. 3 A crise política brasileira sob a perspectiva de Hannah Arendt. 4 Considerações finais. 5 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Os acontecimentos trágicos pelos quais passa a sociedade nos últimos tempos, vêm provocando, em cada pessoa, uma plethora de sentimentos que pode ser resumida (uma possibilidade, entre tantas) em três conceitos-chave: a indiferença, o medo e a indignação.

Relativo à indiferença, aparecem muitos que, tendo conhecimento dos fatos, consideram-nos longe de sua vida privada e, uma vez que não os atingem, pouco importa falar sobre eles ou lhes dar maior atenção que a mera curiosidade ou informação evasiva de manchetes de jornais.

Aos mais sensíveis caberia um certo temor, não tanto porque se veem no centro das ameaças, mas porque presumem que elas prejudicarão seus negócios particulares e suas relações mais íntimas, especialmente as de caráter econômico. No meio destes, aparecem os que pensam que uma resposta é necessária, o que ocasiona, na maioria das vezes, condutas tão violentas quanto às que se quer combater.

Por fim, há os que se permitem questionar sobre a causa, o sentido, a finalidade de tamanha insegurança, o que faz despertar não só um pensamento sobre o que está acontecendo, mas sobre quem faz acontecer. Há uma mudança na questão que só a genuína indignação pode promover, uma vez que não foca mais nas dificuldades do mundo contemporâneo como externas ou completamente alheia, ou como autopoieticas, pois se começa a pensar acerca dos sujeitos desta ação.

Em outras palavras, os que param e refletem profundamente sobre o que vem ocorrendo não se satisfazem nas análises de superfície e/ou impessoais. O próprio ato de indignar-se exige o questionamento sobre causas e agentes e entender-se como imbricado intimamente, ainda que não diretamente. Abre-se espaço para indagar sobre quem faz o que, sobre quem ganha ao fazer algo, sobre quem sofre por determinada violência, ameaça ou insegurança.

Os que pertencem ao grupo em questão, portanto, não projetam mais a resposta a um mundo de conceitos etéreos, mas clamam para algo mais pessoal e concreto, fazendo surgir tanto um sujeito quanto uma responsabilidade. Da pergunta usual e padrão “O que está acontecendo?”, passa-se à indagação que desinstala e perturba: “O que *estamos* fazendo?”.

Tal pergunta tornou-se o centro da obra político-filosófica de Hannah Arendt, especialmente em seus escritos “As origens do Totalitarismo” (1990) e “A Condição Humana” (2007). Tais obras levantam diversas possibilidades de reflexão, o que não será objeto neste ensaio. Dentre essas, destacam-se o colapso da moralidade, pressuposto central de qualquer totalitarismo, e as situações que enfatizam o ser humano como um ser condicionado, seguindo de um exame das condições mais permanentes da mesma condição humana e da vida ativa, quais sejam: o trabalho, o labor (fabricação) e a ação.

Seguindo as pegadas de Heidegger, a análise elaborada por Hannah Arendt rejeita qualquer desvio da experiência humana da perspectiva concreta da história e do mundo vivido, o que leva a um enfrentamento de situações críticas e catastróficas, como a *Shoah* judaica. Arendt não compartilha como elementos que vêm metaforizar o caos da guerra e qualquer condição de vulnerabilidade da condição humana: antes, é preciso superar qualquer sobrevalorização de experiências de interioridade para encarar e superar os sintomas de certa “desmundialização” que tais experiências provocam.

Arendt, dessa forma, incita cada leitor a não escapar do caos provocado por eventos irreconciliáveis, motivando-o a partir de uma perspectiva concreta e existencial da necessidade e da liberdade, da política e da própria essência do humano. Por conseguinte, é preciso sempre considerar o “estar situado no mundo”, no qual relações de comunicação (discurso e linguagem), poder e organização possibilitam a existência humana.

Quando questiona “O que *estamos* fazendo?”, Hannah Arendt atinge de pleno o conjunto de vivências e costumes que, em nossos tempos, reduziram as relações humanas em uma rede consumerista ou em espaços que, de públicos (ou políticos), inflacionam-se com interesses privados e idiossincrasias. Tal contexto, que realiza uma deificação da tecnologia e das redes sociais, e que isola os sujeitos do espaço público de convivência e debate, esvazia, como consequência inevitável, a importância da política e do bem comum.

## 2 A POLÍTICA COMO CONDIÇÃO FUNDAMENTAL DA CONDIÇÃO HUMANA

### 2.1 A vida ativa ante o totalitarismo

Na esteira do pensamento clássico grego, Hannah Arendt concebe a condição humana fazendo duas observações: não a coincide com as condições nas quais a vida foi dada ao homem; tampouco seria a condição humana sinônimo de natureza humana. Fundamentando-se em Agostinho, Hannah Arendt destaca que a natureza humana e os problemas a ela relativos parecem insolúveis, de difícil determinação. De tal modo, Arendt coloca a natureza humana como uma questão fundamental aos moldes da concepção agostiniana, que a compreendia como uma questão para si mesmo (*quaestio mihi factus sum*). Por sua vez, também as condições para a vida humana são incapazes de explicar o que é o homem, “[...] pela simples razão de que jamais nos condicionam de modo absoluto” (2007, p. 19).

De fato, de acordo com a própria autora,

O que proponho nas páginas que se seguem é uma reconsideração da condição humana à luz de nossas mais novas experiências e nossos temores mais recentes. É óbvio que isto requer reflexão; e a irreflexão – a imprudência temerária ou a irremediável confusão ou a repetição complacente de “verdades” que se tornaram triviais e vazias – parece ser uma das principais características do nosso tempo. O que proponho, portanto, é muito simples; trata-se apenas de refletir sobre o que estamos fazendo (ARENDT, 2007, p. 13).

Ora, conforme a autora, questionar-se sobre a ação é entender os processos que desembocam no esvaziamento do espaço político, identificado apenas como preocupação social. Além disso, a condição humana perde sua essência, pois ressalta-se o isolamento dos indivíduos que é, para Hannah Arendt, origem para qualquer tipo de totalitarismo (no qual qualquer faculdade de agir e participação se torna impossível).

Com efeito, a consequência do totalitarismo, “[...] a mais horrível forma de governo” (ARENDT, 1990, p. 51), é isolar o homem e deixá-lo como que perdido e solitário. O isolamento retrata-se também na pouca iniciativa de conviver com outrem e, em especial, com o diferente. O problema do isolamento não é apenas sociológico ou psicológico: Hannah Arendt não tem medo de afirmar que o grande mal que o isolamento produz é a destruição de qualquer aptidão política de cada pessoa.

Ou seja, o totalitarismo produz um isolamento que faz a esfera pública não apenas se esvaziar, mas perder totalmente seu sentido (ARENDT, 1990, p. 527). Aqui, acontece um fenômeno considerado pela autora como “um impasse”: este, destrói o campo do político e possibilita o surgimento de radicalismos ou fundamentalismos que travestem a angústia produzida pelo isolamento.

Por sua vez, há também a angústia, a solidão, que ocorre no âmbito mais particular. É o que Hannah Arendt entendeu como “desenraizamento”, como o sentimento de alguém que é abandonado, jogado ao leu. “Não ter raízes significa não ter no mundo um lugar reconhecido e garantido pelos outros” (ARENDT, 1990, p. 244). Vem, daí, a impossibilidade de convivência, do debate, da pluralidade e da diferença, do viver e do estar entre os homens, que, para Hannah Arendt, concordando com os romanos, são sinônimos entre si (*inter homines esse*)<sup>1</sup>.

Ante o totalitarismo, há de se propor uma postura que se paute como na *polis* grega, autêntica e legítima experiência política. Assim, por ver nos gregos antigos a essência e a esfera do político, Arendt resgata a compreensão da “Vida Ativa”, e designa as atividades humanas fundamentais: labor<sup>2</sup>, trabalho e ação. Justifica esta proposta, a própria autora, ao afirmar que, singularmente, as atividades da vida ativa “[...] corresponde uma das condições básicas mediante as quais a vida foi dada ao homem na Terra” (ARENDT, 2007, p. 15); “[...] a vida humana na medida em que se empenha ativamente em fazer algo”.

<sup>1</sup> O que, portanto, faz o isolamento e o desenraizamento é o contrário daquilo que deve ser a preocupação fundamental da política: a convivência. Nas clássicas palavras de Celso Lafer: Politicamente, não existimos isolados, mas coexistimos. Daí, a tensão entre a filosofia – na qual o pensar é a dualidade do diálogo coerente do eu consigo mesmo – e a política, na qual a pluralidade exige um estar sempre ligado aos outros, pois se podemos pensar por conta própria, só podemos agir em conjunto (Posfácio in ARENDT, 2007, p. 348).

<sup>2</sup> Labor, como substantivo, “[...] não designa o produto final, o resultado da ação de laborar. Permanece como substantivo verbal, uma espécie de gerúndio. Por outro lado, é da palavra correspondente a trabalho que deriva o nome do próprio produto”, explica Arendt (2007, p. 91).

## 2.2 A condição humana

O que consistiria, portanto, a condição humana? Para a autora, falar de condição humana presumir-se-iam as três categorias básicas, tendo cada qual sua qualidade: labor, trabalho e ação. Além disso, há de se destacar que, para Hannah Arendt, há outras três grandes abordagens para entender a condição humana: a primeira, de que a condição humana corresponde à pluralidade; ao mesmo tempo, a condição humana leva em conta a singularidade; e por fim, que todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política, da qual a pluralidade é a *conditio per quam* e a ação (práxis) a atividade política por excelência.

Hannah Arendt define o labor como as específicas atividades inerentes ao corpo humano no que se refere à exigência de manter-se vivo. Seriam, portanto, processos biológicos, metabolismos, atividade corporal que se fazem espontaneamente. O labor é a condição de vida comum a homens e a animais sujeitos à necessidade de prover a própria subsistência. Por conseguinte, Hannah Arendt atribui a denominação de *homo laborans*.

Por sua vez, cabe compreender o termo trabalho como uma produção do homem, algo que se faz externa e artificialmente. O que se produz, o que é fruto/consequência do trabalho, é diferente do ambiente natural e que transcende à vida individual. Tudo é feito para se adaptar à vida do homem, que, como age como um construtor do mundo, é denominado *homo faber*. De acordo com a pensadora, tal fabricante, exercendo um trabalho de erigir um mundo, é um ser pragmático que instrumentaliza tanto objetos quanto pessoas para, por meio delas, conseguir fins diferentes e que lhes são mais convenientes.

Hannah Arendt chama a atenção para algo que, em nossos dias, parece corriqueiro: o *homo faber* facilmente relaciona-se com tudo como se estivesse em um mercado (2007, p. 221), realizando, constantemente, barganhas, e fazendo dessa negociação o objetivo principal de sua atividade.

Essas coisas produzidas pelo homem para a troca derivam da violência exercida por ele contra a natureza mediante a transformação desta em artifícios que depois serão trocados no mercado, visando a acumulação de riqueza. A esse ser que transforma a natureza chamamos *homo faber*, observando que esse fabricante do mundo utiliza-se das categorias de meios e fins: ele imagina o objeto, destrói a natureza para construí-lo e depois o leva ao mercado para trocá-lo, adquirindo riqueza que o levará a produzir novos objetos [...] Os instrumentos e as coisas fabricadas criam para o fabricante um mundo comum com os outros: os objetos de seu trabalho são expostos no mercado de trocas e esse mercado reflete uma esfera pública distorcida pela relatividade dos valores (FIORATI, 1999, p. 55-56).

Por fim, Hannah Arendt fala da ação. Esta diferencia-se tanto do labor quanto do trabalho e poderia ser conceituada como “Atividade exercida entre homens, independentemente da produção de coisas ou da manutenção da vida, devido ao fato de que os homens e o homem vivem na terra e habitam o mundo” (ARENKT, 2007, p. 15).

É na ação que se depreende o conceito mais pleno da condição humana. De acordo com Oliveira (2012), reside na condição humana

[...] o que seria mais essencial à sua humanidade, bastando, portanto, chamá-lo simplesmente de homem – um ser que na ação nada mais exprime senão ele mesmo (...) se o *animal laborans* é regido pela “necessidade”, e se o *homo faber* age de acordo com critérios de utilidade! e “instrumentalidade”, o homem arendtiano está destinado a um destino (sic) mais nobre: às ociosas ações e opiniões que constituem a esfera dos negócios humanos” (p. 59).

Deste modo, a condição humana da ação é a pluralidade. Tal pluralidade leva em conta a centralidade da palavra e do discurso e possui o duplo aspecto de igualdade e da diferença. Mediante o discurso e pela ação, cada homem será distinto, mas não como isolado ou sem relação. A distinção, aqui, apresenta o aspecto da singularidade, ou seja, a capacidade de se perceber como único, mas relacional, sem cair na compreensão de um indivíduo humano monadicamente isolado em qualquer das manifestações de sua existência.

Assim, na pluralidade, não há Homem, mas homens (“ao fato de que os homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo”), evitando qualquer manifestação metafísica sem levar em conta a comunidade política na qual os homens inter-relacionam-se. Em outros termos, “[...] a pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir” (ARENDT, 2007, p. 16).

Com a pluralidade humana, a condição de existência do homem sobre a terra abre-se ao espaço do político. Afinal, se há uma natureza que torna todos iguais, há de se atentar que, ao mesmo tempo, cada qual apresenta diferenças e variações em seus caracteres individuais. A fim de preservar tais diferenças, faz-se necessária a constante presença e continuado diálogo com os outros.

Na pluralidade, há de se destacar a singularidade, pela qual os homens são iguais sem serem únicos; são diferentes sem serem incompatíveis. A alteridade, por conseguinte, é aspecto fundamental da pluralidade.

Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso e da ação para se fazerem entender (...) Só o homem é capaz de exprimir essa diferença e distinguir-se; só ele é capaz de comunicar a si próprio e não apenas comunicar alguma coisa. No homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo que vive, tornam-se singularidade, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares (ARENDT, 2007, p. 188-189).

Haverá, destarte, que se livrar do perigo de ideias e posturas que sacrificuem valores em nome do *animal laborans*. A ação consiste na vida livre do labor e do trabalho (pois o *homo faber*, segundo os antigos, tinha como principal interesse “o seu ofício e não o mundo público”), e é continuamente voltada para o horizonte da liberdade.

### 2.3 A Ação na Esfera da Política

Na ação política as pessoas interagem sem violência, nem pró nem contra, mas “com” [vivência]. Não há, nessa relação, mediação das coisas ou matérias: por viverem na Terra e habitarem o mundo juntos, os homens são capazes de colocar a si mesmos, mediante a ação e o discurso, em relacionamento uns com os outros. “Todas as atividades humanas”, afirmar Hannah Arendt, “são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos; mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens” (SILVA, 2011, p. 5). Conclui-se de tudo isso que todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política.

A política é uma *ergon*, como Aristóteles já havia identificado e, portanto, Hannah Arendt salienta que Aristóteles tem, em sua filosofia política, uma clara consciência do que está em jogo na política, ou seja, nada menos que a *ergon tou anthropou* (“a obra do homem” enquanto homem), não enquanto animal ou fabricante de coisa. Ademais, a ação política seria aquela que exclui o que seria necessário ou útil para abrir-se ao campo das atividades superiores, o que Arendt chamará de “[...] ociosas ações e opiniões que constituem a esfera dos negócios humanos” (ARENDT, 2007, p. 242).

Tal centralidade da ação, entretanto, esvaziou-se na Modernidade quando a ação cedeu lugar ao trabalho. Consequentemente, a exclusão da ação reduziu o alcance e as propriedades da esfera pública: onde os homens mostravam “quem” eram passa a ser meramente um mercado, no qual eles se destacam como simples fabricantes de coisas (*homo faber*), ou em sua animalidade, envolvidos que estão no ciclo do processo vital. Conforme Arendt (2007),

A sociedade é a forma na qual o fato da dependência mútua em prol da subsistência, e de nada mais, adquire importância pública, e na qual as atividades que dizem respeito à mera sobrevivência são admitidas em praça pública [...] A esfera social, na qual o processo da vida estabeleceu o seu próprio domínio público, desencadeou um crescimento artificial, por assim dizer, do natural; e é contra esse crescimento [...] que o privado e o íntimo, de um lado, e, de outro, o político (no sentido mais restrito da palavra) mostram-se incapazes de oferecer resistência (p. 56-57).

Por isso que a ação, por suas características, revelou-se inadmissível para o homem moderno. Hannah Arendt afirma que “[...] a era moderna estava tão decidida a excluir de sua esfera pública o homem político, ou seja, o homem que fala e age, quanto a antiguidade estava interessada em excluir o *homo faber*” (ARENDT, 2007, p. 199). A política não se dá no homem, mas entre os homens, na esfera pública, quando estes se revelam mediante a ação e o discurso, demonstrando, também, sua “coragem” ao abandonarem seu esconderijo para mostrar quem são.

Os homens sempre souberam que aquele que age nunca sabe exatamente o que está fazendo; que sempre vem a ser “culpado” de consequências que jamais desejou ou previu; que, por mais desastrosas e imprevisíveis que sejam as consequências do seu ato, jamais poderá desfazê-lo; que o processo por ele iniciado jamais termina inequivocamente num único ato ou evento, e que seu verdadeiro significado jamais se revela ao ator, mas somente à visão retrospectiva do historiador, que não participa da ação. Tudo isto é motivo suficiente para que o homem se afaste, desesperado, da esfera dos negócios humanos e veja com desdém a capacidade humana de liberdade que, criando uma teia de relações entre os homens, parece enredar de tal modo o seu criador que este lembra mais uma vítima ou paciente que o autor e agente do que fez (ARENDT, 2007, p. 245).

Haveria alguma solução para superar esta condição humana reduzida ao labor para retornar à sua verdadeira essência? Para Hannah Arendt, um caminho se faz possível: a perspectiva da liberdade, pela qual o homem se reconhece naquilo que é mais próprio. O que corresponde ao homem livre é o fato de ele sempre ser um começo, uma vez que seu agir (enquanto ação) é sempre um “[...] tomar a iniciativa, iniciar (como indica a palavra grega *archein*, ‘começar’ [...]” (ARENDT, 2007, p. 190).

Arendt reinterpreta a afirmação de Agostinho: “[...] o homem é livre porque ele é um começo” (ARENDT, 2007, p. 190). Para a autora, a liberdade não está relacionada exclusivamente com a faculdade da vontade, mas ao princípio de algo que nunca existiu no mundo antes. Nesse sentido, é porque o homem é um começo que ele pode introduzir algo de novo no mundo, ou seja, mudar a realidade existente.

### 3 A CRISE POLÍTICA BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DE HANNAH ARENDT

Não é impossível tentar pensar a crise política que assola o Brasil na perspectiva de Hannah Arendt. Neste panorama, percebe-se que há fortemente um discurso de tentativa de dominação de um grupo pequeno, de um grupo que detém o poder econômico (SAFATLE, 2015).

De fato, a realidade vivenciada no Brasil, hodiernamente, é a retratada por Hannah Arendt em “Origens do Totalitarismo”. As inverdades e/ou ideias apresentadas de modo ambíguo nas propagandas de televisão conduziram à formação de um pré-juízo de que tudo estava caminhando mal, de que a economia apresentava-se em derrocada, e que apenas um determinado governo estaria, em todas as instâncias, envolvido em corrupção.

De acordo com Lafer (1979, p. 47), “De fato, o totalitarismo, ao monopolizar a expressão da verdade procura através da propaganda e do controle dos meios de comunicação assegurar uma versão oficial dos fatos, desfigurando-os para adequá-los à sua ideologia”.

Nesse sentido, não é novidade para qualquer brasileiro o tamanho de atenção que a mídia vem dando à política nos últimos anos. Especificamente no último governo, diversos telejornais dedicavam-se quase que exclusivamente a transmitir notícias, suspeitamente manipuladas e com viés tendencioso, sobre os problemas que o governo enfrentava, principalmente a partir do momento em que surgiram os primeiros pedidos de afastamento da chefia do Executivo.

Houve o surgimento de muitas denúncias e uma crescente percepção de que havia uma enorme manipulação dos fatos, muitas vezes tentando tornar dados imprecisos ou pouco fundamentados em uma verdade.

Dentre tantas denúncias, surge a redação de Carlos Eduardo Martins (2017), na qual o autor enumera nove teses<sup>3</sup> que evidenciam a crise política brasileira atual. Destas teses, serão tomadas, aqui, duas, cuja interpretação vem ao encontro da conjuntura atual.

<sup>3</sup> Mais informações, conferir em: <https://blogdabotempo.com.br/2017/05/29/notas-sobre-a-crise-politica-brasileira/>. Acesso em: 29 jul. 2016.

A primeira tese elencada pelo autor, afirma que houve um golpe e que este foi orquestrado em forma preventiva, uma vez que os anos do governo do Partido dos Trabalhadores conduziram ao fortalecimento de movimentos sociais, dando voz a pequenos grupos. “O golpe de Estado de 2016 foi preventivo e dirigido contra a crescente capacidade de organização dos trabalhadores e o protagonismo dos movimentos sociais. Este protagonismo se expressou em várias dimensões” (MARTINS, 2017).

Nessa dimensão, Bittencourt e Schuvartz (2017) [op. cit. DELGADO (2015)] afirmaram que houve uma expressiva reconstrução do primado do trabalho no Brasil. As políticas de inclusão e de modernização dos direitos trabalhistas e os avanços no conceito de trabalhador, foram fatores determinantes. De fato, no período de 11 anos mais de 20 milhões de empregos formais foram formalizados, o que representa avanço cultural de um lado e, de outro, aumenta o investimento do empregador no custeio de encargos sociais.

Nesse sentido, conforme Martins (2017), a capacidade de organização dos trabalhadores e a força dos movimentos sociais vinha, em verdade, representando um perigo para a classe econômica dominante. Não agradava a proposta das políticas do governo do Partido dos Trabalhadores, que caminhavam em sintonia para reconstruir uma nova realidade. Por isso, essa classe iniciou um movimento de tentativa de desconstrução dessa política mediante propagandas, muitas vezes falseadas de uma crise em proporções surreais.

Os movimentos sociais, ocorridos a partir do ano de 2013, tendo como protagonistas jovens que almejavam ampliação das políticas sociais de inclusão, impulsionaram a articulação do movimento de derrocada do governo popular trabalhista. Com as eleições de 2014, claramente os ataques midiáticos se intensificaram.

A segunda tese sustentada por Martins (2017) é a de que o golpe parlamentar foi orquestrado por um grupo empresarial econômico de entidades patronais. A adesão foi forte e com a ajuda de grandes redes de televisão nacional, que passaram a dedicar horas e mais horas nos telejornais em comentários e notícias tendenciosas. O que se viu foram noticiários distorcidos objetivando manipular a grande massa, o que foi determinante. Martins sustenta que

Precedeu ao golpe de 2016, a forte adesão das principais entidades patronais brasileiras (FIESP, FIRJAN, CNI, ABIMAQ, FEBRABAN e Sociedade Rural Brasileira), e seu principal braço midiático de organização ideológica (Rede Globo), à implementação de um programa de austeridade fiscal e monetária num contexto de queda dos preços das commodities e do investimento privado, o que obrigatoriamente levaria à forte depressão econômica, com drástica queda da arrecadação fiscal e exponencialização dos pagamentos de juros, implicando em forte crise financeira do Estado (2017).

E continua:

A queda do governo Dilma possibilitou avançar em temas da agenda de reformas neoliberais que encontrariam resistência nos governos petistas como o congelamento dos gastos públicos primários por 20 anos, a reforma trabalhista, a lei de terceirizações, a reforma da Previdência, o fim das políticas industriais do BNDES, a retomada de privatização de empresas ou a eliminação do monopólio da Petrobrás e da política de conteúdo nacional para investimentos no Pré-Sal. Por meio das políticas de elevação da superexploração do trabalho e da atração de capital estrangeiro procurava-se compensar a restrição de gastos públicos primários e retomar o dinamismo econômico, associando-o ao aumento das taxas de exploração, da lucratividade e do investimento (2017).

O resultado do golpe parlamentar a sociedade toda tem experenciado. As políticas adotadas a partir do governo de Michel Temer são, para muitos setores da sociedade, pautadas por um modelo de desconstrução, que atinge de morte todo um esforço empregado para gerar maior inserção social da população brasileira.

Como pensar, no entanto, toda essa estrutura política brasileira a partir de Hannah Arendt?

De fato, encontrar uma resposta para essa indagação não é tarefa tão simples, uma vez que é preciso repensar a própria condição humana. É tentar entender a própria condição humana a partir do modelo estrutural brasileiro, até porque, como bem leciona Adeodato (1989, p. 114):

A condição humana tampouco se confunde com a natureza em geral, ela “...compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem.”, inclui também objetos resultados da influência humana sobre seu ambiente, criações artificiais como a roda de telescópio, a família e o Estado, a positivação do direito e a influência de Aristóteles: tudo aquilo com que os homens entram em contato passa a condicionar sua existência.

A experiência política moderna, muito criticada por Hannah Arendt, desvinculou-se de seus conceitos basilares, perdendo os fundamentos que foram erigidos ao longo dos séculos. A política, construção grega, pautava-se pelo diálogo eloquente, pela persuasão. A palavra era a força. Na atualidade, entretanto, houve o desvinculamento da ação e do discurso. “Ser político, viver numa *polis*, significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não força e violência” (ARENDT, 2004, p. 31). Nesse sentido, não dá para pensar no ser político em sua base histórica. No Brasil, há a prevalência do discurso do capital econômico.

A razão de ser da política e o seu sentido é a liberdade: se os homens não tivessem a capacidade de se relacionar livremente, não haveria a política; e se os homens não tivessem a potencialidade de estabelecer sua própria realidade, a política não teria sentido algum. A política, porém, é *inter-relação*, é *con-vivência*. No nascimento de cada homem a possibilidade de um novo começo é reafirmada, pois cada novo ser humano que nasce renova potencialmente o mundo. Esta é a esperança para a superação do mero labor ou trabalho e para o resgate da verdadeira condição humana, na qual discurso e ação integram-se como revelação da verdade do homem e do mundo.

[...] a qualidade reveladora do discurso e da ação vem à tona quando as pessoas estão *com* as outras, isto é, no simples gozo da convivência humana, e não “pró” ou “contra” as outras. Embora ninguém saiba que tipo de “quem” revela ao se expor na ação e na palavra, é necessário que cada um esteja disposto a correr o risco da revelação [...] (ARENDT, 2007, p. 192).

O que se percebe no Brasil, atualmente, é que se tenta criar uma ideologia de dominação a partir da tentativa de demonstrar que o caminho que se tem tomado é o melhor: o de resgate do crescimento de estabilização da economia e da geração de novos empregos. As políticas reformistas, por meio da propaganda de manipulação, são apresentadas como o único caminho capaz de gerar, no Brasil, a confiança do capital econômico e a retomada do crescimento.

Essa ideologia que está sendo construída, todavia, é falseada. Percebe-se, nesse discurso, matrizes totalitárias, mas com cunho pós-moderno. Como, para Hannah Arendt, para se falar em totalitarismo precisam estar presentes dois pilares – a ideologia e o terror –, verifica-se que o discurso atual se embasa nesses dois fundamentos.

A nova ideologia que está sendo instituída tenta mostrar que as reformas estruturais apresentadas são as melhores e necessárias. Retira-se direitos conquistados a duras penas por intermédio das lutas sociais e sindicais ocorridas ao longo das décadas precedentes e, ao mesmo tempo, tenta-se imprimir o terror de que se não reformar não haverá outra solução senão o colapso, o aumento da pobreza, do desemprego, da impossibilidade de sustentação do sistema previdenciário, dentre outros.

Para Chaves (2009), essa tentativa de impressão de um totalitarismo mediante o discurso busca gerar superfluidade nos homens e gera manipulação de massa.

De outro lado, ainda é possível perceber que há, no Brasil, o que Hannah Arendt (2004, p. 83) chama de culpa coletiva. De fato, percebe-se que a sociedade brasileira tem tomado uma postura de indiferença com as mudanças ocorridas. As diversas manifestações sociais têm alcançado uma aderência mínima. É como se as mudanças que estão acontecendo não atingissem a grande massa. A manipulação midiática tem sido tão expressiva que tenta sufocar os movimentos de resistência.

Pensar a política a partir da constatação de Hannah Arendt (2002, p. 21) como “A política baseia-se na pluralidade dos homens. [...] A política trata da convivência entre diferentes. Os homens se organizam politicamente para certas coisas em comum [...]”, é o que precisa ser feito no Brasil. O pensar diferente, a convivência com o diferente, é algo ainda utópico na nossa realidade. Somos herdeiros da tradição portuguesa de

dominação. Poucas famílias detêm o poder econômico e, por isso, este possui o poder de dominação. Assim, a política precisa redescobrir sua função precípua, gerar bem-estar social e não estar a serviço da minoria dominante.

A ausência de diálogo no âmbito político é movimento que causa estranheza. O discurso erigido pelos detentores do poder de governança é aquele que tenta demonstrar que tudo se caminha na mais perfeita harmonia. As crises de corrupção envolvendo agentes políticos, mesmo sendo constantes, têm tomado uma dimensão mínima, uma que a proposta que gerou o afastamento da presidente Dilma não é mais discutida.

De fato, insta destacar a apatia, a falta de discurso sério e debate, a ausência do espaço político e de ver a importância da república (*res publica*). A população brasileira, em geral, tem adotado uma postura de afastamento e apatia pela coisa pública. A relação de pertença à comunidade política não tem surtido efeito, posto que não se verifica a manifestação pública do povo brasileiro ante os acontecimentos, diferentemente do que se percebe na Venezuela.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao compulsar o pensamento político de Hannah Arendt, constata-se que a condição do homem é aquela consistente em ser-no-mundo, ou seja, o homem está inserido num mundo real, factual, permeado por normas emanadas visando à convivência.

Nesse sentido, a política assume uma posição importante na vida das pessoas, pois sua função de gerar o bem-estar social deve ser pautada pelos princípios do diálogo e do discurso.

A teoria da natureza humana, na perspectiva de Hannah Arendt, é aquela construída sob os três pilares: trabalho, obra e ação. Pela ação o homem constrói o discurso político, fundamentado na liberdade e na igualdade, sendo a política uma função da sociedade. No pensamento da autora, percebe-se que é necessário tentar reconquistar as bases da política por meio do pensamento dos antigos filósofos, para se ter a real noção do conceito de política, construída mediante o discurso, e da persuasão e não da força.

Ademais, o que causa mais estranheza, e foi constatado por Hannah Arendt quando das atrocidades advindas do nazismo, é a questão da apatia da população. No Brasil, embora tenha havido (e ainda estão em trâmites) diversas mudanças expressivas nos direitos que foram conquistados por meio de muitas lutas, a apatia da população brasileira é assustadora. Os grandes prejudicados mantêm-se em silêncio, e a grande população tomou uma postura de que tudo está bem, em ordem.

## 5 REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo: totalitarismo, o paroxismo do poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. Posfácio Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARENDT, Hannah. *O que é política?* 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2002.
- ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. 1<sup>a</sup> reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- BITTENCOURT, Luiz Antônio da Silva; SCHUVARTZ, Neiva. *Direito ao trabalho digno: uma releitura dos direitos fundamentais*. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo et al. *Tópicos contemporâneos de Direito do Trabalho: reflexões e críticas*. Belo Horizonte: RTM, 2017. p. 247-258. V. 2.
- CHAVES, Rosangela. *A capacidade de julgar: um diálogo com Hannah Arendt*. Goiânia: Cânone Editorial, 2009.
- CORREIA, A. (org.). *Hannah Arendt e a condição humana*. Salvador: Quarteto, 2006.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2015.
- FIORATI, Jete Jane. Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 142, p. 53-64, abr./jun. 1999.
- LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. São Paulo: Paz e Terra, 1979.

MARTINS, Carlos Eduardo. *Nove teses sobre a crise política brasileira*. 2017. Disponível em: <https://blogdabotempo.com.br/2017/05/29/notas-sobre-a-crise-politica-brasileira/>. Acesso em: 29 jul. 2017.

OLIVEIRA, Luciano. *10 lições sobre Hannah Arendt*. Petrópolis: Vozes, 2012.

SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. São Paulo: Cosac Naify, 2015.

SILVA, Moisés Rodrigues da. O homem e a política em A condição humana. In: *Revista Estudos Filosóficos*, n. 6, 2011 – versão eletrônica – ISSN 2177-2967 DFIME – UFSJ – São João Del-Rei-MG. p. 1-18. Disponível em: <http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos>. Acessado em: 24 jul. 2017.

# DIREITO À MORADIA E OS BENEFÍCIOS DE UMA POLÍTICA DE ACOLHIMENTO PERMANENTE PARA AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.173-187>

Recebido em: 23/3/2020

Modificações solicitadas em: 26/6/2020

Aceito em: 21/7/2020

***Luiz Sales do Nascimento***

Autor correspondente. Universidade Católica de Santos – Unisantos. Av. Conselheiro Nébias, 589/595  
– Boqueirão. CEP 11045-003. Santos/SP, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/5585248986676203>.  
<https://orcid.org/0000-0001-6854-4539>. [luiz.sales@unisantos.br](mailto:luiz.sales@unisantos.br)

***Carlos Gustavo Guimarães Albergaria Barreto***

Universidade Católica de Santos – Unisantos. Santos/SP, Brasil.

## RESUMO

Este artigo objetivou identificar os benefícios e dificuldades relacionados ao acolhimento permanente de pessoas em situação de rua, verificando-se a real possibilidade de se adotar tal sistemática no Brasil. Para compor o estudo, utilizou-se metodologia hipotético-dedutiva no tocante ao impacto da referida política pública na vida dos indivíduos beneficiados, seguida de método comparativo no âmbito do acolhimento permanente em outros Estados. Conclui-se que, no caso do Brasil, dentre os inúmeros modelos adotados pelo mundo, o modelo de acolhimento permanente que mais se adequa às nossas peculiaridades é o Communal Housing First (CHF), por conciliar baixo custo fiscal com eficiência na alocação de serviços públicos.

**Palavras-chave:** Pessoas em situação de rua. Direitos humanos. Moradia primeiro.

**RIGHT TO HOUSING AND THE BENEFITS OF A PERMANENT RECEPTION POLICY FOR HOMELESS PEOPLE**

## ABSTRACT

This article aimed to identify the benefits and difficulties related to the permanent reception of people living on the street, verifying the real possibility of adopting such a system in Brazil. To compose the analysis, we used the hypothetical-deductive methodology concerning the impact of the aforementioned public policy on the lives of the beneficiaries, followed by a comparative method within the scope of permanent reception in other States. It is concluded that the case of Brazil, among the countless models adopted by the World, the permanent reception model that best suits our peculiarities is the CHF (Communal Housing First), for reconciling low fiscal cost with efficiency in the allocation of public services.

**Keywords:** Homeless People. Human Rights. Housing First.

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Direito à moradia adequada. 2.1 Direito humano e fundamental. 2.1.1 Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), outros instrumentos normativos internacionais e a Agenda 2030. 2.1.2 Direito interno. Constituição Federal e Emenda Constitucional (EC) nº 26/2000. 3 Pessoas em situação de rua. 3.1 Conceito e Políticas Públicas. 3.2 Política atual: assistência social e benefícios eventuais, o Aluguel Social e suas limitações e os Centros de Referência Especializados para População em Situação de Rua – Centros POP. 4 Acolhimento permanente: benefícios e perspectivas. 4.1 Experiências internacionais. Housing First. 4.2 Reintegração social e comunitária facilitada. 4.3 Segurança habitacional para pessoas em situação de rua e uma proposta para o Brasil. 5 Conclusão. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito à moradia adequada constitui um direito humano e fundamental de salutar importância, por viabilizar o próprio exercício digno dos demais direitos. Nesse contexto, viabilizar o efetivo exercício de tal direito, introduzindo as políticas públicas necessárias a efetivar a disponibilização de moradia a todos, constitui uma das principais aspirações dos gestores contemporâneos.

Se o *deficit* habitacional para atender à crescente demanda já constitui grave problema e enorme desafio, ele potencializa-se ainda mais quando se trata do direito à moradia das pessoas em situação de rua. Independentemente dos fatores que levaram esses indivíduos a habitar praças e logradouros públicos (problemas mentais, desemprego, desestruturação familiar, vício em entorpecentes, alcoolismo, etc.), sua vulnerabilidade social potencializa o menoscabo a seus direitos mínimos e essenciais.

Sujeitos às intempéries e aos maus tratos, esses indivíduos contam com uma rede de proteção, desenvolvida recentemente, que prima pela reinserção progressiva dessas pessoas no ambiente social, com etapas transitórias e definidas, com uma fase inicial de acolhimento em abrigos e em casas de reabilitação. Em que pese o êxito relativo de tal sistemática, a curta duração da adaptação traz como efeito nocivo o retorno à situação de rua.

Como observa-se na introdução supra e em relação aos problemas expostos, parece-nos relevante investigar: Essa sistemática de reintrodução paulatina do indivíduo constitui a melhor abordagem para solucionar o problema dos moradores em situação de rua? A efetiva e imediata cessão de um lar a uma pessoa em situação de rua – invertendo-se o processo usual de reabilitação – possibilita uma integração mais efetiva e de longo prazo do indivíduo? A experiência conhecida por *housing first*, desenvolvida por Sam Tsemberis nos EUA há algumas décadas, poderia ser importada para o Brasil? São essas as diretrizes que serão postas à prova no desenvolvimento desta breve pesquisa.

O objetivo geral do presente artigo é contribuir para uma melhor compreensão do tema, abordando-o de forma abrangente, uma vez que ainda há poucos estudos específicos de campo em nosso país para se aqualatar o efetivo impacto da nova sistemática nas relações sociais, embora se possa antecipar que sua efetivação seria extremamente relevante para a comunidade de uma forma geral, por resgatar, de maneira mais efetiva e duradoura, cidadãos que atualmente constituem um ônus social e financeiro, reinserindo-os na rede social produtiva e iterativa. De modo mais individualizado, a abordagem prima pela concessão de uma habitação antes mesmo de se iniciar a recuperação física/emocional/psicológica desses indivíduos, resgatando-os de uma vulnerabilidade extrema e lhes concedendo mais que um teto – uma morada.

O objetivo específico é demonstrar sua potencial utilidade na pioneira abordagem na recuperação/resocialização das pessoas em situação de rua, verificando-se a real possibilidade de se adotar tal sistemática em nosso país a partir da análise de experiências bem-sucedidas ocorridas em outros países.

Em termos metodológicos, parece-nos coerente, com base na argumentação supra, abordar o tema sob uma metodologia hipotético-dedutiva no tocante ao impacto da referida política pública na vida dos indivíduos beneficiados, uma vez que ainda são escassos os dados empíricos para possibilitar um diagnóstico mais preciso (ao menos em nosso país), enquanto a análise dos resultados obtidos em outros Estados e a possibilidade de sua reprodução internamente, reclamam uma metodologia sistêmica e comparativa.

Utilizaremos, ainda, a pesquisa analítica do objeto, avaliando, com maior profundidade, os dados, explicando intuitivamente o contexto do objeto no âmbito interno e seu pretenso impacto sobre a população em situação de rua.

## 2 DIREITO À MORADIA ADEQUADA

O direito à moradia constitui uma necessidade básica do indivíduo, um pressuposto basilar ao completo desenvolvimento do ser humano, assegurando-se sua intrínseca dignidade. Não se trata apenas de se assegurar um abrigo, mas, sim, um lar, um ambiente que vai além de uma estrutura física adequada para permitir um completo desenvolvimento do indivíduo.

Não é por outro motivo que o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas salienta que o Direito à Moradia adequada pressupõe o direito de morar em paz, em segurança e com dignidade (OFFICE OF THE UNITED NATIONS..., 2014, p. 3).

O reconhecimento do direito à moradia adequada relaciona-se com a noção de mínimo existencial, decorrência lógica e inafastável da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF). Como suprarreferido, não se trata apenas de disponibilizar uma habitação, um alojamento, um abrigo das intempéries, mas, sim, uma estrutura adequada, que seja digna, possibilitando qualidade de vida dotada de condições compatíveis de higiene e conforto, preservando a intimidade pessoal e a privacidade familiar (RANGEL, 2009, p. 57-78).

Nolasco (2018) conceitua o direito à moradia como a posse exclusiva, durante um razoável período de tempo, de espaço determinado no qual se tenha proteção contra intempéries, assegurando-se a intimidade do indivíduo, além da possibilidade de prática dos atos elementares da vida humana, como alimentação, repouso, higiene, reprodução e comunhão. Logo, o direito à moradia não apenas propicia dignidade, como ele mesmo decorre da dignidade da pessoa humana, em relação *simbiótica* e indissociável, uma vez que é no conforto e segurança do lar que muitos dos direitos humanos florescem.

Inicialmente, poder-se-ia associar a ideia de habitação à propriedade, o que parece até intuitivo, posto que o domínio de uma unidade habitacional propicia o efetivo exercício do direito à habitação. Não se trata, contudo, propriamente de uma decorrência lógica do direito à propriedade (embora haja uma correlação evidente, como apontado anteriormente), uma vez que o direito à moradia não pressupõe moradia própria, mas moradia adequada e digna (NOLASCO, 2018).

Nesse sentido, nem sempre a moradia própria (propriedade ou domínio) reúne os atributos que se lhe qualificam como morada digna (basta se imaginar as condições insalubres de favelas, palafitas, dentre outros exemplos).

Em verdade, em alguns casos o direito à moradia sujeita o próprio direito à propriedade. Sarlet (1988), inclusive, destaca alguns julgados de cortes estrangeiras e nacionais em que o direito à moradia sobrepujou o direito à propriedade.

Trata-se de um direito social (de 2ª geração, portanto, prestacional, programático). Tais direitos nasceram a partir do início do século 20, inseridos no constitucionalismo do Estado Social (*welfare state*), fruto de um movimento antiliberal, uma contraposição ao dominante *laissez-faire* (MAZZUOLI, 2017). Ademais, para se adequar aos modernos ditames de dignidade, não basta configurar um teto, e sim uma proteção ampla. Nesse sentido é que se aduz a habitação *adequada*.

Em relação à ideia de *adequação*, é salutar referir-se às profícias conclusões do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ao elaborar o Comentário Geral nº 4 (UNITED NATIONS, 1991), elencando os 7 fatores que caracterizam a adequação habitacional, quais sejam: 1) segurança legal da posse, consistente na segurança jurídica contra despejos forçados ou pressões incômodas para desocupação; 2) disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura, como sendo acesso sustentável a recursos naturais e comuns (energia elétrica, água potável) e infraestrutura (serviços de emergência, saneamento básico, armazenagem de alimentos, armazenagem de resíduos sólidos); 3) custo acessível, inclusive com atuação efetiva dos Estados, por meio de subsídios habitacionais e proteção contra especulação e aumentos abusivos do valor de locações, além de propiciar oferta adequada de materiais de construção; 4) habitabilidade, como sendo proteção efetiva contra intempéries (frio, umidade, calor, chuva, vento, etc.), além de prevenção contra ameaças à saúde e riscos estruturais, uma vez que a habitação inadequada ou insalubre, enquanto fator ambiental, é determinante para a fixação de altas taxas de mortalidade e morbidade em análises epidemiológicas; 5) acessibilidade, referente à facilitação de acesso dos grupos mais sensíveis e hipossuficientes à moradia (crianças, enfermos, idoso, portadores de doenças graves, etc.), priorizando-se políticas públicas que busquem tais objetivos; 6) localização, tanto referente à proximidade de serviços públicos essenciais e opções de trabalho e lazer, como também evitando-se edificações em áreas poluídas; e 7) adequação cultural, ou seja, o conjunto arquitetônico deve espelhar a identidade e diversidade cultural dos habitantes.

Como percebe-se nos inúmeros e relevantes fatores elencados, não basta a disponibilidade de um abrigo, mas uma morada adequada e permanente, dotada de infraestrutura completa, com um custo acessível, que viabilize proteção física a seus habitantes, disponibilizada amplamente (com especial atenção para os grupos vulneráveis), localizada próxima ao centro de atividade dos indivíduos e edificada respeitando a diversidade cultural de cada grupo social.

## 2.1 Direito Humano e Fundamental

Inicialmente, parece-nos salutar aduzir que adotamos a corrente doutrinária que defende uma diferenciação entre os termos “direito humano” e “direito fundamental”, consignando-se que o direito fundamental nada mais é que um direito humano positivado na carta constitucional de um Estado (RAMOS, 2018, p. 53).

Aliás, registre-se a perfeita técnica do constituinte de 1988 ao utilizar tal distinção conceitual com admirável zelo técnico. O direito à moradia, nesse contexto, tanto figura no rol de direitos humanos quanto no de direitos fundamentais.

### 2.1.1 Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), outros instrumentos normativos internacionais e a Agenda 2030

Há uma série de instrumentos normativos internacionais que preveem o direito à moradia como um direito básico humano, sejam instrumentos genéricos, destinados indistintamente a toda coletividade, sejam instrumentos individualizados, fruto da especificação (passagem gradual para determinação dos sujeitos titulares de direitos), seja em relação ao gênero, à fase da vida ou de estados normais/excepcionais, como ensina Bobbio (2004, p. 46-61).

De plano, é fundamental notar que tal direito figura no mais importante instrumento normativo disciplinador dos direitos humanos. A DUDH, de 1948, elenca especificamente o direito à moradia como um direito humano universal, ao registrar, em seu artigo 25, que

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Além da DUDH, o direito à moradia figura no artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida (BRASIL, 1992, Artigo11).

Em atenção à especificação, há referência do direito à habitação no artigo 11 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 (Dec. nº 4377/02):

2. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a: (...) h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações (BRASIL, 1984, artigo 11).

Há previsão, no artigo 27 da Convenção sobre os Direitos da Criança (Dec. nº 99.710/90), que:

3. Os Estados Partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação (BRASIL, 1990, artigo 27).

Há previsão, igualmente, no artigo 21 da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (Dec. nº 50.215/61), que,

No que concerne ao alojamento, os Estados Contratantes darão, na medida em que esta questão seja regulada por leis ou regulamentos ou seja submetida ao controle das autoridades públicas, aos refugiados que residam regularmente no seu território, tratamento tão favorável quanto possível e, em todo caso, tratamento não menos favorável do que aquele que é dado, nas mesmas circunstâncias, aos estrangeiros em geral (BRASIL, 1961, Artigo 21).

Também há previsão no artigo 43 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias:

1. Os trabalhadores migrantes beneficiam de tratamento igual ao que é concedido aos nacionais do Estado de emprego em matéria de: (...) d) Acesso à habitação, incluindo os programas de habitação social, e proteção contra a exploração em matéria de arrendamento; (...) 3. Os Estados de emprego não devem impedir que os empregadores de trabalhadores migrantes lhes disponibilizem habitação ou serviços culturais ou sociais. Sem prejuízo do disposto no artigo 70º da presente Convenção, um Estado de emprego pode subordinar o estabelecimento dos referidos serviços às condições geralmente aplicadas no seu território nesse domínio (BRASIL, 1990, artigo 43).

Por fim, há previsão no artigo 28 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Dec. 6949/09), internalizado pelo rito previsto no artigo 5º, § 3º, CF, integrando atualmente o bloco de constitucionalidade pátrio:

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência.
2. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: (...) d) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência a programas habitacionais públicos (BRASIL, 2009, artigo 28).

Logo, o direito internacional dos direitos humanos reconhece largamente o referido direito, demonstrando sua inequívoca importância. Ilustrando essa importância, cumpre-nos destacar que o item 11.1 da Agenda 2030 da ONU para o desenvolvimento sustentável registra: *“11.1 Até 2030, garantir o acesso de todos à habitação segura, adequada e a preço acessível, e aos serviços básicos e urbanizar as favelas”* (ONU, 2015, Objetivo 11).

Destarte, além de uma ampla enunciação e reconhecimento histórico em inúmeros dispositivos, o direito à habitação adequada figura como aspiração social da humanidade, atenta ao desenvolvimento sustentável e ao combate às mazelas que afigem nossa sociedade.

### **2.1.2 Direito interno. Constituição Federal e Emenda Constitucional (EC) nº 26/2000**

Internamente, a inclusão específica do direito social fundamental à moradia é bem mais recente. O Poder Constituinte, originário de 1988, não incluiu em seu rol de direitos sociais especificamente o direito à moradia, embora haja inúmeros dispositivos esparsos que tratem indiretamente do tema (artigo 21, XX; artigo 23, IX; artigos 182 e 183, etc.).

Apenas em 1996, por meio de Proposta de Emenda Constitucional (PEC) de autoria do senador Mauro Miranda (PMDB/GO), apresentada no Senado e, posteriormente, remetida à Câmara dos Deputados (no qual tramitou sob o nº 601/1998), é que se discutiu sua inclusão no texto constitucional, culminando com a aprovação da EC nº 26/2000, que alterou a redação do artigo 6º da CF, incluindo o direito à moradia dentre o rol de direitos fundamentais sociais. Tal iniciativa decorreu de situação pitoresca, como se infere da justificativa que acompanhou a PEC.

O Brasil participou da Conferência Habitat II, convocada pela ONU e realizada entre 3 e 14 de junho de 1996 em Istambul, Turquia, tendo sido indicado para relatar a parte da Agenda do Habitat que tratava do *direito à moradia*. Na ocasião, percebeu-se que nossa Carta Política de 88 não reconhecia em seu rol de direitos fundamentais o direito à habitação como um direito social, o que precipitou a proposta de PEC, redigida apenas e tão somente para incluir o direito à moradia no rol do artigo 6º da Constituição Federal.

Em verdade, há longa data existia uma preocupação da Comunidade Internacional com o direito à habitação, já reconhecido na DUDH, como anteriormente referido, além da positivação em inúmeros outros instrumentos, independentemente de sua denominação (habitação ou alojamento).

Desde a realização da 1ª Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat I), realizada no Canadá, em 1976, quando se discutiu a questão humanitária, que a moradia adequada e os serviços a ela inerentes são tratados como direito humano básico referente aos refugiados. Assim, é salutar a iniciativa, conferindo *status* constitucional a importantíssimo direito social, seja por questões humanas, seja por necessidades humanitárias.

### 3 PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

#### 3.1 Conceito e Políticas Públicas

Considerando a importância atribuída ao direito à moradia, resta evidente que seu desrespeito vitima gravemente o indivíduo, privando-o de um dos mais básicos elementos qualificadores de sua dignidade.

Conforme definição normativa do artigo 1º, parágrafo único, do Decreto nº 7.053/09, tal segmento (população em situação de rua) constitui

Grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória (BRASIL, 2009, artigo 1º).

Como pode-se perceber pela definição normativa, trata-se de segmento populacional fragilizado, sujeito à nefasta vulnerabilidade social.

Observa-se, inclusive, que a denominação adotada (pessoa em situação de rua) objetiva exatamente dissociar tal condição do estado fixo da pessoa, sendo tratada como um processo, uma situação momentânea, que se pretende superar (JUNIOR, 2016, p. 231).

Aliás, além da privação do abrigo físico em si, a ausência de moradia permanente e adequada priva esses indivíduos do gozo dos demais direitos sociais (saúde, educação, alimentação, etc.), uma vez que há dificuldade em monitorar a localização e as condições pessoais desses indivíduos, inviabilizando uma política prestacional mais efetiva e eficiente, até pela heterogeneidade que caracteriza tal parcela populacional.

Atento à precariedade da situação desse segmento, fora instituída, em 2009, por meio do Decreto nº 7.053, a Política Nacional para a População em Situação de Rua.

Trata-se de instrumento normativo de suma importância, que sintetizou os anseios e perspectivas de iniciativas públicas e privadas anteriores (tardias, é verdade), a exemplo do I Encontro Nacional sobre a População em Situação de Rua, de 2005, por meio dos quais as autoridades públicas e segmentos participativos da sociedade civil compreenderam a necessidade de viabilizar a instituição de políticas públicas direcionadas para mitigar os efeitos da vulnerabilidade social que acomete um número crescente da população.

O referido Decreto elenca os princípios, diretrizes e objetivos que norteiam as políticas públicas voltadas à população em situação de rua, além de instituir o Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da referida política pública. A simples leitura do documento demonstra sincera preocupação dos atores sociais com a situação calamitosa do processo de rualização.

Como aponta Bobbio, contudo, a enumeração de direitos constitui etapa simplória e facilitada, posto que a verdadeira dificuldade, o real desafio, é estabelecer tais direitos.

Nesse aspecto, há uma vontade crescente nos últimos anos, tanto por parte das autoridades constituídas quanto da sociedade civil, de efetivar tais políticas com o reconhecimento e o pleno exercício dos direitos sociais pelos indivíduos fragilizados, sendo o acesso à moradia adequada a primeira etapa de tal proceder.

Aliás, as autoridades internacionais estão atentas a eventuais abusos por parte dos Estados. Em junho de 2018 a *Rapporteur* especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU para moradia adequada, Leilani Farha, publicou uma Carta Aberta dirigida à Hungria, denunciando uma emenda legislativa em curso que pretendia alterar a lei fundamental daquele estado para criminalizar a moradia de rua (FARHA, 2018), quando a Hungria já registrava 50 mil pessoas nessa situação. Em que pese a preocupação, não há internamente, de fato, uma política efetiva para debelar a situação.

Inicialmente, a própria definição da efetiva população em situação de rua é complicada, uma vez que a rotatividade e heterogeneidade são características desse grupo populacional, cuja própria definição normativa suprarreferida é criticada por dar ênfase à ausência de vínculos familiares e de moradia convencional, ancorado na tríade valorativa família-casa-trabalho, sem pôr em relevo o alijamento dos direitos fundamentais de tais indivíduos (SILVA, 2015, p. 121).

Não há, também, dados precisos (até pelas dificuldades narradas anteriormente). Estima-se que em 2015 existiam pouco mais de cem mil pessoas em situação de rua no Brasil (NATALINO, 2016, p. 24).

Os abrigos existentes são insuficientes. Na cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, havia, em 2016, 2.115 vagas nos 62 abrigos do município, enquanto se estimava uma população em situação de rua na capital fluminense de cerca de 14,2 mil pessoas (VILELA, 2017); um aumento de mais de 150% nos últimos três anos.

Observa-se, portanto, que a População em Situação de Rua (PSR) constitui um segmento crescente da população, sujeito à grave vulnerabilidade social, que exige dos atores sociais medidas efetivas para estabelecimento das políticas públicas previstas no Plano Nacional, que completará, em dezembro, dez anos de vigência.

### **3.2 Política atual: assistência social e benefícios eventuais, o Aluguel Social e suas limitações e os Centros de Referência Especializados para População em Situação de Rua – Centros POP**

Após as considerações introdutórias anteriores, apresentando e contextualizando o problema, cumpre-nos tratar de aspecto mais relevante para a mitigação do problema social, qual seja, uma política efetiva de acolhimento de tais indivíduos, mitigando os graves efeitos decorrentes da ausência de moradia (digna e adequada).

De plano, há que se anotar, como já comentado, que o Brasil possui um crescente *deficit* habitacional. Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) do IBGE, de 2015, havia um *deficit* da ordem de 6.186.503 de domicílios (CBIC, 2019).

Atualmente, esse número orbita na casa de 7,757 milhões de moradias, segundo a Fundação Getúlio Vargas (FGV) (VILAS BOAS; CONCEIÇÃO, 2019). Logo, se a falta de moradia adequada já é um grave problema para os indivíduos regularmente inseridos no tecido social, para aqueles marginalizados em situação de rua a problemática é ainda mais desesperadora.

Os dados mais recentes do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea) mostram que a população estimada em situação de rua em 2015 somava cerca de 101.854 indivíduos, como referido anteriormente, cuja grande maioria (77,02%) habitam municípios de grande porte, de mais de cem mil habitantes (IPEA, 2017). Assim, cumpre-nos, inicialmente, referir os institutos mais relevantes dos chamados *staircases* de acomodação das pessoas sujeitas à vulnerabilidade social.

A atuação do Poder Público na criação de políticas para combater a situação de vulnerabilidade que enfrentam os indivíduos em situação de rua principia por atacar os aspectos mais imediatos do problema. Quando o risco social é temporário e emergencial, usualmente recorre-se à rede assistencial, com a concessão de aluguel social.

O aluguel social é benefício assistencial eventual temporário, idealizado para atender necessidades transitórias advindas da remoção de indivíduos domiciliados em áreas de risco, desabrigados em razão de vulnerabilidade momentânea decorrente de calamidade pública. Nesse sentido, o artigo 8º, do Decreto nº 6307/07, regulamentou o artigo 22, § 2º, da Loas (Lei nº 8742/93), que trata do estabelecimento de benefícios eventuais para atendimento de necessidades humanas advindas de vulnerabilidade temporária (BRASIL, 2007, artigo 22).

Em que pese exigir a regulamentação e a fiscalização municipal, trata-se, como regra, de valores menais destinados a famílias vitimadas por calamidades públicas que se encontram desabrigadas. Como pode-se perceber, além da especificidade (vítimas de calamidade pública), o benefício é temporário, não se prestando propriamente à regularização da situação habitacional das pessoas em situação de rua, uma vez que visa a apenas debelar uma situação momentânea, um risco social temporário.

Já os Centros de Referência Especializados para População em Situação de Rua (Centro POP), decorrentes da prestação de serviços prevista no artigo 23, II, da Lei nº 8.742/93, e regulamentado pelo Decreto nº 7.053/09, apenas se destinam à prestação de serviços médicos e assistenciais.

Observe-se que há a previsão normativa de acolhimento temporário (abrigos) prevista no artigo 8º do Decreto nº 7.053/09, mas não há uma política de acolhimento permanente para tais indivíduos dentre os objetivos encartados no artigo 7º do referido Decreto. Aliás, sequer a articulação integrada fora mantida, uma vez que a política (equivocada) de *estado Mínimo* do governo atual revogou o Comitê Intersetorial previsto para acompanhar e monitorar a efetivação de tão importante política pública.

Em verdade, há apenas uma referência (indireta) ao acolhimento permanente, quando, ao tratar do acolhimento temporário, assim prevê o artigo 8º, § 4º, do Decreto 7.053/09: “§ 4º A rede de acolhimento temporário existente deve ser reestruturada e ampliada para incentivar sua utilização pelas pessoas em situação de rua, *inclusive pela sua articulação com programas de moradia popular promovidos pelos Governos Federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal* (grifos aditados)”.

Logo, embora o texto refira-se diretamente à restruturação da rede de acolhimento temporário, essa pode ser uma alternativa permanente à moradia na rua, com a destinação de parte das unidades de moradia popular para viabilizar um programa de acolhimento permanente.

#### **4 ACOLHIMENTO PERMANENTE: BENEFÍCIOS E PERSPECTIVAS**

Inicialmente, registre-se que, muitas vezes, uma política de acolhimento temporário é suficiente para restabelecer a condição de dignidade do indivíduo, vitimado por descontrole momentâneo, decorrente de problemas de saúde, desemprego ou desarticulação familiar. Dentro desse grupo populacional, contudo, há uma parcela de indivíduos que vive situação de rua crônica. Usualmente são indivíduos com uma idade mais avançada, dependentes químicos ou com severos problemas mentais, que já moram na rua há mais de dois anos.

Nesses casos mais graves, a elevada vulnerabilidade social, o abandono aos tratamentos lineares tradicionais e os altos custos sistêmicos das iniciativas, exigem uma abordagem diferenciada que se adeque às peculiaridades do caso, até porque muitos desses indivíduos evitam os abrigos perante a ausência da liberdade de que gozam quando estão em situação de rua (43,9% apontaram a falta de liberdade como motivo para não se recolher em albergues).

A alteração dessa abordagem linear de tratamento para adoção de um modelo em que se assegura uma segurança habitacional permanente, sem condicionamento a tratamento e se assegurando a liberdade de escolha aos beneficiários, constitui uma revolução, uma mudança de paradigma kuhniana, como definiu Davidson (2006, p. 126).

##### **4.1 Experiências internacionais. *Housing First***

*Housing First* é uma iniciativa pioneira introduzida por Sam Tsemberis, no final da década de 80 do século 20, ao testemunhar pessoalmente a falência do modelo tradicional no combate à vulnerabilidade das pessoas em situação de rua.

Nessa época, o professor da Universidade de Columbia trabalhava em um serviço de emergência móvel de um Hospital em Nova York, e testemunhou, em primeira mão, que os modelos assistenciais até então instituídos, além de não resolverem de forma definitiva o problema, contavam com recorrente recidiva (BLANCO, 2016).

Além de amplamente aplicada nos EUA e Canadá, a estratégia do programa começou a ser adotada na França, Dinamarca, Finlândia, Irlanda, Holanda e Suécia.

Para se ter uma ideia do sucesso da abordagem, após a adoção do programa a Finlândia conseguiu diminuir em 40% sua população de rua em apenas uma década (POHJANPALO, 2019).

A expressão *housing first* fora inicialmente utilizada, em 1999, pela *National Alliance to End Homeless*, podendo ser definida como uma alocação de pessoas em situação de rua em moradias permanentes, como medida inicial do tratamento, com a disponibilidade de serviços de suporte médico-assistenciais, mas sem obrigatoriedade da referida pessoa de se submeter aos mesmos como condicionante para o recebimento da moradia (KERTESZ *et al.*, 2009, p. 498-501). Pode-se conceber que não há apenas uma sistemática, uma vez que inúmeros modelos podem ser adotados com base na diretiva referida. Há três tipos genéricos distintos do serviço (PLEACE 2012, p. 3).

O primeiro sistema fora originalmente desenvolvido, em Nova York, pela organização *Pathways*, sendo conhecido por *Pathways Housing First* (PHF). Ele é destinado para as pessoas em situação de rua de maior vulnerabilidade social (doentes mentais severos, dependentes químicos, etc.). As pessoas são alocadas em unidades individuais sem uma vinculação específica (concentração). O tratamento associado é prestado por meio de profissionais integrantes de equipe móvel, que visita os beneficiados em suas residências ou em locais previamente combinados. A submissão ao tratamento e a abstinência são facultativas.

Um dos traços característicos desse sistema é a de não concentrar os indivíduos em localidades específicas, posto que o objetivo do programa é promover a reinserção social da pessoa em situação de rua. Logo, o beneficiário é alocado em uma unidade habitacional alugada, tendo o PHF como fiador. Além do efeito ressocializador e de se contemplar o direito de moradia como ele efetivamente é – um direito humano básico –, esse sistema evita as chagas sociais e o preconceito relacionados à preconcepção que as pessoas têm de abrigos, ao evitar uma grande concentração de beneficiários em um único local. A reinserção dos beneficiários, de forma separada, afasta estigmas e promove a reinclusão social.

O segundo sistema chama-se *Communal Housing First* (CHF). Ele também destina-se a pessoas em situação de rua em grave vulnerabilidade social. Não fornece moradias isoladas, e sim um sistema comunitário, no qual todos os beneficiados residem no mesmo imóvel (unidade residencial ou prédio), enquanto o tratamento é oferecido no próprio local ou em localidade muito próxima. Tratamento e abstinência igualmente não são obrigatórios.

O terceiro grande sistema é o *Housing First “Light”* (HFL). Não se restringe a beneficiários em grave situação de vulnerabilidade, abrangendo pessoas na iminência de ficarem ao relento, ou famílias e indivíduos jovens já em situação de rua. Não oferece tratamento médico direto.

O que caracteriza todos os sistemas citados como integrantes do programa *Housing First* é que se assegura, de imediato, sem condicionantes, uma moradia permanente para indivíduos em situação de rua (seja individual, seja comunitário), sem a obrigatoriedade de submissão a tratamento médico/psiquiátrico ou tratamento para a dependência química.

A ideia já transparece no próprio nome do programa (*housing first*), no qual se destaca que o primeiro passo primordial para se resgatar a dignidade do indivíduo é se lhe assegurar o direito humano à moradia adequada e permanente, sem riscos imediatos de despejo/desalocação.

A grande mudança obtida pelos programas que adotam tal metodologia consiste em se afastar do modelo linear tradicional de abordagem do problema, que exigia inicialmente (e como condicionantes para a continuidade do atendimento) o tratamento das condições que afigiam as pessoas em situação de rua – tratamento médico-psiquiátrico e/ou tratamento para a dependência química – para possibilitar a passagem progressiva para a moradia permanente.

No caso do *housing first*, há uma dissociação entre a concessão da moradia permanente e a exigência de tratamento. Essa abordagem linear anterior era composta de etapas, verificando-se que tais serviços eram etapas necessárias para se conseguir a moradia permanente. Esse modelo não alcançava os objetivos, posto que os usuários eventualmente abandonavam ou eram expulsos do programa (PLEACE, 2018, p. 4).

Esses programas pioneiros, chamados de LRT (*linear residential treatment*) ou modelo de escadas (*staircase model*), destinavam-se a tratar pessoas em situação de rua com problemas mentais severos e/ou grave dependência alcoólica e de drogas, e era idealizado em degraus, que se iniciava com moradias comunitárias,

progredindo para ambientes mais próximos de um lar, terminando por conferir moradia independente. Essas etapas, entretanto, exigiam abstinência na utilização de drogas e álcool, além de submissão obrigatória a tratamentos clínicos e atingimento de metas por parte dos beneficiados.

A grande crítica a esses programas é exatamente a alta incidência de seu abandono por parte dos beneficiários (PLEACE, 2018, p. 2-3). Como a moradia permanente constitui a última etapa do programa, qualquer recaída no curso deste excluía o beneficiário e o devolvia à situação de rua. Em verdade, enquanto não vencidas todas as etapas, com êxito, o indivíduo beneficiado, já vitimado pelas graves condições pessoais, também não tinha segurança habitacional, uma vez que este consistia no último objetivo a ser atingido (a moradia é conquistada).

Além do insucesso da abordagem linear, com elevado grau de reincidência no uso abusivo de entorpecentes e álcool e abandono do tratamento clínico para doenças mentais, também se verifica um elevado custo fiscal.

Os indivíduos que padecem dessas enfermidades e condições consomem uma quantia desproporcional de recursos públicos – em abrigos, hospitais, hospícios e prisões –, que alguns estudiosos estimavam que ultrapassava a metade dos recursos alocados para todos os serviços de emergência e abrigos (DAVIDSON, 2006, p. 127), embora estudos demonstrem que eles representam apenas 20% dos usuários de abrigos. Estudos mostraram que o custo assistencial anual combinado por pessoa era de US\$ 40.500 em Nova York (LY; LATIMER, 2015, p. 476).

Parece intuitivo concluir que o pagamento integral ou parcial (subsídios) de aluguers a pessoas em situação de rua acarreta alto custo, o que é verdade. O alto custo dessas locações, associado a políticas de austeridade fiscal pós-crise de 2008, tem constituído barreiras ao financiamento de moradias e serviços para pessoas em situação de rua (DOBSON, 2018, p. 311).

Uma análise mais ampla do fenômeno, contudo, demonstra que o aumento no custo da habitação é compensado pela diminuição dos custos médico-hospitalares e correlatos, embora os estudos não sejam conclusivos pela disparidade de parâmetros (LY; LATIMER, 2015, p. 486).

Logo, quando se comparam os custos de pacientes com severos distúrbios psiquiátricos e/ou grave quadro de dependência química, os resultados direcionam para uma efetiva compensação de custos. A organização *Pathways* apresentou um quadro comparativo dos custos diários da execução do programa, expondo os seguintes valores: US\$ 57 por noite no PHF; US\$ 73 em abrigos emergenciais; US\$ 164 na cadeia; US\$ 519 em Emergência de Hospital; US\$ 1.185 em Hospital Psiquiátrico (PLEACE, 2012, p. 58).

Assim, a alocação permanente de um indivíduo em grave situação de vulnerabilidade, no final das contas, reverte-se em grande economia de recursos. Ao analisar o caso de Murray, um veterano de guerra com graves distúrbios mentais, Padgett ressalta que esse indivíduo, em particular, pode acumular mais de 80 internações anuais em Emergências de Hospitais (PADGETT, 2015, p. 58).

Logo, uma alocação permanente reduz os graves riscos associados à situação de rua, agravando doenças e distúrbios já presentes (o que acarreta encarceramento e/ou internação, com elevados custos associados), com efetiva redução de danos, além de viabilizar tratamento efetivo (caso o beneficiário assim deseje, respeitando seu direito de escolha).

Isso verifica-se porque a habitação permanente produz inúmeros efeitos nos indivíduos, devolvendo-lhes (em parte) a dignidade perdida e o senso de responsabilidade, além da alocação em moradia adequada, afastando-o da situação de rua. A qualidade da moradia e da vizinhança refletem-se, inclusive, na saúde dos indivíduos.

Há estudos que associam elementos ambientais da habitação e problemas de saúde, a exemplo de insuficiência de iluminação solar associada à depressão e níveis de ruído associados a distúrbios psicológicos, e da quantidade de estabelecimentos que comercializam bebidas alcoólicas na vizinhança e os índices de criminalidade (ADAIR *et al.*, 2016, p. 683).

Logo, a abordagem tradicional peca pela pouca efetividade (dada a recidiva e a obrigatoriedade de submissão a tratamento/abstinência) e pelo alto custo sistêmico. Esse custo-benefício é muito maior quando se compara o tratamento linear e a abordagem do HF em indivíduos sujeitos à grave vulnerabilidade (distúrbios psiquiátricos e dependência química).

Inúmeros modelos adequados a cada localidade e peculiaridade têm sido desenvolvidos. O modelo espanhol iniciou-se em 2014 por meio da Fundação Rais (*Red de Apoyo a la Integración Sociolaboral*), que instituiu o programa em 38 quadras nas cidades de Madrid, Málaga e Barcelona (VILARRODONA, 2016, p. 64), mas que já conta, atualmente, com inúmeras outras iniciativas, em incontáveis cidades espanholas.

A introdução do modelo na Espanha gerou muitas expectativas para os diferentes atores envolvidos, porque os resultados mostram que este enfoque pode ser mais eficaz e menos custoso para obter a incorporação social de pessoas em grave vulnerabilidade (ESTANY *et al.*, 2016, p. 8).

Outros países europeus adotaram a metodologia do *housing first*, como relata Marian Martínez González (GONZALEZ, 2017, p. 175), com resultados encorajadores. Na Áustria obteve-se um índice de comprometimento na ordem de 98,3% dos participantes. Na Bélgica destaca-se a ausência de centralização, com cada organização fornecendo diferentes serviços às pessoas em situação de rua, de acordo com as peculiaridades. A Dinamarca aproxima-se do modelo Canadense e Francês (*Chez Soi*), com adoção dos modelos de tratamento *Intensive Case Management* (ICM – que vincula o tratamento a outros serviços de saúde, assistência e trabalho, atuando especialmente na fase inicial da situação de rua) e *Assertive Community Treatment* (ACT – equipe multidisciplinar que oferece tratamento direto a indivíduos de elevada necessidade e vulnerabilidade, como problema de saúde física e mental e dependência química). A Finlândia, como já referido, obteve uma diminuição notável na moradia em situação de rua com a adoção do programa.

Conclui González (2017, p. 184) que a França realizou um dos maiores testes do modelo *Housing First*, que foi feito na Europa. O programa batizado de *Un Chez-Soi d'abord* testou o modelo em quatro cidades – Lille, Paris, Toulouse e Marselha, de 2011 a 2016 – e foi liderado nacionalmente pelo DIHAL (Departamento interministerial responsável pela estratégia nacional pela falta de moradia). Os departamentos de saúde, habitação e assistência social do governo francês participam do Programa. Todos os serviços da *Housing First* possuem comitês de gestão em âmbito local, geralmente constituídos por todas as organizações participantes (saúde, assistência social, bem-estar social), e há um comitê de direção nacional. As taxas de comprometimento com o programa foram superiores a 80%.

Como percebe-se, as inúmeras experiências nos mais diferentes países têm demonstrado êxitos ressocializadores e compensação financeira no enfrentamento da situação crônica de falta de moradia.

#### 4.2 Reintegração social e comunitária facilitada

Com o estabelecimento de uma política de segurança habitacional para os indivíduos em situação de rua, sua reintegração social e comunitária constitui uma etapa razoavelmente simples do processo de resgate de sua dignidade humana intrínseca.

A mera situação de segurança habitacional, contudo, não é suficiente para uma efetiva reinserção no mercado de trabalho formal.

Diferentemente do que o senso comum pressupõe, os dados estatísticos desse segmento populacional impressionam. Segundo dados do governo federal, 70,9% desses indivíduos exercem atividade remunerada (catador de materiais recicláveis (27,5%); flanelinhas (14,1%); construção civil (6,3%); limpeza (4,2%) etc.). Apenas uma parcela pequena pede dinheiro como principal meio de sobrevivência (15,7%). Além disso, 74% dos pesquisados sabem ler e escrever (BRASIL, 2008).

Como observa-se, são atividades informais que imperam como meio de sustento dessa parcela populacional. Logo, uma paulatina (re)inserção no mercado de trabalho formal, como parte de uma política integrada e interdisciplinar, pode favorecer uma melhor readequação do indivíduo.

A integração social exige mais do que a concessão de segurança habitacional. A moradia pode ser segura e autossustentável, mas a ausência de laços familiares e de amizade, pouca inclusão da comunidade circundante, saúde precária e recursos econômicos escassos, ainda podem continuar depois que a experiência física da ausência de lar terminar (PLEACE, 2018, p. 59).

Logo, a simples concessão de uma moradia permanente propicia inúmeros benefícios relacionados à saúde física e mental de tais indivíduos, embora ainda não seja suficiente para se lhes propiciar uma efetiva reinserção no mercado de trabalho formal, devendo-se utilizar, nesses casos, serviços de reabilitação/readequação laboral prestados pela rede assistencial.

#### **4.3 Segurança habitacional para pessoas em situação de rua e uma proposta para o Brasil**

Como já estabelecido anteriormente, tanto interna (com jaze constitucional) quanto externamente, o direito à moradia/habitação é um direito humano fundamental, que tem influência na saúde física e mental do indivíduo.

Assim, a rualização constitui uma violação gravíssima da dignidade da pessoa humana, enquanto a alocação em moradia adequada produz no indivíduo uma segurança ontológica – “... *um senso de ordem, confiança, continuidade e segurança* (Giddens, 1990; Dupuis e Thorns, 1998)”, constituindo uma profunda necessidade psicológica (MUIR, 2018, p. 32).

Observa-se que há melhorias sensíveis na concessão de segurança habitacional a pessoas em situação de rua, uma vez que a taxa de mortalidade prematura entre moradores de rua crônicos é três vezes superior à da população em geral (WHITTAKER, 2017, p. 306).

Logo, o Brasil deveria seguir a tendência atual de utilização de uma variação do modelo *Housing First* para tentar debelar a grave situação de parcela da população de rua em situação crônica, que se adequa aos ditames suprapostos.

Parece que o sistema *Communal Housing First* (CHF) seria o mais adequado para a realidade brasileira, considerando nossas peculiaridades.

Inicialmente, como demonstrado, enfrenta-se no Brasil um elevado *deficit* habitacional. Se, então, não há moradia suficiente disponível para atender à população de forma geral, fica mais complicado (e mesmo custoso) adotar o sistema de subsídios no custeio de aluguers para a população em situação de rua crônica.

Verifica-se, ainda, parcos recursos financeiros diante da grave crise fiscal vivenciada nos últimos anos, o que exige eficiência no gasto público. Logo, a remuneração e deslocamento de equipes interdisciplinares entre inúmeras unidades habitacionais seria elevado, quase inviabilizando a manutenção do programa, sendo muito menos custoso deslocar a equipe para local específico, podendo tratar dezenas de pessoas em situação de risco.

Observa-se, ainda, a existência de dezenas de milhares de imóveis públicos abandonados; apenas do governo federal contabilizam-se mais de 10.000 imóveis abandonados, o que se repete nas inúmeras esferas de governo (estaduais e municipais) (FONSECA, 2018).

Assim, a adoção de prédios governamentais já desafetados (uma vez que se encontram abandonados, sem utilização, desatendendo à sua função social) como prédios comunitários para alocação permanente de indivíduos em situação crônica de rua, com a possibilidade de concentração da prestação de atendimento médico-psiquiátrico (por meio de equipes multidisciplinares) e de prestação de serviços facultativos (reabilitação profissional, benefícios assistenciais como o bolsa-família e Benefício de Prestação Continuada (BPC) para indivíduos com deficiência), possibilitaria desenvolver o programa com um custo fiscal reduzido, compensando-se os gastos com o Sistema Único de Saúde e Prisional que envolvem tais indivíduos, além de resolver um grave problema de destinação de bens públicos abandonados.

### **5 CONCLUSÃO**

O Direito à Moradia adequada constitui um direito humano e fundamental, de natureza social, de salutar importância, por viabilizar o próprio exercício dos demais direitos. Nesse contexto, viabilizar o efetivo exercício de tal direito, criando as políticas públicas necessárias a efetivar a disponibilização de moradia a todos, constitui uma das principais aspirações dos gestores contemporâneos.

Tal direito pode ser definido como a posse exclusiva, durante um razoável período de tempo, de espaço determinado, no qual se tenha proteção contra intempéries, assegurando-se a intimidade do indivíduo além da possibilidade de prática dos atos elementares da vida humana, tais como alimentação, repouso, higiene, reprodução e comunhão.

A moradia deve ser adequada, o que exige segurança legal da posse, disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura, custo acessível, habitabilidade, acessibilidade, localização (proximidade de serviços públicos essenciais e opções de trabalho e lazer) e adequação cultural.

Tal direito é previsto em inúmeros instrumentos internacionais, além de constar como objetivo da Agenda 2030 da ONU. No âmbito interno, fora incluído pela EC nº 26/2000, que alterou a redação do artigo 6º da CF, incluindo o direito à moradia dentre o rol de direitos fundamentais sociais.

Se a moradia adequada constitui direito social fundamental, a condição das pessoas em situação de rua assume uma gravidade inconteste. Segundo definição normativa, trata-se de grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

Estima-se que existiam pouco mais de cem mil pessoas em situação de rua no Brasil (dados e análise de 2015), e os abrigos existentes são insuficientes para acolher tais indivíduos, ainda mais quando se verifica um elevado *déficit* habitacional no país.

As soluções normativas governamentais para debelar o problema são insuficientes, até porque se limitam à prestação de serviços provisórios e acolhimento temporário, sem combater a raiz do problema, que é ainda mais grave quando se observa um grupo específico dentre aqueles em situação de rua que experimenta uma situação crônica de vulnerabilidade (extenso período de rualização, idade avançada, dependência química, graves problemas mentais, podendo ou não estar associados).

Nesses casos mais graves, o alto custo dos serviços alternativos (inclusive com internações psiquiátricas e encarceramento) e o elevado grau de insucesso da abordagem linear tradicional (dada a recidiva), conduziu a uma quebra de paradigma, com a adoção de um modelo chamado de *Housing First*.

Adotado inicialmente nos EUA, por Sam Tsemberis, o Programa se afasta da abordagem tradicional, dissociando imposição de tratamento da segurança habitacional.

Nesse modelo, que é adotado com inúmeras variações, a fim de se adequar às peculiaridades locais, o primeiro passo consiste no oferecimento de moradia permanente para o indivíduo, com oferta de serviços correlatos e tratamento, mas sem a obrigatoriedade de o indivíduo beneficiado se submeter a tais prestações como condição para permanência na habitação. Sequer exige-se abstinência. Respeita-se a liberdade do indivíduo com a redução de riscos associados à rualização, que acabam compensados financeiramente pela redução de gastos com saúde e assistência social. Inúmeros países têm adotado tais sistemas, com resultados encorajadores.

Como passo subsequente da segurança habitacional, tem-se a reintegração social e a melhoria da saúde dos indivíduos beneficiados, como solução permanente para a reinserção socioambiental de indivíduos até então excluídos do convívio social, alijados de uma dignidade mínima.

No caso do Brasil, dentre os inúmeros modelos adotados pelo mundo, aquele que mais se adequa às nossas peculiaridades é o *Communal Housing First* (CHF), por conciliar baixo custo fiscal com eficiência na alocação de serviços públicos, além de não agravar nosso déficit habitacional e dar uma destinação social às dezenas de milhares de imóveis públicos abandonados.

## 6 REFERÊNCIAS

- ADAIR, Carol I. et al. Housing Quality in a Randomized Controlled Trial of Housing First for Homeless Individuals with Mental Illness: Correlates and Associations with Outcomes. *Journal of Urban Health: Bulletin of the New York Academy of Medicine*, v. 93, n. 4, 2016.
- BLANCO, Silvia. *O método para tirar milhares de “sem-tetos” da rua* – um psicólogo radicado nos Estados Unidos criou um modelo para tirar milhares de pessoas da rua. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/11/economia/1478889909\\_914418.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/11/economia/1478889909_914418.html). Acesso em: 20 ago. 2019.
- BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2004.
- BRASIL. *Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961*. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D50215.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50215.htm). Acesso em: 24 fev. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 24 fev. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002*. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm). Acesso em: 24 fev. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 24 fev. 2020. Acesso em: 5 jan. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009*, que instituiu a Política Nacional para a população em situação de rua. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. *Política Nacional para Inclusão Social da População em Situação de Rua*. 2008. Disponível em: [http://www.mspsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_civel/acoes\\_afirmativas/inclusaooutros/aa\\_diversos/Pol.Nacional-Morad.Rua.pdf](http://www.mspsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/inclusaooutros/aa_diversos/Pol.Nacional-Morad.Rua.pdf).

DAVIDSON, Nestor M. "Housing First" for the chronically Homeless: Challenges of a new service model. *Journal of Affordable Housing*, University of Colorado Law School, v. 15, n. 2, p. 125-136, 2006.

DOBSON, Rachael. Policy responses to "rough sleepers": Opportunities and barriers for homeless adults in England. *Critical Social Policy*, v. 39, 2, p. 309-321, 2018.

DUARTE, Hugo Garcez, Apolíezer. Dignidade da pessoa humana e direito à moradia: reflexões frente ao conceito de Estado Democrático de Direito. In: *Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2015. Disponível em: Acesso em: 20 ago. 2018.

ESTANY, Marta Llobet et al. Interrogantes sobre la implantación del modelo Housing First en el contexto español. Trabajo presentado al Grupo de Trabajo 4.3 "Debatiendo sobre la evaluación de políticas sociales: enfoque, indicadores y prácticas". CONGRESO RED ESPAÑOLA DE POLITICAS SOCIALES, 6., 2016. Sevilla, 16 e 17 feb. 2016.

FONSECA, Bruno; FERRARI, Caroline. *Milhares de imóveis da União estão vagos para uso*. 21 de junho de 2018. Disponível em: <https://apublica.org/2018/06/milhares-de-imoveis-da-uniao-estao-vagos-para-uso/>. Acesso em: 20 jan. 2020.

GONZALEZ, Marian Martínez. *El modelo housing first para las personas sin hogar en Bizkaia*. Fundacion UNED, 2017. p. 175 et seq.

IEPA. *Pesquisa estima que o Brasil tem 101 mil moradores de rua*. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=29303](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29303). Acesso em: 28 set. 2019.

JÚNIOR, Luciano Roberto Gulart Cabral; COSTA, José Ricardo Caetano. Barreiras à cidadania nas políticas sociais para a população em situação de rua. *Rev. Bras. Polít. Públicas, on-line*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 236-249, 2016.

KERTESZ, Stefan G. et al. Housing First for Homeless Persons with Active Addiction: Are We Overreaching? *The Milbank Quarterly*, v. 87, n. 2, p. 495-534, 2009.

LY, Angela; LATIMER, Eric. Housing First Impact on Costs and Associated Cost Offsets: A Review of the Literature. *The Canadian Journal of Psychiatry*, v. 60, n. 11, Nov. 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. Editora Método, 2017. E-book do Kindle.

MUIR, Kristy et al. *Amplify Insights: Housing Affordability & Homelessness*. Sydney, UNSW: Centre for Social Impact, 2018. p. 32.

NATALINO, Marco Antonio Carvalho. Estimativa da população em situação de rua no Brasil. Texto para discussão do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, 2016.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. Direito fundamental social à moradia: aplicação, limites e a responsabilidade do Estado brasileiro. Brasília. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/100807.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. UN Habitat. *The right to adequate housing*. Geneva, Switzerland, Fact Sheet n. 21, Rev. 1, 2014.

ONU. *Agenda 2030 da ONU*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 24 fev. 2020.

PADGETT, Deborah. *Housing First*. Oxford: Oxford University Press, 2015. E-book do Kindle.

PLEACE, Nicholas. *Housing First*. European Observatory on Homelessness. [S.I.]: Feantsa, 2012.

PLEACE, Nicholas. *Using Housing First in integrated homeless strategies – a review of the evidence*. University of York, 2018. Disponível em: <https://www.mungos.org/publication/using-housing-first-integrated-homelessness-strategies/>. Acesso em: 13 fev. 2020.

PLEACE, Nicholas; BRETHERTON, Joanne. Is Work an Answer to Homelessness? Evaluating an Employment Programme for Homeless Adults. *European Journal of Homelessness*, v. 13, n. 1, p. 59-83, 2018.

PLEACE, Nicholas et al. *Will Paradigm Drift Stop Housing First from Ending Homelessness?* Categorising and Critically Assessing the Housing First Movement from a Social Policy Perspective. University of York, 2012. Disponível em: [https://www.academia.edu/2197784/Will\\_Paradigm\\_Drift\\_Stop\\_Housing\\_First\\_from\\_Ending\\_Homelessness\\_Categorising\\_and\\_Critically\\_Assessing\\_the\\_Housing\\_First\\_Movement\\_from\\_a\\_Social\\_Policy\\_Perspective](https://www.academia.edu/2197784/Will_Paradigm_Drift_Stop_Housing_First_from_Ending_Homelessness_Categorising_and_Critically_Assessing_the_Housing_First_Movement_from_a_Social_Policy_Perspective). Acesso em: 10 jan. 2020.

POHJANPALO, Katy. American Idea Inspires Finland to Slash Homelessness by 40%. 2019. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-07-19/american-idea-inspires-finland-to-slash-homelessness-by-40>. Acesso em: 10 jan. 2020.

RAMOS, André Ramos de. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RANGEL, Helano Márcio Vieira, SILVA, Jacilene Vieira da. O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do estatuto da cidade. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 57-78, jul./dez. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988. [S.l.]: Livraria do Advogado Editora. E-book Kindle.

SILVA, Rosimeire Barbosa da; COSTA, Alderon Pereira da. Direitos humanos da população em situação de rua? Paradoxos e aproximações à uma vida digna. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí: Editora Unijuí, ano 3, n. 6, p. 117-135, jul./dez. 2015.

UNITED NATIONS. Comentário Geral n. 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Sexta sessão, 1991) [UN doc E/1992/23]. *Moradia e Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabita-caopronto.html#8>.

VILAS BOAS, Bruno; CONCEIÇÃO, Ana. *Déficit de Moradias no país já chega a 7,7 milhões*. 3 de maio de 2018. Disponível em <https://www.valor.com.br/brasil/5498629/deficit-de-moradias-no-pais-ja-chega-77-milhoes>. Acesso em: 28 set. 2019.

VILARRODONA, Joan Uribe. Housing First: Un modelo de cambio. Definición, actualidad, límites y retos. *Revista de Treball Social*, Col·Legi Oficial de Treball Social de Catalunya, n. 209, dic. 2016, p. 57-70.

VILELA, Flávia. *Número de pessoas em situação de rua aumenta mais de 150% em 3 anos no Rio*. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-06/numero-de-pessoas-em-situacao-de-rua-aumenta-mais-de-150-em-3-anos-no-rio>. Acesso em: 20 ago. 2019.

WHITTAKER, Elizabeth *et al.* First examination of varying health outcomes of the chronically homeless according to Housing First configuration. Australian and New Zealand. *Jurnal of Public Health*, v. 41, n. 3, p. 306-308, 2017.

# O PAPEL DAS PRÁTICAS JUDICIAIS NA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.188-203>

Recebido em: 13/12/2019

Modificações solicitadas em: 6/8/2020

Aceito em: 7/9/2020

***Luiz Sergio Fernandes de Souza***

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade de Direito. Rua Monte Alegre, 984 – 2º andar – Perdizes. CEP 05014-901. São Paulo/SP, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/7685123874441725>. <https://orcid.org/0000-0003-3102-6353>. [luizsouza@tjsp.jus.br](mailto:luizsouza@tjsp.jus.br)

## RESUMO

O trabalho retoma uma reflexão corrente no campo da Sociologia e da Filosofia Jurídica brasileira, que se desenvolveu nas décadas de 70 a 90 na linha do funcionalismo e da teoria da ação social, consistente em saber de que forma o Direito e as práticas judiciais podem contribuir para mudanças sociais promotoras do bem-estar social e do igualitarismo, comprometidas com o respeito à dignidade das pessoas e com a tolerância. Não se trata de pesquisa empírica feita com base em levantamento de dados ou do exame da jurisprudência. Tampouco se cuida de investigação de ordem epistemológica, buscando-se apenas a análise de casos reveladores da natureza promocional do Direito. Na base do exame da legislação relativa a hipóteses de perda da propriedade pretende-se discutir práticas jurídicas emancipadoras. Analisa-se igualmente a possibilidade de revisão e até mesmo de resolução de contratos em razão de motivos ou fatos imprevisíveis. Regra de equidade também se faz presente quando se examina isenção tributária concedida a deficientes físicos, tanto quanto ao valorizar as práticas judiciais que levam à reparação do dano no âmbito dos Juizados criminais. No campo da improbidade administrativa também há lugar para o uso incremental do Direito, o que se dá na esfera da democracia participativa.

**Palavras-chave:** Mudança social. Direito e mudança. Desigualdade social. Direito promocional. Funcionalismo.

**THE ROLE OF JUDICIAL PRACTICES IN THE PROMOTION OF SOCIAL JUSTICE**

## ABSTRACT

The work resumes a current reflection in the fields of Brazilian sociology and juridical philosophy, which developed from 1970 to 1990 along the lines of functionalism and the theory of social action, which consists in knowing how law and legal practices may contribute to social changes that not only promote social welfare and egalitarianism, but also are committed to respecting human dignity and to tolerance. This is not an empirical research based either on data collection or upon the examination of jurisprudence. Nor is this concerned with epistemological investigation, seeking only to examine cases which reveal the promotional nature of law. Based on the examination of the legislation connected to the hypothesis of property loss, we intend to discuss emancipatory legal practices. It is likewise discussed the possibility of reviewing and even of terminating contracts in the light of unpredictable reasons or facts. Equity rule is present when one examines tax exemption granted to disabled persons as well as in the valuation of the judicial practices which lead to damage reparation in criminal courts. In the field of administrative misconduct, there is also room for the incremental use of law. This happens in the ambit of participatory democracy.

**Keywords:** Social change. Law and change. Social inequality. Promotional law. Functionalism.

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O direito como instrumento de mudança social. 3 Os instrumentos legais e a transformação social. 4 Direito, desigualdade social e democracia participativa. 5 Considerações finais. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Pretende-se retomar, no presente trabalho, uma reflexão corrente no campo da Sociologia e da Filosofia Jurídica brasileira, nas décadas de 70 a 90, que teve curso, sobretudo na linha do funcionalismo e da teoria da ação social, em busca do reconhecimento do papel agregador do Direito na promoção de valores e comportamentos que importam para a coesão social.

Em outros termos, não basta identificar o caráter manipulador do Direito – como ocorre nas pesquisas que se desenvolvem sob a perspectiva do instrumentalismo jurídico – tampouco denunciar o caráter espoliador da superestrutura, instância em que o Direito se encontra na sociedade capitalista, segundo uma vulgata marxista. É preciso ir além, assumindo que o Direito, como saber prático, técnica de pacificação social, não é uma construção separada do agente, mas *praxis* na qual o sujeito que o aplica se reconhece como partícipe das relações sociais.

Cumpre advertir, contudo, que a pesquisa sobre a função social do Direito, nos limites do presente trabalho, não está voltada ao campo epistemológico – embora haja zonas de contato, por se estar tratando de um saber prático – mas sim à identificação, de um ponto de vista crítico (que incorpora contribuições do funcionalismo, da teoria da ação comunicativa e do marxismo humanista-emancipatório), dos diversos instrumentos jurídicos de promoção das camadas marginalizadas da sociedade brasileira, sobretudo nas grandes cidades.

A pesquisa, bem por isso, tampouco está orientada para uma crítica à “sobrejuridicização da sociedade como consequência da sobressocialização do Direito”, na expressão de Castanheira Neves (1993, p. 61), a sugerir práticas de deslegalização, descriminalização e formas alternativas de Justiça. Não há absolutamente nenhuma objeção a estas concepções, ao discurso dos que defendem a necessidade da retração do Direito positivo, mas o enfoque aqui é outro, tratando-se de saber em que medida o ordenamento jurídico vigente, a depender da consciência moral e da consciência política, pode ser aplicado para promover ações sociais transformadoras.

Para a construção desse caminho, importante revela-se a interpretação histórico-cultural, rumo ao entendimento do sentido que a idealidade da norma ganha quando se confronta com a realidade social. A bem ver, a experiência jurídica – a vivência do direito imprescindível à apreensão do fenômeno jurídico na sua integridade – não se faz sem a compreensão do fato social.

Desse viés, importam a pesquisa documental, o levantamento dos dados que permitem ao estudioso entender de que forma se faz o uso incremental do Direito. E a realidade por eles revelada aponta para um quadro de profunda desigualdade, que cabe ao operador retificar, corrigir, precisamente porque o Direito remete historicamente à noção de equidade, à justiça aplicada ao caso concreto, conforme a concepção aristotélica. É certo que o funcionalismo possibilita o entendimento e o controle da relação fato/norma, mas isto só não basta, cabendo às teorias discursivas do Direito dar ênfase ao seu caráter mobilizador, no que se põem de acordo com todas as correntes do humanismo.

## 2 O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE MUDANÇA SOCIAL

A partir da Segunda Revolução Industrial – que ocorreu por volta de 1860, com a utilização da eletricidade e do petróleo como maiores fontes de energia – a sociedade tornou-se cada vez mais complexa, o que passou a exigir uma intervenção crescente do Estado para mediar conflitos que se dão no campo da justiça distributiva. Nesse contexto, mercê das ideias socialistas e comunistas, nascem os primeiros movimentos do operariado incipiente, as primeiras reivindicações por melhores condições de vida e trabalho, com o que o Direito codificado, que já vinha se descolando da tradição, vai se tornando lâbil, mutável, diante da necessidade de se ajustar às novas demandas sociais.

O positivismo jurídico surge precisamente no contexto da perda das tradições, da exaltação do novo no lugar do sagrado, da racionalidade burocrática no lugar do costume, da multiplicidade de valores em vez de um sistema de valoração único e homogêneo, de um tempo em que se assiste ao eclipse da razão, para reproduzir a expressão de Horkheimer, que dá título a uma de suas obras.

É exatamente a realidade desse novo tempo – em que a esfera do econômico se especializa na base do surgimento da sociedade de classes, das ideologias no campo da estratificação social, do aparecimento de formas mais abstratas de propriedade, da família nuclear, da laicização, da transição demográfica (migração do

meio rural para o urbano) – que passa a exigir um Direito transitório, maleável, posto por decisão, papel que o formalismo jurídico irá desempenhar plenamente, com a sua metodologia infensa à moral e aos supostos condicionamentos sociais do Direito (no que se afasta, a um só tempo, da tradição iluminista e do positivismo sociológico).

Tal qual se passa na esfera da Sociologia compreensiva de Max Weber (1969), o positivismo metodológico deixou-se impressionar pelo relativismo dos valores, mutáveis e temporais, passíveis de transformações, substituições e imbricações, o que exige um Direito constitutivo da realidade, expressão das razões do Estado, aproximando-se o positivismo jurídico da ideia de *poder racional legal*, um dos tipos concebidos por Weber, de fundamental importância para o entendimento do Direito no contexto das sociedades burocráticas.

O Direito da contemporaneidade, que se seguiu à Segunda Revolução Industrial, é precisamente aquele posto por decisão da autoridade, o que remete não só à ideia de um saber positivo que vai tomando o lugar da divindade e da tradição, fruto das relações capitalistas que conduzem à hegemonia do trabalho industrial, ao fenômeno da burocratização da sociedade e da política, como também a uma perda crescente da liberdade do indivíduo, liberdade que só existe a partir da norma.

Diante da necessidade de organização do consumo nas sociedades complexas – e especialmente nas sociedades do capitalismo tardio, como a brasileira – é preciso anular a dissensão, o que se faz não apenas na base dos aparelhos ideológicos do Estado, de que trata Marx (1965), a exemplo da polícia e da Justiça, mas também instaurando uma racionalidade formal, que opera a dispersão dos conflitos.

Essa violência simbólica, contudo, no limite, não consegue galvanizar as massas, havendo de se recorrer a outras formas de controle social para garantir a eficácia do sistema jurídico, a sua capacidade de absorção dos conflitos emergentes. Enfim, o Direito depende também de uma racionalidade material, que se põe no campo do uso competente da linguagem, do emprego da retórica, com vista à cooptação do endereçado da norma.

De fato, quanto maior a complexidade social, maior a incerteza, e quem domina a incerteza tem o poder. Até as recentes mudanças que se operaram no país, as quais se deram por força do crescimento disfuncional das cidades, com a especialização das atividades, a *tercialização* e a *terceirização* da economia – mudanças estas que encontraram no mundo digital um terreno fértil para expansão – a burocracia do Estado detinha esse poder de controle, colonizando inclusive o ambiente político.

Sucede que a representação política, aos poucos, foi perdendo o seu espaço de atuação para os grupos de pressão, que passaram a atuar não só na esfera do Legislativo e do Executivo, mas também no âmbito do Judiciário. Mais que isto, diferentemente daqueles que integram comissões de fábrica, sindicatos e entidades de classe, os grupos de pressão passaram a reclamar maior participação. Com isso, o discurso jurídico, que já havia se ajustado à lógica da luta corporativa (que não deixa também de ter o seu viés burocrático), teve de se adequar às reivindicações desses novos corpos intermediários da sociedade (ONGs, Organizações Sociais, terceiro setor, coletivos).

Como sustentam as teorias sistêmico-funcionalistas, todo sistema tende a uma entropia negativa. A questão consiste em saber como evitar esta implosão. Se é bem certo que esta pergunta demanda uma resposta *conservacionista* (e, nesta imediata, também conservadora, do ponto de vista político), é bem certo, igualmente, que estes novos movimentos sociais estão colocando à prova a capacidade de reinvenção do sistema, ao apontar suas insuficiências e contradições valorativas, o que, se de um lado pode bem ser contornado pela engenharia social, de outro é expressão de um alargamento do espaço de participação da sociedade no interior do Estado.

Trata-se, inegavelmente, de conquistas sociais, da ampliação de um espaço antes reservado a velhos segmentos da política, já açambarcados pela burocracia e pelas hostes do patrimonialismo. E quanto mais aqueles grupos marginais avançam, reivindicando a participação na condução da coisa pública, mais o sistema político e jurídico tem de ceder, porque já não funcionam mais as desgastadas estratégias da atomização dos conflitos e de dispersão do dissenso. Frutos desta pressão social, de uma certa internalização dos valores dissonantes por parte dos operadores do Direito, vão se operando transformações que não só refletem a necessidade de acomodação do sistema, como também a mudança de perspectiva.

E como o Direito é uma ciência prática, a sua utilização incremental ou promocional também vai se incorporando aos complexos argumentativos que a chamada “teoria” jurídica produz. São novas práticas e novos paradigmas da dogmática analítica, influenciados por uma dogmática hermenêutica mais porosa no contato com o sistema social, o que permite decisões mais conformes aos novos padrões de civilidade, em que alteridade, diversidade, pluralismo, tolerância e respeito são faces do mesmo poliedro.

Desnecessário afirmar que esta construção tem a marca impressiva de toda a Sociologia que trata da relação entre *Direito e mudança social*, a exemplo dos escritos de Michel Crozier (1979), Mauro Cappelletti (1974), Wolfgang Friedmann (1966), David Trubek (1980), Simon Schwartzman (1982), Wanderley Guilherme dos Santos (1978), Niklas Luhmann (1983), Enzo Faletto e Fernando Henrique Cardoso (1970), Fernando Henrique Cardoso (1975), Lawrence Friedman e Jack Ladinsky (1980), Léon Duguit (1975), Talcott Parsons (1974), Fernando Ruivo (1989), Claus Offe (1981) e Norberto Bobbio (1980).

### 3 OS INSTRUMENTOS LEGAIS E A TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

A chegada do século 21, com suas imagens sombrias e narrativas distópicas, faz pensar na importância de se retomar as reflexões em torno do caráter promocional do Direito. E a atuação agregadora da lei não se revela apenas nas finalidades perseguidas pelas legislações inovadoras, cada uma a seu tempo, a exemplo da *Lei da Ação Popular*, da *Lei da Ação Civil Pública*, da *Lei de Responsabilidade Fiscal*, da *Lei de Improbidade Administrativa*, da *Lei de Investigação de Paternidade* ou da *Lei de Organizações Criminosas* (que trouxe, entre outras medidas, a colaboração premiada e a ação controlada), tampouco em codificações e estatutos que representam verdadeiros marcos civilizatórios, a exemplo do *Estatuto da Terra*, do *Estatuto da Criança e do Adolescente*, do *Código de Defesa do Consumidor* e do *Estatuto da Pessoa com Deficiência*.<sup>1</sup>

Decerto, mesmo de regras legais bem mais antigas é possível extrair resultados que, a princípio, nem haviam sido perseguidos ou considerados pelo legislador, rumo à consecução da finalidade econômica e social da norma, o que permite entender a extensão do caráter incremental do Direito, a sua capacidade de promover não só valores que interferem na dignidade humana, como outros que, conquanto não sejam comuns a todos os homens, devem ser estimulados, sejam eles históricos, sejam eles também aglutinadores do ponto de vista da integração social.

Para dar um exemplo, veja-se a regra que trata da possibilidade de o poder público imitir-se provisoriamente na posse do imóvel objeto de decreto de desapropriação (artigo 15 do Decreto-Lei nº 3.365, de 21/6/1941). Se for considerada a quantidade de prédios abandonados nas grandes cidades, e mais, a regra dos artigos 1º, III, da Constituição Federal (que consagra a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil) e 3º, I e III (que diz ser objetivo primacial da República construir uma sociedade livre, justa e solidária, tanto quanto erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais), razoável se mostra a decretação de desapropriações daqueles imóveis, para atender à norma do artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal (a propriedade atenderá a sua função social), com vista à criação de programas sociais de educação, moradia, creche, v.g.

De fato, a política de desenvolvimento urbano “tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (artigo 182). A ser assim, não se mostra razoável que prédios permaneçam abandonados por décadas, perturbando a vida de vizinhos e de moradores do entorno, além de deteriorar a paisagem urbana, bem comum de todos (artigo 225, *caput*, da CF). A sociedade não pode ficar à espera da resolução de desavença entre herdeiros, da extinção de falências, e o que é mais grave, à mercê da especulação imobiliária enquanto milhões de pessoas aguardam a instituição de programas sociais de saúde, o atendimento em creche, pré-escola e o desenvolvimento de políticas de Educação Fundamental, direito de todos e dever do Estado (artigos. 196, 205, 208, I, IV, e §1º, da CF).

A desapropriação de imóveis abandonados pelos donos, com vista ao desenvolvimento de programas habitacionais para a população de baixa renda, também é iniciativa que se impõe, pois a “propriedade urbana só cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais da ordenação da cidade expressas no

<sup>1</sup> Na ordem em que os textos legais foram mencionados, fala-se aqui das Leis Federais nº 4.717, de 29/6/1965; 7.347, de 24/7/1985; da Lei Federal Complementar nº 101, de 4/5/2000; das Leis Federais nº 8.429, de 2/6/1992; 8.560, de 29/12/1992; 12.850, de 2/8/2.013; 4.504, de 30/11/1964; 8.069, de 13/7/1990; 8.078, de 11/9/1990; 13.146, de 6/7/2015.

plano diretor" (artigo 182, §2º, da CF), entre elas o direito à moradia (artigo 2º, I, c.c. artigo 39, ambos do Estatuto da Cidade – Lei Federal nº 10.257, de 10/7/2001) e o direito à utilização adequada dos imóveis urbanos (artigo 2º, VI, a, da Lei Federal nº 10.257, de 10/7/2001, e artigo 1.228, §1º, do Código Civil), cabendo acrescentar que compete ao município, também à vista da disposição do artigo 170, III, da Constituição Federal, promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (artigo 30, VIII, da CF).

Aliás, a Constituição Federal, nos casos em que o solo urbano não é edificado, quando está subutilizado ou não utilizado, facilita ao poder público desapropriar o bem, pagando-o com títulos da dívida pública (artigo 182, §4º, III, da CF). Assim, decorridos cinco anos da cobrança do IPTU progressivo (artigo 7º da LF nº 10.257, de 10/7/2001), sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento naquela forma (artigo 8º da LF nº 10.257, de 10/7/2001). Admitindo-se que o poder público não queira seguir este caminho, bastará depositar o valor cadastral do imóvel (quase sempre muito abaixo do valor de mercado), imitando-se imediatamente na posse provisória (artigo 15, §1º do Decreto-lei nº 3.365/41), com o que se verá em condições de dar à edificação uma destinação social, mediante pagamento da quantia finalmente arbitrada sob o regime do precatório.

Veja-se que, pondo de parte a previsão do Estatuto da Cidade, inspirada na regra do artigo 182, §4º, III, da Constituição Federal, não se está cuidando, até aqui, de instrumentos legais recentes, mas de legislação concebida no ambiente do *Estado Providência*, cabendo observar que muito antes disto, sob a influência da noção de *solidariedade*, presente nas concepções de Émile Durkheim, Léon Duguit e François Gény – de perspectivas distintas, positivista e metafísica<sup>2</sup> – o Código Civil de 1916 concebera a arrecadação do imóvel urbano abandonado, uma das causas de perda da propriedade (artigo 589, III, §2º, a, do Código Civil), que passava ao domínio do poder público contanto que tal situação perdurasse por dez anos. E, de fato, olhando desta forma, se já se operou a perda da propriedade, a indenização por meio da desapropriação não faz sentido.<sup>3</sup>.

Trata-se de legislação inspirada em princípios de justiça distributiva, cuja aplicação depende, todavia, de sensibilidade política e mobilização social em torno de valores que efetivamente importam, pois, para repetir John Rawls (1981, p. 191-201), diferenças somente se justificam se puderem favorecer aqueles que estão em posição menos privilegiada. Bastaria, contudo, realizar uma pesquisa *in loco*, fazendo um inventário dos imóveis abandonados há décadas pelo particular, para perceber que o Estado é leniente e perdulário, pois prefere tributar e autuar no âmbito do meio circulante – obtendo receita tributária e fazendo transferências correntes num universo de administrados perfeitamente identificável, com o que se vale do atributo da autoexecutoriedade de que está revestido o ato administrativo – a afetar à destinação pública aquilo que é de ninguém.

Ao se conduzir dessa forma, o poder público contribui para o estado de abandono das edificações, com o que também desampara as pessoas que mais precisam, renunciando a políticas públicas de inclusão social. Mais ainda, o poder público é um grande indutor do desequilíbrio ambiental, vale dizer, da poluição visual das grandes cidades, da ausência de áreas verdes e de condições sanitárias adequadas. Não são incomuns desapropriações feitas ao sabor dos interesses públicos de determinada época, sem um projeto mais consistente.

<sup>2</sup> Partindo do conceito durkheimiano de *solidariedade*, Léon Duguit (1927) sustenta que ela está fundada no sentimento de sociabilidade e no sentimento de justiça, realidades recolhidas a partir da observação dos fatos. Para ele, a formulação de Durkheim é causalista, visto que, embora a norma social resulte do fato, assim como a biologia resulta do organismo vivo, certo é que os indivíduos, aos quais a primeira se aplica, têm consciência de seus atos. Além disso, a norma social cumpre uma finalidade. Léon Duguit entende também que os grupos sociais não são distintos das vontades individuais que os compõem. A crença na existência de uma vontade coletiva superior às consciências individuais, e a elas irredutível, só pode estar fundada em um princípio superior, em uma concepção metafísica. Assim, se o causalismo, por um lado, desconsidera a evidente diferença entre fatos sociais e fatos físicos, a crença em uma vontade sobrenatural, por sua vez, desconsidera valores que cada indivíduo. Para François Gény – cujas críticas foram expostas pelo próprio Léon Duguit, em seu *Tratado* – a noção de “sentimento de sociabilidade” e de “sentimento de justiça” é um conceito *a priori*, que recorre aos princípios superiores da razão pura, com o que se garante a passagem do fato à norma. Na visão de Gény, as elaborações de Duguit têm o mesmo viés metafísico por este identificado na concepção de *solidariedade*, desenvolvida por Durkheim.

<sup>3</sup> Atualmente, a perda do imóvel por abandono é regulada na norma dos artigos 1.275, III, e 1.276 do Código Civil (Lei Federal nº 10.406, de 10/1/2002), que diminuiu o prazo de dez anos, após o qual o imóvel abandonado pode ser arrecadado como bem vago, para três anos, contemplando, também, uma nova modalidade de perda de propriedade imóvel, que se dá quando o dono deixa de exercer a posse sobre o bem e, ao mesmo tempo, deixa de pagar os tributos incidentes sobre a respectiva propriedade, hipótese em que se opera a presunção absoluta de abandono (artigo 1.276, §2º, do CC). Os mais aferrados a uma concepção individualista da propriedade defendem que se trata de regra inconstitucional, por ferir o devido processo legal, por caracterizar confisco e por investir contra o princípio da razoabilidade (FARIAS, 2009).

Nesse contexto, o poder público acaba desapropriando sem maior critério, com o que tem de indenizar, por força do chamado *direito de extensão* (artigo 12 do Dec. nº 4.956, de 9/9/1903), o remanescente da área expropriada, que depois resta abandonado. Às vezes desapropria e não executa o projeto, o que dá direito à retrocessão (artigo 519 do CC e artigo 35 do Decreto-lei nº 3.365, de 21/6/1941).

Sob o ponto de vista das relações contratuais, o Código Civil de 2002, seguindo as pegadas do Código de Defesa do Consumidor, tratou de colocar a salvo a situação subjetiva daqueles que, muito embora não estivessem sob a pressão da sociedade de consumo, submetidos à lógica de mercado, revelavam-se, em determinadas circunstâncias, carecedores de amparo jurídico específico, porque fragilizados.

De fato, acha-se em situação de vulnerabilidade aquele que se torna presa da alteração anormal das circunstâncias em que contratou a locação de um imóvel, por exemplo, a realização de um trabalho (empreitada) ou uma compra e venda, inspirando-se o Código Civil na norma do artigo 6º, V, da Lei Federal nº 8.078, de 11/9/1990, dispositivo que garante a revisão das cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Daí a razão de ser da norma do artigo 317 do Código Civil (“Quando, por motivos imprevisíveis, sobre vier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”), da regra do artigo 478 (“Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”) e da disposição do artigo 480 (“Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”), os dois últimos artigos de lei tratando, precisamente, da resolução do contrato por onerosidade excessiva, e o primeiro deles a demandar a atuação do juiz, na base dos preceitos de equidade, para restabelecer o sentido da justiça comutativa.

De particular interesse, nos casos de alteração dos termos do contrato resultante de fato superveniente, é a noção de *imprevisibilidade*, contida na regra do já citado artigo 317 do Código Civil, havendo de se entender, à vista da situação de vulnerabilidade em que se acham as pessoas mais simples, que não se pode tomar de empréstimo o critério do “homem médio”, levando em conta, isto sim, o critério subjetivo, que considera as condições pessoais do agente, sua capacidade cognitiva diante das limitações que lhe são próprias e das condições em que atuava.<sup>4</sup> Afinal, a tese formulada por Ortega y Gasset nos seus primeiros escritos, “Yo soy yo y mi circunstancia” (1983, p. 322), já indica que o conhecimento, ainda que racional, está enraizado na vida.

Pode impressionar o fato de se recorrer à esfera do Direito Penal a fim de retirar de um dos elementos do conceito de “culpa”, para aplicação à teoria dos contratos, o entendimento do que venha ser “imprevisível”, expressão utilizada nos artigos 317 e 478, ambos do Código Civil, fazendo-o não para se referir ao estado de espírito do agente (“fato imprevisto”), mas sua condição, do ponto de vista cognitivo, de prever o fato. É que a dogmática civil não se ocupa da definição. De mais a mais, trata-se de categoria que se inscreve entre os conceitos básicos do Direito, vale dizer, no campo da teoria geral do Direito (NINO, 1984).

A tese aqui defendida, no sentido de que se deva considerar, na aferição da capacidade de prever as consequências do ato jurídico praticado, as condições pessoais do contratante, tem em conta o caráter incremental do Direito, a necessidade de se proceder a uma interpretação emancipadora da legislação vigente.<sup>5</sup> E, nesta medida, a intervenção do Judiciário, longe de se inscrever no campo da simples correção da comutatividade (*synallagmata*), põe-se na esfera da *justiça social*, conceito que já se encontrava em Platão, como se retira da referência à solidariedade, tanto quanto em Aristóteles, como se vê nas noções de *justiça geral* e *justiça legal*, ambas voltadas à consecução do bem comum.

Decerto, quando o magistrado intervém na relação contratual, diante de fato superveniente, para restabelecer o equilíbrio rompido, importa considerar, muito além do caráter particular comutativo em que interfere sua atuação institucional, o papel de guardião da Justiça representado pelo juiz, que neste sentido também

<sup>4</sup> A propósito dos critérios objetivos e subjetivos de aferição da previsibilidade (que se acham no exame da *culpa*), ver: MANZINI (1948, p. 693-695) e (ZAFFARONI, 1981, p. 408-413).

<sup>5</sup> Em sentido diferente, defendendo a adoção de um critério objetivo para o exame do conceito de *imprevisibilidade*, ver: ASCENSÃO (2009, p. 170).

é o guardião da igualdade (ARISTÓTELES, 1967). Outra não é a dimensão da solidariedade em Platão (1969), como se colhe na advertência segundo a qual cada um deve desempenhar na *polis* a função que lhe cabe, aquilo que a comunidade dele espera, incumbindo a todos aceitar essa divisão de funções políticas, o que inclui a prestação da justiça. Esta é a justiça social em Platão (BRÉHIER, 1988).

Como reconhecem os filósofos do Direito, toda ação ordenada ao bem comum, à consecução das finalidades sociais do Direito, participa do conceito de *justiça social* (MONTORO, 1991), de sorte que não será o fato de o juiz atuar no restabelecimento do equilíbrio contratual entre particulares (sobretudo quando um deles é hipossuficiente) razão suficiente para negar a existência, nessa atividade, de uma ação social (no sentido da retórica aristotélica), capaz de recompor a relação de igualdade.

Aliás, esse sentido equitativo da justiça social influenciou toda a construção do humanismo cristão, que incorporou, precisamente, a metafísica do platonismo e do aristotelismo. A doutrina social da Igreja, contida na *Rerum Novarum*, um dos textos sociais mais célebres da História Moderna, tratando particularmente dos trabalhadores, é um convite à ação social, que se faz na base do reconhecimento da dignidade humana e da necessidade de atender o bem comum (LEÃO XIII, 1950).

E desde a Segunda Revolução Industrial, período em que se inscreve a *Encíclica*, a condição da gente humilde vem passando por um crescente processo de deterioração social, mercê da intensificação das relações de consumo, do aumento da concentração do capital e da automação do trabalho. A ideia de *exclusão social* remete precisamente “ao conjunto de dificuldades, dos modos e dos problemas de uma inclusão instável e precária (...) daqueles que estão sendo alcançados pela nova desigualdade social produzida pelas grandes transformações econômicas”, pessoas “para as quais não há na sociedade senão lugares residuais” (MARTINS, 1997, p. 28-29).

Para a lógica capitalista é impossível expandir e crescer sem mercado, sem compradores, sem incluídos, somente com excluídos, que são fruto dela própria. Como adverte José de Souza Martins, a sociedade capitalista exclui para depois incluir de outro modo, segundo suas próprias regras, com o que se opera a inclusão do ponto de vista econômico e a exclusão do ponto de vista social e moral (MARTINS, 1997).

O processo de mecanização da produção e da informatização do consumo redefine a posição das pessoas no mundo do trabalho e as condições de fruir os bens e utilidades, o que explica a situação de pleno emprego à custa de salários miseráveis e o crédito fácil a juros escorchantes, combinação que conspира contra o gozo das liberdades públicas, aí incluídas as liberdades econômicas fundamentais previstas no *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, adotado pela Resolução nº 2.200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16/12/1966, e aprovado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12/12/1991, e pelo Decreto Executivo nº 591, de julho de 1992.

No mesmo sentido, e pelas mesmas razões, entende-se que o conceito de “onerosidade excessiva”, de que trata a regra do artigo 480 do Código Civil, se presente a situação de vulnerabilidade da parte que se obrigou no contrato unilateral, há de ser interpretado de maneira elástica, em nada desautorizando esta afirmação as alterações que a Lei Federal nº 13.874, de 20/9/2019, promoveu no Código Civil, mormente porque o hipossuficiente, no mais das vezes, recebe o instrumento de contrato pronto para assinar (artigo 113, §1º, IV, do CC). Anote-se ainda que os princípios da boa-fé, da proporcionalidade e da racionalidade econômica (artigo 113, §1º, III e V, do CC) já se achavam inscritos na Parte Geral do texto de 2002 (artigo 187).

Com isto, recompõe-se o equilíbrio contratual, cabendo lembrar que “A liberdade de contratar será exercida nos limites da função social do contrato” (artigo 421 do CC), regra inspiradora da norma do artigo 156 do Código Civil (“Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”), do artigo 157 (“Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.—§1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico”) e do artigo 413 (“A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”). Neste contexto há de ser interpretada a norma do parágrafo único do artigo 421, introduzida pela Lei Federal nº 13.874, de 20/9/2019.

Enfim, conquanto se esteja no campo das relações privadas, é bem de ver que o Código Civil de 2002, ao que se retira de uma exegese sistemática, sinalizou no sentido de uma compreensão mais ampla da cláusula *rebus sic stantibus*, tanto assim que o legislador classifica como ilícito o ato de quem, a pretexto de exercer o Direito, excede manifestamente “os limites impostos pelo seu fim econômico ou social” (artigo 187). E a presunção relativa estabelecida na norma do artigo 421-A, também introduzida pela Lei Federal nº 13.874, de 20/9/2019, não conspira contra esta conclusão, pois nada mais “concreto” e ostensivo que a pobreza e a riqueza, uma indispesável à outra, no dizer de Anatole France<sup>6</sup> (1922, p. 232), o que de resto satisfaz o espírito consequencialista da norma do artigo 113, §1º do Código Civil.

Na interseção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal também há espaço para uma interpretação emancipadora do Direito que, infelizmente, quer por uma certa acomodação, quer por falta de condições materiais, não se vem fazendo nos tribunais. Se é bem certo que, apesar das possibilidades que estão postas para o administrador, no terreno da desapropriação, existe um déficit na atuação promocional do Direito, é inegável que o fato se verifica, da mesma forma, no que concerne à aplicação da regra dos artigos 72, 74, 75, 79 e 89, I, todos da Lei Federal nº 9.099, de 26/9/1995, por parte do poder Judiciário, déficit jurisdicional que prejudica sobretudo as pessoas mais humildes.

Cabe ressaltar que pessoas acidentadas muitas vezes não contam com uma rede de proteção social para vencer as dificuldades econômicas enfrentadas no período de convalescência, situação que tenderia a se agravar com a extinção do “seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não”, regulado pela Lei Federal nº 6.194, de 19/12/1974, extinção esta que se deu por meio da Medida Provisória nº 904, de 11/11/2019, não fosse a atuação do Supremo Tribunal Federal que, cautelarmente, suspendeu os efeitos daquela Medida Provisória.

O Código de Processo Civil prevê a possibilidade de execução civil da sentença penal condenatória contanto que ela tenha estabelecido o valor da indenização, admitindo-se, também, a prévia liquidação (artigos 515, VI, §1º, do CPC). Tudo isto, no entanto, exige muito tempo. A Lei Federal nº 9.099, de 26/9/1995, fiel a seu espírito de racionalização, buscou dar maior eficiência a esta intercomunicação das esferas civil e criminal. Para tanto, sinalizou com a possibilidade de o autor do dano indenizar a vítima, obtendo, como uma espécie de sanção premial, a homologação do acordo, o que o livra de ser processado (artigos. 72 e 74 da Lei Federal nº 9.099, de 26/9/1995). Nova oportunidade de obter do ofensor a reparação do dano surge durante a instrução do processo, com a chamada transação penal (artigos 78 e 79) ou, então, ainda no momento em que a denúncia é oferecida, hipótese na qual, satisfeitos outros requisitos legais, o processo fica suspenso no aguardo do cumprimento das condições impostas (artigo 89).

Na prática, diante da simples alegação do autor do fato de que não reúne recursos para indenizar a vítima, sem que se recorra aos meios suasórios presentes em qualquer tentativa de conciliação ou composição, instaura-se a relação processual penal, ou nela se prossegue até a prolação de sentença, perdendo-se, assim, excelente oportunidade de desafogar a máquina judicial e ao mesmo tempo promover justiça com eficiência, presteza e resultado econômico imediato, para milhares de jurisdicionados, em sua grande parte vítimas de acidente de trânsito.

No campo das relações tributárias e no âmbito do poder Judiciário, há iniciativas que investem na promoção de valores socialmente importantes. Trata-se de julgados que garantem a isenção do IPVA e do ICMS tanto ao deficiente físico condutor quanto ao deficiente físico não condutor, na base de interpretação que desvincula o favor fiscal da necessidade de adaptação do veículo, cujos gastos, segundo a regra do artigo 19 (Anexo I) do Decreto Estadual nº 45.490, de 30 de novembro de 2000, no que diz respeito ao ICMS, e a norma do artigo 13, III, da Lei Estadual nº 13.296, de 23 de dezembro de 2008, no que se refere ao IPVA, justificariam a isenção. De acordo com os fundamentos dos referidos acórdãos, não faria sentido que a determinado deficiente físico, portador de discretas limitações de deambulação, em condições de dirigir um automóvel adaptado, fosse concedida a isenção, e a outro, tetraplégico, por exemplo, não se a concedesse, pois este, ainda que conduzido por terceiro, retiraria proveito da isenção (7ª Câmara de Direito Público do TJSP, Apelação Cível nº 0009241-55.2011.8.26.0602, v.u., j. 4/6/2012). À vista disto, o poder Executivo entendeu por bem garantir

<sup>6</sup> Aqui o escritor francês, cuja ironia faz lembrar o estilo de Voltaire, lança um áspero e espirituoso panfletoto contra a magistratura, dura com os pequenos, indulgente com os poderosos.

a isenção para deficiente condutor e deficiente não condutor, o que se deu por meio do Decreto Estadual nº 58.897, de 20 de fevereiro de 2013, no caso do ICMS, e na base da Lei Estadual nº 16.498, de 18 de julho de 2017, no que diz respeito ao IPVA.

Ainda a propósito da isenção de IPVA para deficientes físicos, a Fazenda do Estado de São Paulo, com base na nova redação do artigo 13 da Lei do IPVA paulista, que se operou por meio do artigo 4º, I, da Lei Estadual nº 16.498, de 18 de julho de 2017, passou a dispor acerca do valor máximo do veículo objeto da isenção, levando o deficiente, caso quisesse usufruir do benefício fiscal, a se desfazer do automotor, com vista à aquisição de outro de valor mais baixo. Sucedeu que, ao fazê-lo, o contribuinte acabava por perder a isenção de IPI, pois a Lei Federal nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, condiciona a subsistência deste favor fiscal à permanência da condição de proprietário do veículo pelo período de dois anos. Decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que não seria razoável, à vista da regra do artigo 111 da Constituição do Estado (“A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público”), que a Administração Tributária instaurasse uma situação de verdadeiro impasse, deixando o contribuinte em posição insustentável (7ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1008486-95.2018.8.26.0625, v.u., j. 25/4/2019).

#### 4 DIREITO, DESIGUALDADE SOCIAL E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

O ordenamento jurídico vigente oferece importantes instrumentos de ação social para promover o bem-estar dos administrados, bastando, muitas vezes, certa inventiva, certa criatividade, que andam a par com aquilo que se conhece como *vontade política*. No mais das vezes esses instrumentos legais, ao invés de atuarem de maneira agregadora, do ponto de vista social, são utilizados de maneira disfuncional, como se viu nas situações em que o imóvel é desapropriado, com o pagamento do preço pelo poder público, permanecendo ao abandono. Uma pesquisa de campo nas principais cidades do país – a julgar pelos dados empíricos de que se dispõe, na base de notícias da imprensa – confirmaria a tese de que o poder público utiliza muito mal os instrumentos jurídicos existentes para elevar a qualidade de vida dos brasileiros.

Em países do capitalismo tardio, como o nosso, as pressões demográficas atuam de maneira mais acelerada do que nos países desenvolvidos. Mais que isso, o Brasil envelheceu sem estabelecer uma política de transferência de renda adequada, passando da condição de uma sociedade jovem e rural para uma configuração urbana com um ciclo de vida maior. Com isso, crescem as demandas por alimentos e bens de consumo, desafiando o emprego de novas tecnologias devido à escassa produção de riqueza. As novas tecnologias exigem, por sua vez, mão de obra qualificada.

Ocorre que o país tem 54 milhões de pessoas sem instrução ou com nível fundamental incompleto, segundo o Censo Demográfico de 2010 realizado pelo IBGE. De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad) Contínua, relativa ao segundo trimestre de 2019, realizada por aquele mesmo Instituto, os jovens de 18 a 27 anos são os maiores atingidos pela falta de trabalho, somando 5,15 milhões de desempregados contra 17,7 milhões de empregados nesta mesma faixa etária, o que representa 10,5 pontos percentuais acima da taxa de desemprego verificada entre a população de todas as idades<sup>7</sup> (O DRAMA..., 2019).

“Mesmo após o fim da recessão econômica, o país registrou, em 2018, o recorde de 13,537 milhões de pessoas vivendo na miséria, contingente maior do que toda a população da Bolívia. Os dados são da pesquisa Síntese de Indicadores Sociais (SIS)”, de 2018, também divulgada pelo IBGE. A extrema pobreza (ou seja, situação daqueles que vivem com rendimentos inferiores a US\$ 1,90 por dia, segundo classificação do Banco Mundial) cresceu nos últimos anos em decorrência da “deterioração do mercado de trabalho, que prejudicou especialmente trabalhadores com menos escolaridade”, o que exige políticas públicas de distribuição de ren-

<sup>7</sup> Douglas Gravas (2019) registra que aumenta o número de graduados em universidades que ganham um salário mínimo ou menos, segundo dados da última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) Contínua, realizada pelo IBGE, precarização das relações de trabalho que aponta para a remuneração de menos de R\$ 5,00 por hora de um terço do total de trabalhadores. Segundo mostra um estudo inédito do Instituto de Economia da Fundação Getúlio Vargas, o país tem hoje 38,8 milhões de pessoas no mercado informal de trabalho. “Pagar um salário menor é uma característica típica de ocupações pouco produtivas”, a exemplo dos “entregadores de aplicativos” e vendedores ambulantes. Os dados da pesquisa da FGV integram a reportagem de Vinícius Nader (2019).

da mais eficientes. O aumento do número de miseráveis no país (eram 4,5% abaixo da linha de pobreza em 2014, passando em 2018 para 6,5%) também reclama políticas públicas de inclusão produtiva e programas assistenciais de amparo à população mais pobre<sup>8</sup> (AMORIM; NADER, 2019).

Entim, em alguns rincões do país não se fez nem a Revolução Francesa.<sup>9</sup> A quinta parte da pirâmide socioeconômica, os que estão na base dela, ganham 18% da renda média nacional, segundo pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, encontrando-se um pouco acima do rendimento de Uganda (um dos países mais pobres do mundo), que é de 15%: são 42 milhões de brasileiros.<sup>10</sup> Nas Regiões Norte e Nordeste do país são 74.156 milhões de brasileiros sem acesso à coleta de esgoto sanitário (35,7% da população total), segundo dados da pesquisa Síntese de Indicadores Sociais (SIS), de 2.018, o que acaba onerando o serviço público de saúde (AMORIM; NADER, 2019).

Há centenas de cientistas que realizam pesquisa no campo da pobreza globalizada, cabendo lembrar os economistas Abhijit Banerjee, Esther Duflo e Michael Kremer, que ganharam recentemente o Prêmio Nobel de Economia pelos experimentos realizados visando a atenuar a pobreza num amplo espectro de segmentos, os dois primeiros estudiosos, especificamente, com interesse na avaliação de políticas públicas de combate à pobreza.

No presente trabalho não se busca desenvolver propriamente uma pesquisa de campo, mas uma investigação normativo-dogmática e empírica na tentativa de reconhecer a possibilidade de um Direito promocional a partir dos instrumentos legislativos existentes no ordenamento jurídico nacional, prática que se desenvolve na base de uma interpretação emancipadora do Direito vigente.

Dados empíricos autorizam afirmar que o poder público elege mal as suas prioridades, não se podendo pôr de lado ainda a circunstância de que as más escolhas estão enredadas, em muitos casos, por práticas patrimonialistas, interesses velados e condutas ímporas. Mesmo as escolhas certas, muitas vezes, soçobram por falta de cumprimento de metas, o que envolve basicamente a execução de orçamento, peça que contém aspectos operativos (orçamento anual) e programáticos (orçamento plurianual).

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, na base de levantamento feito por auditores, com dados coletados até setembro de 2019, apurou que o número de obras públicas paralisadas ou atrasadas no território paulista, de responsabilidade do governo estadual e dos governos municipais, soma investimentos da ordem de R\$ 49.644.569.322,13, em diversas áreas como educação, saúde, habitação, segurança e mobilidade urbana (TCE..., 2019). Isto faz pensar nos vários instrumentos jurídicos de participação democrática na gestão da coisa pública, fruto da elaboração legislativa que se fez no período de redemocratização do Estado brasileiro.

No dizer de Moreira Neto (2007, p. 251-271), a coleta de opinião, o debate público e a audiência pública – processos de participação na administração pública abertos a grupos sociais determinados, identificados por certos interesses coletivos ou difusos, visando a legitimar a ação administrativa pertinente a tais interesses – encontram ampla previsão constitucional (artigos 29, XII, 37, §3º, 58, § 2º, II, 194, VII, 198, III, 204, II, 225, *caput*, da CF) e infraconstitucional (artigo 39, *caput*, da LF nº 8.666, de 21/6/1993, artigos. 31 a 34 da LF nº 9.784, de 29/01/1999, artigo 3º da LF nº 8.897, de 23/01/1999, e artigos. 2º, II, e XIII, 4º, III, f, 43, II e IV, estes da LF nº 10.257, de 10/7/2001). Trata-se de uma forma de organização do consenso, de legitimação das decisões que encontra seu lugar na noção de democracia ética.

De fato, na formulação da ideia de Estado Democrático de Direito – regime adotado no Brasil, no qual se inscrevem não só a vontade da maioria, a igualdade e a liberdade, mas também a garantia dos direitos das minorias, o pluralismo político, o respeito à dignidade, ao trabalho e à livre iniciativa (artigo 1º, incisos e parágrafo único, da CF) – importa a construção de um sujeito consciente de suas possibilidades e de seus limites em relação aos outros, o que se inscreve na esfera da democracia ética.

<sup>8</sup> O economista Pedro Fernando Nery (2019a), reportando-se também à Síntese de Indicadores Sociais (SIS), de 2018, publicada pelo IBGE em novembro de 2019, aponta que mais de 40% das crianças brasileiras vivem abaixo da linha da pobreza.

<sup>9</sup> Rousseau, nos discursos apresentados na Academia de Dijon, faz uma vigorosa crítica à civilização burguesa e às desigualdades por ela engendradas (*A origem da desigualdade entre os homens*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Pinguim & Cia das Letras, 2017).

<sup>10</sup> A propósito, veja-se a matéria intitulada “Uganda, aqui”, de Pedro Fernando Nery (2019b).

O direito de participar da condução da coisa pública, inscrito na regra do artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), ganha aqui novos contornos, pois não se trata apenas da prerrogativa de votar e disputar eleições, mas sim de um envolvimento com a gestão da coisa pública, interpretação consentânea com a norma do artigo 1º da Constituição Federal (“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”). Bem por isto, o *status libertatis* e o *status civitatis* decorrem não só das ações tradicionais no campo da política, como também da instituição e preservação de um espaço democrático de discussão e controle social, o que se faz por meio da criação e funcionamento de conselhos consultivos e deliberativos no qual atuam representantes de diversos setores da sociedade.<sup>11</sup>

Não por acaso, a Suprema Corte, recentemente, provocada a se manifestar sobre o Decreto Presidencial nº 9.759/19, que extinguia todos os conselhos, comitês, grupos e comissões, atuantes na esfera da administração federal, que não tivessem detalhamento das suas atribuições e composição, concedeu a liminar para impedir essa indevida interferência do chefe do Executivo, com limitação do alcance do Decreto, no aguardo do julgamento da ação constitucional (ADIn nº 6.121-DF).

A ideia de democracia ética também encontra-se presente na previsão do artigo 4º, V, r, da Lei Federal nº 10.257, de 10/7/2001, que, tratando dos instrumentos jurídicos da política urbana, contemplou o direito à assistência técnica e jurídica gratuita em favor das comunidades e grupos sociais menos favorecidos, o que dá voz a segmentos da sociedade cuja opinião nem sempre é levada na devida consideração, pela falta do chamado “discurso competente”. Cresce, neste âmbito, a importância das Defensorias Públicas (artigo 134, e parágrafos, da Constituição Federal).

Em outras palavras, a *praxis* do Direito revela-se não só na interpretação que os tribunais dão a leis e normas em geral, rumo à realização dos valores constitucionais que consagram a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, comprometida com a erradicação da pobreza, da marginalização e com a redução das desigualdades, como também na orientação jurídica e defesa dos necessitados, direito elevado à condição de garantia constitucional (artigo 5º, LXXIV, da CF). Cumpre lembrar, nessa medida, que se ao juiz só é dado agir quando provocado, por força do princípio dispositivo (artigo 2º, do CPC), certo é que a construção da justiça é dialógica, e também participativa (artigos. 6º e 357, §1º, do CPC).

Ainda na esfera da assistência jurídica, mas pensando agora no controle eficiente da administração pública, mostra-se importante investir na criação de carreiras jurídicas da advocacia do município, reconhecendo que os procuradores municipais, no trabalho de consultoria e assessoramento jurídico do poder Executivo – sem prejuízo da assistência jurídica que a Procuradoria Geral do Estado também presta aos municípios em alguns Estados Federados, a exemplo de São Paulo (artigo 99, VIII, da CE) – são peças-chave para o bom funcionamento da máquina administrativa.

Se a advocacia do município estiver organizada em carreira, o que pressupõe investidura no cargo mediante prévia aprovação em concurso público, o procurador do município terá maior autonomia para emitir seus pareceres, aos quais – segundo o modelo ora proposto – o administrador público estaria vinculado. Assim, no extenso leque de opções que integram a discricionariedade administrativa, haveria o gestor público de se conter nos limites da legalidade. Trata-se de um domínio ético sobre a política, que permitiria, a um só tempo, o eficiente autocontrole da administração pública e o estabelecimento de parâmetros objetivos para a aplicação da norma do artigo 11 da Lei Federal nº 8.429, de 2/6/1992.

<sup>11</sup> A propósito, Bobbio (1986) sustenta que o conceito de *democracia direta* tem de ser interpretado na linha de uma *democracia participativa*: “Não consta que Marx pensasse numa democracia direta [*stricto sensu*] quando via no exercício do poder por parte dos *communards* de Paris o germe de uma organização estatal diversa daquela do estado representativo (...). Hoje, se se quer apontar um índice do desenvolvimento democrático este não pode mais ser o número de pessoas que têm o direito de votar, mas o número de instâncias (diversas daquelas políticas) nas quais se exerce o direito de voto (...). Destarte – prossegue Bobbio –, (...) deveremos procurar ver se aumentou não o número de eleitores, mas o espaço no qual o cidadão pode exercer seu próprio poder de eleitor. Podemos assim considerar como reforma democrática, nesta direção, a que instituiu os conselhos escolares (...).” (p. 43, 56).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No encaminhamento das conclusões do presente trabalho, importante acentuar inicialmente, alterando um pouco a ordem da exposição que se fez até aqui, a importância da estatística como instrumento para a investigação empírica. Levantamentos feitos na Pnad Contínua de 2018, por exemplo, são indicadores sociais relevantes para que se possa estabelecer relações internas da amostra (representativa da realidade brasileira), estendendo as conclusões a toda a população.

Conquanto não fosse o propósito das investigações levadas a termo o tratamento mais detalhado dos dados das fontes oficiais – tanto assim que o presente estudo limitou-se ao exame do material de divulgação das pesquisas – buscando-se apenas sensibilizar o leitor para a premência de um adequado encaminhamento das questões sociais, certo é que os elementos coligidos apontam para as diversas possibilidades de intervenção emancipadora do Direito.

Deve-se à Sociologia crítica, tanto quanto às diversas linhas de interpretação crítica do Direito, o desenvolvimento dos pressupostos e implicações ideológicas do tratamento que ambos, abandonando o ideal da objetividade, dão aos fatos sociais, convencidos que estão sociólogos e juristas das limitações subjetivas do seu campo de pesquisa.

A desconfiança da razão, que se põe de uma perspectiva de superação do cientificismo, da metafísica social e jurídica, não pode levar, todavia, a ponto de renunciar a importância dos diversos paradigmas que se sucederam no curso da história do Direito e da Sociologia, intersecção que se fez presente nos trabalhos de Durkheim (1982), e, sobretudo, de Max Weber (1969), numa linha que convergiu mais tarde para o funcionalismo, como registra Talcott Parsons (1974).

Também a leitura marxista, que aponta para o condicionamento ideológico de todo conhecimento, exerceu um importante papel rumo à emancipação da ciência. Embora, todavia, seja possível sustentar que o ponto de vista da classe proletária é, em cada período histórico, superior ao das classes conservadoras, não se pode dizer que seria a classe revolucionária a única capaz de reconhecer e proclamar o processo de mudança social. Como observa Michael Löwy (1978), seria um grande equívoco admitir a infalibilidade, *a priori*, de toda ciência situada da perspectiva proletária e o erro absoluto e necessário de toda pesquisa fundada em outras bases, na linha de um reducionismo dogmático que ignora a autonomia relativa da produção científica em relação às classes sociais.

De fato, não se pode fazer uma interpretação economicista da visão que Marx e Engels (1965) tinham do Direito. Em muitas passagens do *Prefácio da Contribuição à Crítica da Economia Política*, lê-se que os elementos da superestrutura estão separados da base econômica. Neste exato sentido também a posição de Engels, na carta que escreveu a J. Bloch, datada de 21/22 de setembro de 1890, nas cartas endereçadas a Conrad Schmidt (27/10/1890) e a Franz Mehring (14/7/1893).

O mérito do modelo funcionalista reside no entendimento de que, embora em dado momento histórico a ciência possa servir aos interesses da classe dominante, representada pelo Estado, nada impede que, de outra forma, também participe do processo de mudança social, visão epistemológica perfeitamente compatível, por exemplo, com a teoria dos paradigmas, formulada por Thomas Kuhn (1982).

Como se mencionou no início do presente trabalho, o modelo funcionalista, que busca explicar o funcionamento de um conjunto de variáveis, determinado a partir de suas compatibilidades e tensões, mecanismos de autorregulação e controle, afigura-se mais adequado ao entendimento do que ocorre nas sociedades complexas, em que a emergência crescente de conflitos passa a demandar a introdução, cada vez maior, de canais de institucionalização, um deles o Direito.

A produção do Direito, ao mesmo tempo que se faz dentro de relações de dominação burocrática e capitalista, não pode ser vista como puro arbítrio nem apenas como forma de legitimar o injusto pelo procedimento. Mesmo em autores como John Rawls e Jürgen Habermas, proceduralistas, a denúncia da perversa situação de um Direito que se esgota na estrutura, de um Direito que olha os fins sem considerar os meios, aparece de maneira angustiante. Habermas (1980) defende que o Direito integra a esfera cultural, um compartimento do mundo vivido que está preservado da ameaça da esfera sistêmica, ao passo que Rawls (1981) sustenta que um Direito destituído de sentido não é Direito.

Karl-Otto Apel (1994), que ocupa um lugar importante na ética do discurso, acentua a necessidade de uma interpretação normativa comprometida com valores, sem o que o Direito perde o sentido. Procedendo a uma crítica do reducionismo marxista, observa que é preciso estar atento à realidade de cada povo, de cada país. O proletariado da sociedade industrial ocidental é diferente do proletariado do Terceiro Mundo, que é miserável, sim, mas não “portador das forças de produção” (p. 155). Além disso, distintos são seus interesses materiais.

Apel conclui argumentando que o engajamento social deve ter em conta, na perspectiva de uma ética filosófica, cada situação concreta, na linha de uma interpretação histórico-evolutiva, orientada para a compreensão de fins normativamente situada. E se é certo que as tradicionais ciências humanistas do espírito são insuficientes como estratégia de emancipação, diante do ocultamento ideológico dos interesses materiais, certo também é que o entendimento disso revela-se importante para que se ponha as Ciências Sociais empírico-analíticas e normativo-analíticas a serviço da transformação social. Nesse contexto, Apel reabilita não apenas o marxismo (filiando-se àquele não ortodoxo, não dogmático-determinista, e sim ao humanista-emancipatório), mas também o funcionalismo como estratégia de emancipação duradoura.

Enfim, é defensável a possibilidade de estabelecer pretensões emancipatórias para os atores jurídicos, tudo dependendo do lado em que se pretende ficar no curso da História. Àqueles que buscam reduzir tudo à esfera do domínio da técnica, a um mundo da vida colonizado pelo agir estratégico, haverá sempre quem responda com um vestígio de humanidade, senão por questões racionais ou altruístas, sabedores de que chegará um tempo em que se cumprirá o vaticínio de Josué de Castro, feito em um dos congressos da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), objeto do registro lançado por Alceu Amoroso Lima no “Prefácio à décima edição” do livro de Josué de Castro, *Geografia da Fome*: “Enquanto metade da humanidade não come, a outra metade não dorme com medo de quem não come” (1992, p. 22). E os atores sociais, particularmente os atores jurídicos, não podem ficar indiferentes a isso.

## 6 REFERÊNCIAS

- AMORIM, D.; NADER, V. Legião miserável do país supera a população belga. *O Estado de São Paulo*, Economia, 7 nov. 2019, p. B-6.
- APEL, K. O. *Estudos de moral moderna*. Tradução Benno Dischinger. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.
- ARISTÓTELES. *Obras* (completas). Tradução Francisco P. Samaranch. Madrid: Tolle Lege Aguilar, 1967.
- ASCENSÃO, J. de O. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. In: *Novos Direitos – após seis anos de vigência do Código Civil de 2002*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.
- BOBBIO, N. El análisis funcional del derecho: tendencias y problemas. In: MIGUEL, A. R. *Contribución a la teoría del derecho*. Valencia: Fernando Torres Editor, 1980.
- BOBBIO, N. *O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo*. 3. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoocompilado.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 4.956, de 9 de setembro de 1903*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1900-1909/D4956.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1900-1909/D4956.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 591, de 19 de maio de 1969*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.
- BRASIL. *Decreto Legislativo nº 226, de 1991*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1991/decretolegislativo-226-12-dezembro-1991-358251-exposicaodemotivos-146136-pl.html>. Acesso em: 23 ago. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 3071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6194.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6194.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990a*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990b*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992a*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992b*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8560.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995a*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8989.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8989.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995b*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 12 de agosto de 2013*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015a*. Código de Processo Civil. 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: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015b*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019a*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. *Medida provisória nº 904, de 11 de novembro de 2019b*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv904.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv904.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Ap. Cív. nº 0009241-55.2011.8.26.0602*. 7ª Câm. de Dir. Pùb. Data de julgamento: 4 jun. 2012. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/898861137/apelacao-civel-ac-92415520118260602-sp-0009241-5520118260602/inteiro-teor-898861157?ref=juris-tabs>. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Ap. Cív. nº 1008486-95.2018.8.26.0625*. 7ª Câm. de Dir. Pùb. Data de julgamento: 25 abr. 2019c. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/890849685/apelacao-civel-ac-10084869520188260625-sp-1008486-9520188260625/inteiro-teor-890849784?ref=juris-tabs>. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRÉHIER, E. *História de la filosofía*. Tradução Juan Antonio Pérez Milán e María Dolores Morán. Madrid: Editorial Tecnos, 1988. Vol. 1.

CAPPELLETTI, M. *Proceso, ideologías, sociedad*. Tradução Santiago Sentís Melendo e Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

CARDOSO, F. H. *Autoritarismo e democratização*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

CROZIER, M. *On ne change pas la société par décret*. Paris: Bernard-Grasset, 1979.

DUGUIT, L. *Las transformaciones del derecho*. Tradução Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

DUGUIT, L. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. T. 1. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1927.

DURKHEIM, E. *As regras do método sociológico*. Tradução Maria Isaura Pereira de Queiroz. 10. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1982.

FALETTO, E.; CARDOSO, F. H. *Dependência e desenvolvimento da América Latina*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

- FARIAS, C. C. de. O calvário do § 2º do art. 1.276 do Código Civil: vida e morte de um malfadado dispositivo legal a partir de uma interpretação constitucional. In: CARVALHO NETO, I. de (org.). *Novos direitos: após seis anos de vigência do Código Civil de 2002*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.
- FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. Tradução Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- FRANCE, A. *Crainquebille*. New York: Dodd, Mead and Company, Inc., 1922.
- FRIEDMAN, L.; LADINSKY, J. O direito como instrumento de mudança social incremental. In: FALCÃO, J.; SOUTO, C. (org.). *Sociologia e direito*. Tradução Maria Tereza Duarte Lima. São Paulo: Pioneira, 1980.
- FRIEDMANN, W. *El derecho en una sociedad en transformación*. Tradução Florentino M. Torner. México: Fondo de Cultura Económica, 1966.
- GRAVAS, D. Informalidade avança e reduz remuneração, *O Estado de S. Paulo*, 13 out. 2019, p. B-1.
- HABERMAS, J. *A crise de legitimização no capitalismo tardio*. Tradução Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.
- IBGE. *Censo 2010*. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/>. Acesso em: 23 ago. 2020.
- KUHN, T. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Nelson Boeira e Beatriz Vianna Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1982.
- LEÃO XIII. *Sobre a condição dos operários (Rerum Novarum)*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1950.
- LIMA, A. A. Prefácio à décima edição. In: CASTRO, J. de. *Geografia da fome (o dilema brasileiro: pão ou aço)*. 11. ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 1992.
- LÖWY, M. *Método dialético e teorias políticas*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1978.
- LUHMANN, N. *Sociologia do direito*. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MANZINI, V. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino: Unione Tipografico; Editrice Torinese, 1948. Vol. 1.
- MARTINS, J. de S. *Exclusão social e a nova desigualdade*. 2. ed. São Paulo: Ed. Paulus, 1997.
- MARX, K.; ENGELS, F. *A ideologia alemã e outros escritos* (primeira parte). Tradução Waltensir Dutra e Florestan Fernandes. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.
- MARX, K.; ENGELS, F. *Obras escolhidas*. São Paulo: Alfa-Ômega, [1986?]. Vol. 3. (Tradução realizada com autorização da Instituição de Marxismo-Leninismo do Anexo ao Comitê Central da P.C.U.S.).
- MONTORO, A. F. *Introdução à ciência do direito*. 20. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.
- MOREIRA NETO, D. de F. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- NADER, V. Emprego informal recorde derruba produtividade da economia brasileira. *O Estado de São Paulo*, Economia, 16 nov. 2019, p. B-1.
- NERY, P. F. Que tipo de país somos. *O Estado de São Paulo*, Economia, 26 nov. 2019a, p. B-5.
- NERY, P. F. Uganda, aqui. *O Estado de São Paulo*, Economia, 29 out. 2019b, página B-4.
- NEVES, A. C. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- NINO, C. S. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984.
- O DRAMA de muitos jovens. *O Estado de S. Paulo*, Notas e Informações, 23 out. 2019, p. A-3.
- OFFE, C. Capitalismo avançado e o *welfare state*. In: CARDOSO, F. H.; MARTINS, C. E. (org.). *Política e sociedade*. São Paulo: Nacional, 1981.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 23 ago. 2020.
- ORTEGA Y GASSET, J. *Obras completas*. T. 1. Madrid: Alianza Editorial, 1983.
- PARSONS, T. *Los cambios sociales*. Tradução Amitai e Eva Etzioni. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.
- PLATÃO. *Obras* (completas). Tradução Maria Araújo et al. Madrid: Tolle Lege Aguilar, 1969.
- RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. Tradução Vamireh Chacon. Brasília: Ed. da UnB, 1981.
- ROUSSEAU, J. J. *A origem da desigualdade entre os homens*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Pinguim & Cia das Letras, 2017.
- RUIVO, F. Aparelho judicial, Estado e legitimização. In: FARIA, J. E. (org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ed. Ática, 1989.
- SANTOS, W. G. dos. Do *laissez-faire* à cidadania de recesso. In: ARAÚJO, R. B. de (org.). *Cidadania e justiça*. Rio de Janeiro: Campus, 1978.
- SÃO PAULO. *Constituição Estadual*. 1989. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constiticao/1989/compilacao-constiticao-0-05.10.1989.html>. Acesso em: 23 ago. 2020.
- SÃO PAULO. *Decreto nº 45.490, de 30 de novembro de 2000*. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2000/decreto-45490-30.11.2000.html>. Acesso em: 23 ago. 2020.

SÃO PAULO. *Decreto nº 58.897, de 20 de fevereiro de 2013*. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2013/decreto-58897-20.02.2013.html>. Acesso em: 23 ago. 2020.

SÃO PAULO. *Lei nº 13.296, de 23 de dezembro de 2008*. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2008/lei-13296-23.12.2008.html>. Acesso em: 23 ago. 2020.

SÃO PAULO. *Lei nº 16.498, de 18 de julho de 2017*. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2017/lei-16498-18.07.2017.html>. Acesso em: 23 ago. 2020.

SCHWARTZMAN, S. *Bases do autoritarismo brasileiro*. 2. ed. Brasília: Campus, 1982.

TCE aponta R\$ 49,5 bi em mais de 1.500 obras paralisadas e atrasadas no Estado de SP, *TCESP*, 5 out. de 2019. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-tce-aponta-r-495-bi-mais-1500-obra-paralisadas-e-atrasadas-estado-sp>. Acesso em 23 ago. 2020.

TRUBEK, D. Para uma teoria social do direito: ensaio sobre direito e desenvolvimento. In: FALCÃO, J.; SOUTO, C. (org.). *Sociologia e direito*. Tradução Ciro e Sue Menescal. São Paulo: Pioneira, 1980.

WEBER, M. *Economía y sociedad, esbozo de sociología comprensiva*. Traducción José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1969.

ZAFFARONI, E. R. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar – Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 1981. Vol. 3.

# TEORIA DA LEGISLAÇÃO, PRODUÇÃO LEGISLATIVA E CORRUPÇÃO DO DIREITO PENAL: O Simbolismo e a Inversão dos Fins da Lei Penal

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.204-214>

Recebido em: 13/8/2019

Modificações requeridas em: 26/10/2019

Aceito em: 28/10/2019

***Maíra Fronza***

Autora correspondente. Sociedade Educacional Três de Maio (Setrem). Avenida Santa Rosa, 2405 – Centro.  
CEP 98910-000. Três de Maio/RS, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/3495800952649730>.  
<https://orcid.org/0000-0002-3247-9496>. [mairafronza@tjrs.jus.br](mailto:mairafronza@tjrs.jus.br)

***Adalberto Narciso Hommerding***

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus Santo Ângelo.  
Santo Ângelo/RS, Brasil.

## RESUMO

No plano da legislação, em especial, no campo da legislação Penal há necessidade de ser observada uma teoria da legislação que, ao final e ao cabo, possa contribuir para uma aplicação adequada do direito. A irracionalidade legal tem origem já no momento pré-legislativo, quando não levada em conta a teoria da legislação. Uma legislação elaborada sem a observância de uma teoria da legislação, fatalmente, converte-se em sinônimo de lei simbólica, pois influenciada por fins populistas e por interesses econômicos e midiáticos.

**Palavras-chave:** Teoria da legislação. Direito penal. Legislação simbólica.

**THEORY OF LEGISLATION, LEGISLATIVE PRODUCTION AND CORRUPTION OF CRIMINAL LAW:  
SYMBOLISM AND INVERSION OF THE PURPOSES OF CRIMINAL LAW**

## ABSTRACT

In terms of legislation, especially when it comes to the criminal law domain, it is mandatory to follow a legislation theory, one that, at the end of the day, enables a proper application of the Law. Unreasonable legislation begins at a pre-legislative moment, when legislation theory is not taken into account. Legislation drafted without taking legislation theory into consideration eventually becomes synonymous with symbolic law, once it is influenced by populist purposes, by the media and by economic interests.

**Keywords:** Legislation theory. Criminal law. Symbolic legislation.

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Breves considerações sobre a importância da teoria da legislação para a criação e a aplicação da lei. 3 Simbolismo legislativo. 4 O direito penal pós-moderno como “controle de exceção”: a inversão dos fins da lei penal. 5 Considerações finais. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo crítico e construtivo da crise pela qual atravessa o sistema penal contemporâneo é fundamental para a investigação de soluções possíveis de serem acolhidas pelos legisladores penais, magistrados, membros do Ministério Público no sentido de que os sistemas criminais passem a atender a uma verdadeira racionalidade humanista e democrática, uma vez que, ainda que o sistema criminal contemporâneo procure transparecer que está cumprindo com seus objetivos, os índices de violência demonstram claramente que o sistema penal não mais consegue dar conta dos anseios sociais que se comprometeu, apresentado, portanto, inúmeras dificuldades na aplicação de um direito penal, as quais são ocultadas pelo caráter democrático da norma penal e das instituições aplicadoras da referida norma.

No presente trabalho, então, buscaremos realizar breves considerações acerca da pertinência de observar uma teoria da legislação, quando da sua criação, segundo os ditames do jurista Manuel Atienza, para que as legislações penais atendam suas finalidades essenciais e, por conseguinte, tenham a eficácia que se espera. Em um segundo momento, pretendemos demonstrar como a legislação penal vem se comportando diante das postulações populistas, eleitoreiras e midiáticas, o que denominamos de simbolismo legislativo. Por fim, trataremos sobre o “teorema da tolerância zero” diante da tentativa do Estado em estancar só conflitos sociais, utilizando-se, portanto, do direito penal como solução imediata para a paz social. Tais pontos têm por objetivo auxiliar na reflexão do arcabouço jurídico-penal existente na sociedade contemporânea em face da dificuldade de aplicação efetiva de um direito penal adequado.

A fim de desenvolver a temática proposta, a pesquisa restou basicamente bibliográfica, proveniente das obras abaixo referenciadas. O método foi o hipotético-dedutivo, apresentando, de início, à análise breve do conceito de teoria da legislação, trazido por Atienza e Neves, percorrendo o estudo sobre a legislação simbólica e chegando a discussão final com foco na tentativa incansável do Estado Democrático em reduzir a incidência criminal.

## 2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMPORTÂNCIA DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO PARA A CRIAÇÃO E A APLICAÇÃO DA LEI

A dificuldade inerente à aplicação das leis de modo geral e, especialmente, da lei penal brasileira vem fazendo com que os juristas começem a refletir sobre o problema da criação das normas jurídicas, aqui entendidas como regras gerais e abstratas, ou seja, leis.

Essa reflexão decorre do fato de que o legislador – e no caso brasileiro isso é patente – acaba criando leis, seja pela força da política, seja pela pressão da mídia, sem que se tenha um estudo prévio de sua racionalidade e efetividade, o que acaba gerando um sério problema aos aplicadores do direito diante dos casos concretos que lhes são colocados para solução.

A produção da legislação no Brasil, assim, não tem atendido a níveis adequados de racionalidade legislativa, pois elaborada com cunho populista, motivada pelo apelo insistente da mídia, muitas vezes influenciada pela economia de mercado. Em verdade, as leis penais brasileiras são sinônimo de “legislação simbólica”, cuja concretização normativa é deficiente (HOMERDING; LYRA, 2014).

Uma das soluções, dentre tantas que se possam aventar, para tal problema pode estar na observância de uma Teoria da Legislação nos moldes como propõe, por exemplo, Manuel Atienza na Espanha (1997), lida sob a luz de uma teoria da interpretação fundada no Direito como Integridade de Ronald Dworkin, esta última difundida no Brasil, em especial, por Lenio Luiz Streck no plano da aplicação judicial.

É que a adequada aplicação do direito – portanto, a aplicação do direito pelos juízes – depende de uma legislação racional, atendendo a níveis de racionalidade, oriunda de uma política legislativa adequada. Não há como a aplicação do direito depender tão somente da interpretação dos juízes; aliás, o direito não pode ser apenas aquilo que os juízes dizem que é porque o direito não é apenas aquilo que os juízes dizem que é (STRECK, 2010). Por outro lado, os juízes não são filósofos. Aliás, sequer há tempo para a dedicação a filosofia, sobretudo a filosofia hermenêutica, ante a complexidade social e os problemas que apresenta.

A lei, então, deve obedecer a uma racionalidade mínima. Essa racionalidade legislativa, por sua vez, não pode descuidar dos diversos níveis de racionalidade a que deve atender a lei, quais sejam: linguístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético (ATIENZA, 1997).

É, portanto, exigência do contexto jurídico contemporâneo que as políticas legislativas e a racionalidade legislativa sejam visualizadas de forma conjunta, pautando-se pelo que de fato ocorre na sociedade.

Consoante foi dito, acredita-se que parte da solução para a aplicação correta da lei esteja na adequada produção legislativa que, como referido, necessita, por sua vez, de uma adequada Teoria da Legislação, nos moldes referidos por Manuel Atienza. Não iremos nos ocupar aqui da teoria do Direito como Integridade como condição de possibilidade para compreensão dos níveis de racionalidade legislativa, o que já foi feito noutro trabalho.<sup>1</sup> Pretendemos, porém, destacar alguns pontos da Teoria da Legislação, notadamente a sua imbricação com a dogmática jurídica, enlaçando-a com a análise feita por Marcelo Neves sobre o caráter simbólico das leis.

Antes, porém, de falar da Teoria da Legislação e dos níveis de racionalidade, faz-se necessária a análise de alguns pontos importantes e fundamentais para o entendimento da referida teoria, o que passa pelo breve estudo das distinções entre Dogmática Jurídica e Ciência da Legislação.

Segundo Atienza (1997), a Dogmática Jurídica deve ser considerada o núcleo da denominada Ciência do Direito que engloba a Sociologia do Direito, a Filosofia do Direito, a História do Direito e a Teoria do Direito, entre outras. Por outro lado, a Ciência da Legislação também comporta várias perspectivas; no entanto, busca se preocupar com a produção das leis (ou normas). A Dogmática Jurídica, porém, se diferencia da Ciência da Legislação pelo fato de que aquela se preocupa com as leis enquanto já postas para a realidade social (ATIENZA, 1997).

Existem, por conseguinte, aspectos importantes a serem destacados quanto aos conceitos de Ciência da Legislação e de Dogmática Jurídica que merecem atenção.

A Dogmática Jurídica se interessa pelo que ocorreu antes da feitura da lei. E isso porque, muitas vezes, para que seja dado o sentido correto da interpretação de determinada lei, se faz necessária a compreensão do que ocorreu antes de sua promulgação. Claro que esse não é o critério fundamental, mas também é importante. De outra banda, a Ciência da Legislação, ainda que se preocupe com a produção legislativa, não deixa de se interessar pelos resultados produzidos pelas normas após a sua elaboração, haja vista que o legislador deve ficar atento aos pressupostos que deram origem a lei para melhorá-la (ATIENZA, 1997).

A Dogmática Jurídica direciona-se aos aplicadores de direitos, juízes, advogados, etc., enquanto que a Ciência da Legislação dirige-se aos políticos, membros do poder legislativo e da administração. Por outro lado, não há como simplesmente dizer que a Dogmática Jurídica somente se preocupa com a legislação como um dado prévio e que a Ciência da Legislação somente se preocupa com a criação da lei. E nesse sentido Atienza (1997) refere que a Dogmática Jurídica possui também a função de produzir um novo direito quando, por exemplo, um juiz, ao proferir uma sentença, produz uma norma, e, de outra banda, a Técnica Legislativa busca interpretar uma legislação quando produz uma nova lei, interpretando leis anteriores. Enfim, cabe ao “jurista dogmático” ter conhecimento da realidade social, sobre os problemas de linguagem, além da capacidade de interpretar os textos e entender a redação desses. E, ao jurista prático, cabe conhecer as normas jurídicas viventes.

Ainda destaca Atienza (1997) que a Dogmática Jurídica e a Técnica Legislativa se assemelham no fato de que ambas pretendem a obtenção de resultados práticos, valendo-se de dados prévios e de conhecimentos da realidade social. Destaca ainda o autor que tanto a Dogmática como a Técnica não podem se perder em especulações pseudocientíficas e tampouco em formalismos alheios ao saber social, sob pena de cometer erros indesejáveis. Ressalta-se, entretanto, que o legislador, quando da produção de determinada lei não deve ficar atento somente à Técnica Legislativa, mas também a uma Teoria da Legislação que, embora sejam distintas, são consideradas “irmãs siamesas”, pois são inseparáveis no que se refere à elaboração de uma lei racional.

Manuel Atienza descreve cinco elementos que devem compor a denominada “Teoria da Legislação”, cujos elementos servem de alicerces para a dita teoria. São eles: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores.

<sup>1</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

Tais elementos se encontram inseridos nos níveis de rationalidades referidos por Atienza: a) rationalidade linguística, em que o emissor deve transmitir com fluidez a mensagem da lei ao destinatário; b) rationalidade jurídico-formal, no sentido de que a lei deve, de forma harmônica, ser inserida no sistema jurídico; c) rationalidade pragmática, em que a conduta dos destinatários deve se adequar ao que está prescrito na legislação; d) rationalidade teleológica, que consiste no fato de que a lei deve atender aos fins sociais pelo qual foi criada; e e) rationalidade ética, significa dizer que as leis devem prever condutas e finalidades suscetíveis de justificação ética.

Por tudo isso, faz-se pertinente realizar o seguinte questionamento. As normas penais atuais estão atingindo a finalidade e os objetivos para que foram criadas? Tais normas visam uma política criminal e de controle social adequada? E, não menos importante, o Direito Penal atual apresenta uma resposta concreta para os riscos sociais oriundos da modernidade?

### 3 O SIMBOLISMO DA LEGISLAÇÃO

A lei deve ser criada, pois, para atender problemas sociais existentes, concretos. O que se tem visto, no entanto, sobretudo no Brasil, é a criação de leis simbólicas, ou seja, elaborada com fins populistas, atendendo interesses econômicos e da mídia, que, de regra, não resolvem os reais problemas da sociedade. É o caso da recente Lei nº 13.104, de 9/3/2015, que, sob o pretexto de proteger gênero, criou o “feminicídio”, incluindo no rol dos crimes dolosos contra a vida, previstos no Código Penal, o homicídio praticado contra a mulher, em razão de sua condição sexual, quando envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Dita Lei é o resultado de uma política criminal que, populista, eleitoreira e midiática, termina por fazer do Direito Penal o protagonista das relações sociais dominadas pela “cultura do medo”; política, aliás, que não é privilégio do Brasil, mas da maioria dos países latino-americanos, cujas sociedades são marcadas pela expansão do Direito Penal e consequente produção irracional de normas penais (LIRA, 2015).

Outro exemplo bem marcante desse modo de produção das leis penais encontra-se nos delitos envolvendo armas de fogo – tanto nos casos em que se está diante de modalidade autônoma de delito (porte de arma, por exemplo) como nos casos em que as armas se transformam em meio para prática de crimes graves (homicídio, latrocínio etc.) –, cuja tipificação justifica-se pela “irritação” sofrida pelo sistema jurídico que, fechado operacionalmente no âmbito judicial, mas aberto cognitivamente no âmbito legislativo, vem recepcionando, por meio dos legisladores, as pressões da sociedade, marcada que é pelas influências midiáticas e populistas que, de fato, só ocultam o que quase todo mundo sabe, mas que poucos verbalizam: que os problemas sociais e de criminalidade, que terminam por gerar uma sensação de insegurança institucionalizada, são frutos da falta de políticas públicas. Assim é que – bem demonstra Lira –, apesar da expansão da política criminal com o incremento de penas e novos delitos, o número de mortes por arma de fogo continua em ascendência (LIRA, 2015).

A legislação penal tem sofrido, portanto, uma inversão de fins. E essa inversão dos fins do Direito Penal – de *ultima ratio* para *prima ratio* –, com toda certeza, não tem produzido bons resultados. O exemplo do que se fala diz com os delitos envolvendo tóxicos que, apesar do endurecimento da legislação com majoração de penas, vêm num crescente, o que só prova que aumentar penas e criar tipos penais não coibem ações criminosas, não sendo, portanto, a saída para resolução dos problemas sociais. Claro que o Direito Penal pode ser (também) instrumento de prevenção dos riscos sociais, mas não se pode debitá-lo em sua conta a tarefa de “único” instrumento de controle das mazelas sociais, pois não tem a função de concretizar políticas públicas (LIRA, 2015). Pensar o contrário significaria transformar a norma penal em mero símbolo, sem qualquer crédito por parte da sociedade.

Um dos questionamentos, pois, que deve ser feito é: o Direito Penal assegura, realmente, uma resposta ao problema das chamadas “invisibilidades”, ou seja, da exclusão social, das vulnerabilidades ou mesmo das hipossuficiências, dentre elas, por exemplo, a de gênero? Voltemos à recente Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, que, como referido alhures, criou o delito de “feminicídio”.

É óbvio que mesmo em sociedades desenvolvidas a mulher ainda se vê em situação de vulnerabilidade, não sendo raras, portanto, as barbáries de que são vítimas. Bem por isso, mais que utilizar o Direito Penal como solução, há necessidade de adoção de políticas públicas, pautadas em uma legislação racional e eficiente, e ações afirmativas que garantam igualdade entre homem e mulher, e que, assim, protejam a mulher em sua integridade física e mental (LIRA, 2015).

O Direito Penal, de subsidiário e fragmentário, vem sendo gradativamente corrompido, passando a ser o primeiro “soldado” – quando deveria ser o último – a ser chamado para interferir nos conflitos sociais, o que acaba levando a norma penal a ser havida como mero simbolismo legislativo. As irrationalidades legislativas, assim, desaguam, fatalmente, na instrumentalização do Direito Penal e no simbolismo legislativo, fazendo do Direito Penal a “tábua de salvação” da sociedade carente de segurança.

No caso da proteção de gênero, por exemplo, é claro que condutas de risco à integridade física e mental da mulher podem ser criminalizadas e que, portanto, a violência doméstica contra a mulher merece, sim, os olhares do Direito Penal que, reorganizado do ponto de vista sistêmico a partir das “irritações” do ambiente, tem de produzir “comandos legais” (lícito/ilícito) destinados à “aquietação” do corpo social (LIRA, 2015). Não se pode esquecer, porém, que leis penais produzidas sem o atendimento a níveis mínimos de racionalidade legislativa – caso, por exemplo, da Lei Maria da Penha, produzida eleitoreira e midiaticamente – não vêm conseguindo atingir os fins pretendidos, quais sejam: coibir a violência contra a mulher.

Dito de outro modo, nas palavras de Lira (2015, p. 178),

o Direito Penal está se desacreditando. Os destinatários das normas penais não as temem. Mas não as temem porque o processo legislativo é uma ‘fábrica de penas’ que, diuturnamente, produz novas leis penais e novos tipos, além de aumentar penas em abstrato, como a dizer: ‘se não respeitam a Lei Penal, aí vai um pena maior!’. Esse processo instrumentaliza o Direito Penal e o torna simbólico: existe, mas não tem eficácia.

Quando nos deparamos, pois, com a criação de uma lei como tentativa de apresentar o Estado como identificado com fins e valores protegidos, sem que a dita lei produza algum resultado prático aos casos concretos, estamos diante de uma lei plenamente simbólica (NEVES, 2007). Atienza (1997) também refere que, quando as leis são criadas para não serem cumpridas, se está frente ao uso de uma legislação simbólica.

Segundo Neves (2007), o conteúdo da legislação simbólica pode ser: a) a confirmação de valores sociais; b) a demonstração de capacidade de agir do Estado; e c) o adiamento de conflitos sociais sob promessas de compromissos dilatários. Em verdade, a legislação simbólica surge, no que tange à confirmação de valores, quando o legislador se vê pressionado pela sociedade ou pela própria oposição a se posicionar em relação aos conflitos sociais existentes. Ainda, quanto à confirmação de valores, os grupos de determinadas categorias sociais, na busca da prevalência de seus interesses, pressionam para ao surgimento de determinada lei, muito embora fique em segundo plano a eficácia normativa da referida lei (NEVES, 2007). Quanto à demonstração da capacidade de ação do Estado, o referido ente público acaba criando a lei para regularmente determinada situação com o objetivo de fortificar a confiança dos cidadãos, ou melhor, dos sistemas jurídicos e políticos.

Com base nas lições de Harald Kindermann, Marcelo Neves (2007, p. 36-37) refere que:

o legislador, sob pressão direta do público, elabora leis para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. Por meio da legislação-álibi, o legislador procura descarregar-se, então, das pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos.

O pior é que, muitas vezes, o legislador sequer cria a lei para a solução dos conflitos sociais, mas, sim, apenas para se desonerar das pressões políticas. Quando isso acontece, simplesmente, faz com que os conflitos sociais sejam “jogados” ao Judiciário para que encontre a solução adequada. E a pressão política, portanto, recai sobre o Judiciário. E essa “delegação de poderes” é conveniente para o legislador para que fique livre das polêmicas, das indisposições políticas com os eleitores e, inclusive, com a própria oposição (HOMMERDING; LYRA, 2014).

Exemplo típico de legislação simbólica ou legislação-álibi apresenta-se nos períodos eleitorais quando os políticos prestam contas acerca das suas (dos políticos) criações legislativas (iniciativas e participações) que correspondam às expectativas do eleitorado. O fato de a dita norma ou lei ter produzido algum resultado prático não importa, pois o que realmente interessa, nesse caso, é a confiança do eleitor (NEVES, 2007).

O que também muito acontece é a criação de determinada lei em razão da existência de problemas sociais emergentes que exigem determinada solução. O legislador, nesses casos, cria a dita lei, cumprindo com sua atitude legiferante; no entanto, não procura saber se a norma criada terá ou não a eficácia necessária.

A denominada legislação-álibi busca apenas produzir uma sensação de bem-estar e segurança nos cidadãos, dando, portanto, uma “aparência” de solução dos respectivos problemas sociais e de que o legislador está cumprindo com o seu papel. Segundo Neves (2007, p. 39-40), a legislação simbólica é, sim, “uma forma de manipulação, uma ilusão que “imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhado sua função ideológica”.

Ainda, no que tange ao conteúdo da legislação simbólica, a legislação é considerada como “fórmula de compromisso dilatório”. E isso acontece quando a legislação recém-criada serve para adiar a solução dos conflitos sociais. Em outras palavras, os conflitos entre os grupos sociais não são resolvidos com a criação da lei, pois as partes transferem a solução da divergência para um futuro indeterminado.

Como exemplo de dilação da solução de conflitos, Neves (2007) cita o caso da regulamentação das relações de trabalho dos empregados domésticos e a proteção dos seus interesses na Noruega. Ocorre que a dita lei previa penas suaves às donas de casa que violassem as leis protetivas às empregadas domésticas; porém, o grupo dos empregados domésticos ficava satisfeito com a criação da lei em razão de que, por meio da referida legislação, estava sendo regulamentado seu interesse social. E, por outro lado, o grupo das donas de casa contentou-se com a ausência de perspectiva de aplicabilidade das normas em comento.

Ou seja, a criação da lei simbólica nesse sentido (fórmula de dilação de conflitos) possui a função de contentar ambos os grupos sociais envolvidos e transferir a solução da divergência referida para um futuro indeterminado.

Por fim, a legislação simbólica possui vários efeitos sociais, dentre eles o de convencer as pessoas e determinados grupos sociais de que o direito reivindicado está garantido. E isso é uma forma de confortar e tranquilizar a população. Também a criação da norma moral pelo legislador faz com que haja o apoio das instituições sociais (HOMMERDING; LYRA, 2014).

Do ponto de vista político-ideológico a denominada legislação-álibi busca retirar a pressão do sistema político diante das divergências sociais, pois, como dito, o legislador apenas cria a lei e não se preocupa se a dita lei terá ou não eficácia nos casos concretos. Ademais, a dita legislação, do ponto de vista eleitoral, concede respaldos aos políticos/legisladores com a publicação de dados acerca das criações legislativas, além do fato de servir de exposição simbólica das instituições estatais como merecedoras da confiança da população.

Por conseguinte, a legislação simbólica ou álibi é um problema que merece atenção especial, tanto pelos legisladores, quanto pelos juristas. Ademais, cabe ao cidadão, no exercício de seus direitos fundamentais, pressionar o legislador que seja diligente na criação da norma, baseando-se numa teoria da legislação adequada, e, inclusive, que a norma criada apresente o imediato resultado esperado, sob pena de a dita lei ser considerada frustrada.

#### **4 O DIREITO PENAL PÓS-MODERNO COMO “CONTROLE DE EXCEÇÃO”: A INVERSÃO DOS FINS DA LEI PENAL**

As inseguranças trazidas pela globalização não mais conseguem ser administradas no âmbito dos Estados Democráticos de Direito. O lucro e o capital passaram a ser marcos para a democracia, deixando a dignidade humana à mercê. Segundo Eros Roberto Grau (2004, p. 215), o Estado Democrático passa, então, a atuar a serviço do modo de produção social capitalista, caracterizando-se por um Estado de classes, em que, “o direito posto (...) encontra seu fundamento de legitimidade exclusivamente na violência, sem nenhum compromisso ético”.

Pois bem. O clamor da sociedade por segurança, o que se intensificou com o pós 11 de setembro de 2001, fez com que o Estado Democrático de Direito sedimentasse as políticas neoliberais então existentes. Tais políticas que, como é sabido, dão prioridade às questões que envolvem o lucro e o mercado, atuam atualmente como “novo medidor axiológico da vida em sociedade”. E em razão disso é que surge um novo conceito de política criminal preocupada com a “glória” de ser um Estado punitivo, e não social, como deveria ser (RODRIGUES, 2006).

Em outras palavras, a repressão penal é o novo modelo de “Estado de Segurança”. A justificativa da criação desse novo modelo estatal está no fato de que a atual sociedade se encontra sensível aos novos riscos, clamando “obsessivamente” por segurança, o que foge totalmente do controle. E isso certamente é reflexo da crise estatal em que cresce a reivindicação de direitos, especialmente na seara penal, decrescendo, por outro lado, o interesse sobre as questões sociais (RODRIGUES, 2006).

Lembra-se que o produto da modernidade não é mais a pobreza e a exclusão, mas, sim, o fato de que vivemos pressionados pelo medo e, inclusive, pelo estado máximo do desenvolvimento da civilização, que é fruto da individualização e da desigualdade social. É a herança do processo de modernização.

Preocupado com o mercantilismo, o Estado precisou criar um novo “ethos punitivo”, buscando a criação de políticas públicas inclusivas como forma de burlar as estatísticas criminais (WACQUANT, 2001). Dito de outro modo, o sistema punitivo atual visa, em nome da segurança jurídica penal, impressionar os espectadores no sentido de fazer “transparecer” que o Estado está promovendo políticas públicas inclusivas como forma de resolver ou minimizar os conflitos existentes.

Em razão do elevado incentivo estatal ao sistema econômico de mercado, o Estado, no entanto, acaba se descuidando da distribuição desigual de renda, o que é o fator relevante para a maioria das causas dos conflitos sociais.

A bem da verdade, a pressão mundial pela segurança faz com que seja criado um novo modelo de controle penal, o que se chama “Direito penal do risco” (CALLEGARI *et al.*, 2011), tendo como fundamento uma punição intensa do criminoso. Veja-se que se está inserido em um Estado de “guerra” ou de “exceção” que, segundo Agamben (2003) caracteriza-se como um ato de força, desvinculado da Lei.

O problema é que esse controle penal de “exceção” chega ao seu extremo com a formulação do Direito Penal do Inimigo que atribui ao “indivíduo” o status de não pessoa, suspendendo suas garantias constitucionais, caso não ofereça duradoura fidelidade ao Direito ou cognição normativa, como, por exemplo, os terroristas ou criminosos habituais e violentos, os imigrantes etc.

O que se pretende dizer é que esse novo sistema penal foi criado essencialmente para compensar a crise do Estado social e a lógica da inclusão.

A propagação midiática da violência e o aumento da prática delituosa nas grandes cidades são temas centrais de discussão entre os políticos. A mídia, como é sabido, se alimenta de notícias que lhe rendam manchetes nos meios de comunicação. Logo, as notícias que revelam a violência e a criminalidade são pratos cheios para os espetáculos midiáticos. O que a mídia deixa transparecer por meio da divulgação do espetáculo do terror é a ausência de segurança. E pior: enfatiza que o crescimento dos crimes está relacionado à falta ou aplicação com benevolência da regulamentação.

Segundo Costa e Silva (2006), a exigência por segurança a todo custo é oriunda dos ventos de “law and order” ou da “tolerância zero”, que sopraram do hemisfério norte para o resto do mundo, com o objetivo de evidenciar como solução do problema a cultura do aprisionamento, o que seria, então, a cura “do mal-estar” causado pela criminalidade.

A problemática dessa criminalidade e insegurança social está diretamente ligada aos grupos “pauperizados” do mercado de trabalho e da própria economia nacional que não possuem condições de alterar suas formas de vida social por meio de suas próprias forças. Tais grupos, portanto, ao se verem desprovidos das políticas públicas, haja vista que, como dito, o Estado preocupa-se somente com o mercado, acabam descarregando seus descontentamentos por meio de revoltas despropositadas e autodestrutivas. E a solução para esse problema, então, está na repressão do sistema punitivo, o que, convenha-se, é uma visão equivocada (HABERMAS, 2001).

E não menos importante: atualmente, há uma redução considerável na implantação das políticas públicas pelos Estados que está ocasionando uma redução na rede de proteção dos direitos humanos. E isso tem como reflexo direto a redução das vagas de trabalho e, inclusive, no desemprego estrutural (BAUMAN, 1999). Na verdade, em meio à globalização e aos problemas decorrentes das políticas neoliberais, como, por exemplo, a violência urbana, os crimes organizados de contrabando e descaminho, do narcotráfico, de evasões fiscais e de outras fraudes, o sistema estatal encontrou como solução adequada a punição repressiva, ou, melhor, o teorema da “tolerância zero”, consoante já dito anteriormente.

Segundo Wacquant (2001), o dito teorema é um instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza e teve origem nos Estados Unidos da América. O dito autor refere que os incidentes e as desordens no espaço público induzem a vontade e a voracidade do Estado em coibir as referidas desordens. Todavia, o que acontece é que tal repressão acaba por ser direcionada à responsabilidade individual, atingindo as pessoas mais vulneráveis e os habitantes de zonas “incivilizadas”.

O que se vê, portanto, é que o Estado, ante a sua atitude solucionadora da criminalidade existente, acaba penalizando os menos favorecidos, como forma de “trancar” a estatística criminal. E mais: tal ato isenta o Estado de suas responsabilidades sociais e econômicas, o que, como é sabido, são fatores ligados diretamente à questão de criminalidade.

E também não menos importante. O direito penal pós-moderno não está destinado para a proteção de bens jurídicos, mas, sim, uma estrutura social que visa à garantia de determinados indivíduos, titulares de bens jurídicos identificados (CALLEGARI *et al.*, 2005).

Acredita-se que, quando o Estado se preocupa na punição individual e repressiva, por meio dos movimentos de tolerância zero, o Estado de bem-estar social desaparece, pois não há mais a construção de uma sociedade justa e democrática. Nesse cenário, não há falar em estudos das causas dos fenômenos que geram a crescente criminalidade, haja vista que o Estado busca a punição do infrator como solução direta e eficiente do problema. E isso reforça a autoridade simbólica do Estado, principalmente no âmbito penal (WACQUANT, 2001).

Conforme refere Kliksberg (2001), o fenômeno antes descrito, da punição individual ou da “tolerância zero”, pode ser visto nos países da América Latina. E isso, segundo o autor, se justifica em razão das elevadas disparidades sociais e da alta concentração de renda, que são fatores relevantes de desigualdade social.

Há forte indicativo de que a problemática persiste, pois, na aplicação do sistema penal no mundo capitalista que tem como cultura atacar os mais vulneráveis, o subproletariado, deixando de lado os criminosos que realmente causam danos à sociedade, como, por exemplo, aqueles que cometem crimes contra o meio ambiente e do colarinho branco.

Na verdade, o sistema repressivo atual – e isso não é de hoje que ocorre – continua buscando a punição de pessoas determinadas ou “etiquetadas” pertencentes, é claro, à classe vulnerável da sociedade. Ou seja, o direito penal reproduz a própria sociedade desigual existente (ANDRADE, 2003). A criminalidade, portanto, tem por causa direta a exclusão social derivada da globalização como um todo. Assim é que os operários são dispensados do trabalho em razão da tecnologia existente e sem uma fonte de renda fixa passam a viver na extrema pobreza, sendo, muitas vezes, obrigados a praticar determinadas condutas ilícitas. A solução para tal problema passa pela refundação do Direito Penal, pois é uma das formas de controle social (MUÑOZ CONDE, 2005). E é nesse ponto que se deve ter o extremo cuidado. O fato de existir uma legislação penal para combater determinada conduta que, na grande maioria das vezes, surge sob pressão política, midiática e até mesmo oposicionista, não resolve o problema social do aumento da criminalidade. Isso porque, consoante já referido, a legislação penal é, de regra, essencialmente simbólica e ideológica, pois apenas visa transmitir à sociedade a ideia de que os problemas estão sendo resolvidos (HOMMERDING; LYRA, 2014).

Segundo Baratta (1999), a racionalização democrática do sistema penal em relação à punição dos comportamentos desviantes é uma das soluções adequadas para tal problemática. Uma investigação adequada dos fenômenos que conduzem à criminalidade e um correto direcionamento do debate acerca da questão de segurança também são fatores preponderantes para a solução efetiva dos conflitos sociais em comento. Ainda, não se desconhece que a análise urgente do funcionamento do sistema capitalista e de suas consequências

cias também é fator fundamental para tentar encontrar a solução adequada para a criminalidade, pois, como dito, o referido sistema e suas relações evolucionistas acabam sendo fonte de fomento à prática das condutas desviantes.

O sistema jurídico punitivo não pode ser tratado como forma de segregação e repressão intensa, haja vista que, além de ser utilizado ideologicamente, termina por romper vínculos sociais, promovendo ainda mais a “vulnerização” da classe menos favorecida. O sistema penal atual como atualmente se estabelece não traz bons resultados sociais; ao contrário, taxa os criminosos como maus e inimigos. E, não menos importante, expõe políticas repressivas direcionadas aos cidadãos vulneráveis.

O Direito Penal pós-contemporâneo é totalmente excludente e direcionado para as classes vulneráveis, ou seja, visa atingir apenas aqueles que não possuem possibilidade de ter acesso a uma vida mais digna em razão da sonegação dos direitos sociais. E pior: a solução que o direito penal propõe para tal problemática está na criação de reforçadas penitenciárias.

O que deve ser buscado, no entanto, é a construção de uma cidadania inclusiva que promova a participação dos cidadãos nos espaços públicos e políticos, principalmente no que tange à criação de direitos e obrigações. A sociedade deve propiciar uma emancipação humana, gerando garantias e respeito às diferenças sociais colocadas. A legislação penal não pode ser vista como uma barreira para a diminuição do crime, mas, sim, como um controle social que deve ser utilizado apenas em último caso. É sabido que, quando as pessoas possuem trabalho, alimentos, moradia, lazer e razoável distribuição de renda, a prática criminosa reduz drasticamente.

Como dito, o Direito penal não pode ser utilizado como “prima ratio”, consoante vem sendo utilizado contemporaneamente, mas, sim, de forma fragmentaria e subsidiária. E isso é confirmado pelas palavras de Mir Puig (2005), que refere que “o Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade se dispor de outros meios, que são preferíveis, até porque menos lesivos aos direitos individuais”.

Aliás, o Direito Penal é “uma” das formas de controle social; porém, não é a única. Existem outras formas de controle de sociedade que devem ser utilizadas como fatores importantes de regulação social, quais sejam, a família, a escola, a religião, o trabalho. Aliás, tais formas devem ser utilizadas como “prima ratio” (MIR PUIG, 2005).

O que atualmente acontece é que a não utilização de tais controles sociais acaba sobrecregendo o Direito Penal atual que, como dito, deve ou deveria ser utilizado apenas em último caso. Não há dúvidas de que o Direito Penal atual está em crise e, consequentemente, não atinge mais a sua finalidade. O Direito Penal necessita estar atento à cultura da tolerância e principalmente aos princípios que permeiam a Constituição. Todavia, isso não é o suficiente. O nosso sistema penal atual deve abandonar algumas ideias colocadas pela mídia, além de deixar de lado as soluções simbólicas trazidas pela própria globalização como forma de equilíbrio à democracia. O pacto social, assim, deve ser restabelecido, haja vista que o contexto atual exige a comunicação dos grupos dos excluídos e incluídos (CITTADINO, 2005). Ou seja, os excluídos devem poder participar do processo de deliberação democrática.

Não se desconhece que milhares de pessoas vivem em uma condição de “invisibilidade”, ou melhor, de total exclusão social, seja no âmbito da representação política, seja no âmbito das ações afirmativas. Portanto, a reinserção dessa “classe” é necessária para a discussão e solução dos problemas sociais atuais.

A Constituição da República, nesse ponto, tem de ser vista como fonte fundamental de intervenção do direito de punir no Estado Democrático de Direito. E isso porque, em tempos de Estado Democrático de Direito, não deve haver lugar, por exemplo, para o denominado Direito Penal do Inimigo, haja vista que não há espaço para legitimar a discriminação entre cidadãos e inimigos em razão da ofensa direta aos direitos humanos e, inclusive, ao princípio da dignidade da pessoa humana (STRECK, 2007).

Segundo as palavras de Joaquim Herrera Flores (2005, p. 250 e seguintes) diante de um sistema de globalização excludente, faz-se necessário falar de direitos humanos como movimento de luta de acesso aos bens necessários para uma vida digna, removendo-se as pessoas das privações da “jaula de ferro do liberalismo dominante na concepção jurídica ocidental”.

A sociedade pós-industrial apresenta problemas sociais provocados pelo aceleramento das tecnologias de informação, de comunicação e de biotecnologia que pressionam um eficientismo penal. Porém, ante a tentativa urgente de solução dos problemas postos, as penas acabam restando desproporcionais aos delitos, com violação, também, das garantias processuais.

Na verdade, a tarefa do jurista é analisar se o Direito Penal está ou não de acordo com os referenciais do Estado Democrático de Direito, principalmente no que tange às garantias e aos princípios constitucionais. Aliás, o Direito Penal também deve observar atentamente as Declarações de Direitos Humanos vinculadas ao Estado, pois, como é sabido, há vários direitos elencados para todos os seres humanos que, de acordo com a Corte Penal Internacional, não podem ser violados (MUÑOZ CONDE, 2006).

Não há dúvidas, portanto, de que o Direito Penal seja necessário para sociedade, pois importante forma de controle social. Todavia, como dito, o Direito Penal não pode ser considerado como remédio para a solução dos problemas sociais conforme almeja a denominada teoria da “tolerância zero”. A limitação do poder punitivo está na Constituição que possui princípios explícitos e implícitos que devem ser aplicados pelo jurista a partir de uma hermenêutica constitucional.

Por fim, é a Constituição que regula o exercício do Direito Penal, seja por meio de regras ou de princípios que limitam o “*jus puniendi*”. Desse modo, quando o jurista aplica determinada norma, deve ter em mente que a punição aplicada deve estar de acordo com os ditames constitucionais. E isso demonstra que a dogmática deve ser objeto de revisão crítica e constante, levando em conta os fins políticos do Estado, notadamente de construção de uma sociedade mais justa e menos desigual (SCHMIDT, 2007).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal atual resta corrompido nas suas funções. E isso se dá em razão de sua crescente expansão na denominada sociedade do risco. Não há dúvidas de que a pressões da política, da oposição e, especialmente, da mídia, que estimam o crime como um espetáculo mercadológico forçam a referida expansão. O legislador, portanto, diante dos “medos sociais” mostrados pelo sistema de comunicação se sente “obrigado” a dar uma resposta à sociedade, criando leis.

O problema é que muitas vezes a lei criada (e aqui se fala em lei penal), via de regra, não traz o resultado esperado, seja porque o legislador não tenha efetuado um estudo prévio acerca da sua viabilidade, seja porque deixou de observar requisitos essenciais para a sua criação (teoria da legislação). E quando isso acontece surge, então, a lei meramente simbólica que visa apenas “transparecer” que o Estado está tomando as providências necessárias para a punição dos conflitos sociais ameaçadores.

Outro problema decorrente da crescente expansão penal, além do simbolismo da legislação, é o teorema da “tolerância-zero”. Ou seja, a sanção penal é trazida pelas leis contemporâneas como a solução para a punição dos criminosos que, como dito, são vistos como “inimigos”. Com esse sistema punitivo neoliberal, corre-se o risco de prejudicar as garantias constitucionais dos cidadãos que pautam os Estados Democráticos de Direito.

Muito embora não haja um “verdadeiro remédio” para a solução de tal problema, uma adequada teoria da legislação auxiliaria melhor os legisladores na elaboração das leis penais, coibindo, ainda que minimamente, o proliferar de uma legislação penal simbólica.

## 6 REFERÊNCIAS

- ANDRADE, V. R. P. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: código da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução Iracy D. Pleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2003.
- ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos; Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- CALLEGARI, André Luís (org); COLET, Charlise Paula; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ANDRADE, Roberta Lofrano. *Sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JACOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal e funcionalismo*. Coordenação André Luís Callegari e Nereu Giacomolli. Trad. André Luís Callegari, Nereu Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CITTADINO, Gisele. "Invisibilidade", Estado de direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et al.* (org.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (org.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Lantin, 2006.

FLORES, Joaquim Herrera. *Los derechos humanos como productos culturales*: crítica del humanismo abstracto. Madrid: Livros de La Catarata, 2005.

GRAU, Eros Roberto. Mercado, Estado e constituição. In: NUNES, Antônio José Avelás, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Diálogos constitucionais Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HABERMAS, Jürgen. 2001. *A inclusão do outro: estudos da teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2001.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica* .1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba, Juruá, 2012.

LIRA, Cláudio Rogério Sousa. *Direito penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

KLIKSBERG, Bernardo. *Falacias e mitos do desenvolvimento social*. São Paulo: Cortez, 2001.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Repertor, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De nubeo sobre el derecho penal del enemigo. In: SCHMIDT, Andrei Zenker (org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Globalização, democracia e crime*. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (org.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenker. O papel da criminologia na ciência penal contemporânea. In: BITTAR, Walter Barbosa (org.). *A criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro. Jorge Zahar, 2001.

# JUSTIÇA NEGOCIAL E GARANTISMO PENAL: A Fragilização da Epistemologia Garantista a partir da Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.215-229>

Recebido em: 22/1/2020  
Aceito em: 31/5/2020

**Marcelo Herval Macêdo Ribeiro**

Autor correspondente. Universidade Federal de Alagoas. Av. Lourival Melo Mota, s/n – Tabuleiro do Martins. Maceió/AL, Brasil. CEP 57072-900. <http://lattes.cnpq.br/6062945502758177>. <https://orcid.org/0000-0001-8181-6922>. [marcelohervalribeiro@hotmail.com](mailto:marcelohervalribeiro@hotmail.com)

**André Rocha Sampaio**

Centro Universitário Tiradentes (Unit). Maceió/AL, Brasil.

**Marcos Eugênio Vieira Melo**

Faculdade da Cidade de Maceió (Fama) e Faculdade Raimundo Marinho (FRM). Maceió/AL, Brasil.

## RESUMO

O presente artigo objetiva avaliar o impacto dos mecanismos de justiça consensual no ordenamento jurídico pátrio, particularmente na sistematização processual penal. Pressupondo que a Constituição da República sufragou uma série de garantias limitadoras do poder punitivo do Estado, pretende-se, aqui, examinar o tensionamento concitado pela emergência dos mecanismos de negociação ante a epistemologia garantista albergada pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88). A partir de uma metodologia predominantemente dialética e fenomenológica e apoando-se em material bibliográfico já existente, sobretudo de autores e autoras que desenvolvem estudos críticos acerca do direito penal, direito processual penal e criminologia, o trabalho aqui exposto almeja demonstrar que os instrumentos negociais hoje positivados – bem como as atuais propostas de ampliação dos espaços de consenso –, representam potenciais prejuízos à efetiva tutela dos direitos e garantias individuais, haja vista que os referidos institutos materializarão o discurso de que os limites ao poder de punir constituem-se em obstáculos à concretização de uma política criminal eficiente, empreendendo, assim, medidas com vistas à flexibilização dessas garantias.

**Palavras-chave:** Garantismo. Devido processo legal. Negociação processual penal.

**NEGOTIAL JUSTICE AND CRIMINAL GUARANTEEISM: WEAKENING OF THE DUE PROCESS OF LAW ACCORDINGLY THE EXPANSION OF CONSENSUS SPACES IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS**

## ABSTRACT

This paper aims to evaluate the impact of consensual justice mechanisms on the national legal system, particularly on the criminal procedural system. Assuming that the Constitution of the Republic has housed a series of limiting guarantees of the punitive power of the State, the intention here is to examine the tension generated from the emergence of negotiation mechanisms in the face of the guarantee epistemology normalized by Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB/88). The aim is to demonstrate that the current negotiated instruments – as well as the current proposals for expanding consensus spaces – represent potential damages to the effective protection of individual rights and guarantees, given that, based on a utilitarian and efficient logic, these mechanisms will advocate the discourse that limitations on punitive power are obstacles to the realization of an efficient criminal policy, thus undertaking projects aimed at making these guarantees more flexible.

**Keywords:** Guaranteeism. Due process of law. Criminal procedural negotiation.

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A epistemologia garantista: o convencionalismo penal e o cognitivismo processual. 3 As garantias constitutivas do devido processo legal e a potencial fragilização da epistemologia garantista em virtude da expansão dos espaços de consenso. 3.1 A jurisdicionalidade ou a necessidade de submissão à jurisdição. 3.2 A separação entre juiz e acusação, o sistema processual acusatório e a matriz inquisitiva dos institutos negociais. 3.3 A obrigatoriedade da ação penal. 3.4 A presunção de inocência. 3.5 O direito à (ampla) defesa e à garantia do contraditório. 4 Notas conclusivas. 5 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A aplicação de uma sanção penal pressupõe, como fundamento ontológico de legitimidade, a necessária existência de uma norma penal prévia – a qual, de um lado, disporá acerca de condutas abstratas violadoras a bens juridicamente relevantes e, de outro, cominará a respectiva sanção àqueles que eventualmente praticarem as preceituadas condutas delituosas. Trata-se, com efeito, de materialização do princípio constitucional da legalidade, expresso pelo brocado latino “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da legalidade – neste caso, nomeadamente o da legalidade penal – constitui uma das mais significativas conquistas civilizatórias modernas. Com o advento do Estado Moderno de Direito, em especial a partir da Revolução Francesa de 1789, passou-se a preconizar que somente a lei positivada seria capaz de conferir legitimidade à atuação estatal. Nesse sentido, a punição a quem rompesse com a ordem social estaria inexoravelmente dependente da existência de uma lei anterior, por meio da qual se estabeleceriam as possíveis consequências a incidir sobre o sujeito que violara o pacto vigente.

Com a instituição desse princípio, o que se almejava, em última análise, era a limitação do poder punitivo do Estado perante as frequentes arbitrariedades praticadas sob a égide do absolutismo.<sup>1</sup> De fato, na era absolutista o poder estatal legitimava-se a partir da própria soberania exercida pela (e personificada na) figura do monarca, revelando-se despiciendas quaisquer justificativas racionais a limitar o exercício desse poder, na medida em que preponderavam argumentos de natureza fundamentalmente religiosa.

Não obstante, se é lícito afirmar que não há pena sem prévia cominação legal – o que significa que a aplicação da pena impõe a existência de uma lei penal anterior – pode-se igualmente afirmar que não há pena sem a existência de um devido processo legal. Conforme estatui a Constituição Federal em seu artigo 5º, dispositivo que trata dos direitos e garantias individuais, a privação da liberdade ou de bens somente se procede mediante um devido processo legal, em que seja possível assegurar o contraditório e a ampla defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes”.

Em outras palavras, a aplicação de uma pena exige, como requisito inafastável de legitimidade, a devida observância de um processo legal, no qual se assegure àquele sujeito passível de sofrer as consequências de uma sanção penal uma série de garantias fundamentais, como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a imparcialidade, a presunção de inocência, entre outras. Assim, é possível afirmar que pena e processo são dois institutos que caminham umbilicalmente unidos, na medida em que o primeiro somente se legitima a partir da existência (devida) do segundo.

Hodiernamente, no entanto, tem-se presenciado a crescente ascendência de um movimento que, sustentando-se nos ditames de uma racionalidade fundamentalmente eficientista, visa à relativização de certas premissas conformadoras do devido processo a partir da ampliação dos espaços de consenso em matéria criminal. Com efeito, materializando-se desde uma concepção utilitária e instrumentalista (GLOECKNER, 2018), o referido movimento parte da compreensão de que o processo penal deve se apresentar como mecanismo mediante o qual os conflitos sociais sejam resolvidos o mais célere e economicamente possível, ainda que disso resulte um incontornável aviltamento às garantias que limitam a aplicação do poder de punir do Estado.

Diante deste problemático cenário, que faz emergir institutos jurídicos produtos e produtores de um saber-poder autoritário (GLOECKNER, 2018), o presente artigo intenta perscrutar o impacto dos mecanismos de justiça consensual no ordenamento jurídico pátrio, particularmente na sistemática processual penal. O objetivo norteador dessa proposta corresponderá ao exame dos tensionamentos concitados pela emergência dos mecanismos de negociação relativamente ao sistema de garantias albergado pela Carta Republicana de 1988, objetivando demonstrar que os instrumentos negociais hoje positivados – bem como as atuais propostas de ampliação dos espaços de consenso – representam potenciais prejuízos à efetiva tutela dos direitos e garantias individuais.

<sup>1</sup> Discorrendo acerca dos fundamentos que culminaram com a defesa do primado da legalidade, Pavón afirma que “num primeiro momento [...] se concebeu [a legalidade] como uma garantia de segurança jurídica frente ao poder absoluto do soberano [...] mediante leis certas, o cidadão poderia saber o que estaria proibido ou permitido, adequando sua conduta àquele conhecimento (...) o fundamento do princípio da legalidade consiste na proteção da liberdade individual frente à arbitrariedade; trata-se de instrumentalizar um sistema penal a fim de evitar a arbitrariedade do Estado” (PAVÓN, 2004, tradução nossa).

## 2 A EPISTEMOLOGIA GARANTISTA: O CONVENCIONALISMO PENAL E O COGNITIVISMO PROCESSUAL

Luigi Ferrajoli, distinto jurista italiano, a quem se atribui o mérito por proceder a uma das mais apuradas elaborações teóricas relativamente à ciência do direito – em especial (mas não só) nas disciplinas de direito penal e direito processual penal –, sustenta, em sua obra magna “Direito e Razão” (2002)<sup>2</sup>, a existência de uma epistemologia garantista<sup>3</sup> erigida a partir da coexistência de dois elementos estruturantes: o convencionalismo penal e o cognitivismo processual. Com efeito, é justamente a partir da confluência desses dois elementos (notadamente o segundo) que derivam as garantias constitutivas do devido processo legal.

Pelo convencionalismo penal tem-se que somente o delito formalmente descrito em um tipo legal pode vir a ser penalizado, desde que efetivamente comprovada a prática da conduta delituosa prevista em abstrato. Trata-se de manifestação do princípio da legalidade, “dirigida a excluir, quanto arbitrarias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter ‘constitutivo’ e não ‘regulamentar’ daquilo que é punível” (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

Nesse diapasão, afirma Ferrajoli (2002, p. 31, grifos nossos) que

o sentido e o alcance garantista do convencionalismo penal reside precisamente nesta concepção, ao mesmo tempo nominalista e empírica do desvio punível, que remete às únicas ações taxativamente indicadas pela lei, dela excluindo qualquer configuração ontológica ou, em todo caso, extralegal. *Auctoritas, non veritas facit legem* é a máxima que expressa este fundamento convencionalista do direito penal moderno e por sua vez do princípio constitutivo do positivismo jurídico: *o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei.*

A partir desse primeiro elemento é possível extrair um conjunto de princípios que consubstanciará o sistema de garantias penais em sentido estrito; princípios representados por questionamentos atinentes a quando e como punir (garantias relativas à pena) e quando e como proibir (garantias relativas ao delito). São eles: 1) princípio da legalidade; 2) princípio da retributividade; 3) princípio da necessidade; 4) princípio da lesividade; 5) princípio da materialidade e 6) princípio da culpabilidade.

Por outro lado, o cognitivismo processual<sup>4</sup> impõe que a pena decorrente da prática de um delito somente se materialize a partir de um raciocínio gnosiológico conduzido no bojo de *um processo judicial*. Assim, a pena somente poderá ser considerada legítima quando aplicada no curso de um processo penal jurisdicionado, em que

a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, afirmações ou negações – de fato ou de direito – das quais sejam predicáveis a verdade ou a falsidade processual (FERRAJOLI, 2002, p. 32).

<sup>2</sup> É nesta obra que Ferrajoli formulará os princípios que constituem o garantismo penal. Segundo Lívia Almeida Lamas (2010, p. 31), “o modelo penal garantista é uma construção de Luigi Ferrajoli a partir de uma profunda revisão crítica do chamado modelo penal garantista clássico, de matriz ilustrada. Percorrendo não apenas as bases epistemológicas do modelo clássico, mas também seus fundamentos axiológicos externos (critérios de justificação ético-política) e internos (jurídicos), o autor visa alcançar um modelo penal que permita fundamentalmente legitimar ou deslegitimar os sistemas jurídico-penais concretos ou mesmo determinados institutos penais e processuais-penais, de acordo com os parâmetros do Estado Constitucional de Direito”.

<sup>3</sup> A epistemologia garantista é responsável por estruturar um sistema de garantias penais, que, em sentido *lato*, corresponde a dez princípios ou axiomas fundamentais. Por questões didáticas, decidiu-se separar os referidos axiomas em dois grupos: um grupo relativo às garantias penais em sentido estrito (que dizem respeito à dogmática penal material), atinentes aos questionamentos sobre “quando e como punir e quando e como proibir”, e outro grupo concernente às garantias processuais que mais se aproximam da dogmática penal processual, foco do presente estudo, que se relacionam às questões sobre “quando e como julgar”.

<sup>4</sup> A partir do cognitivismo processual, é possível depreender quatro outros axiomas, que, somados àqueles extraídos do convencionalismo penal, conformam o modelo epistemológico garantista. São eles: 1) princípio da jurisdicionariedade; 2) princípio acusatório (ou separação entre juiz e acusação); 3) princípio do ônus da prova; 4) princípio do contraditório.

Não obstante, é necessário salientar que, malgrado cada elemento epistemológico mais se aproxime de uma perspectiva dogmática (enquanto o convencionalismo se identifica com a dogmática penal, o cognitivismo mais se aproxima da dogmática processual), o sistema de garantias (em sentido amplo) somente pode ser compreendido a partir de uma análise simultânea e bilateral.

De fato, não haveria que se falar em garantias materiais (como a sujeição à legalidade, por exemplo) se o julgador aplicasse uma pena à míngua da existência de um processo (ou, ainda que existente, fosse este indevido). Da mesma forma, não se poderia imaginar a efetivação de uma certa garantia processual (como a jurisdicionalidade) se o indivíduo fosse julgado por um crime não previsto em lei, ou sancionado a uma pena superior à legalmente autorizada. É precisamente por tal razão que o mestre italiano afirma que

o conjunto das garantias penais seria totalmente insatisfatório se não fosse acompanhado do conjunto correlato e, por assim dizer, subsidiário das garantias processuais [...] As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais dos crimes – a lesão, a conduta e a culpabilidade –, são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle. É por isso que as garantias processuais, e em geral as normas que disciplinam a jurisdição, são ditas também “instrumentais” no que tange garantias e às normas penais, estas chamadas, por sua vez, “substanciais” (FERRAJOLI, 2002, p. 431-432).

O que se observa, com efeito, é um “nexo estrutural e funcional” entre os diferentes elementos da epistemologia garantista, porquanto somente se pode admitir a estrutura de um processo penal se este existir para julgar crimes previstos em lei, da mesma forma que apenas é possível aplicar uma sanção penal mediante o (devido) funcionamento de um processo.

Feitas as considerações supra, convém, agora, analisar o complexo de garantias que constitui parâmetros limitadores (e, por tal razão, legitimadores) da aplicação do poder de punir do Estado, as quais se consubstanciam na cláusula constitucional do *due process of law* ou devido processo legal. Paralelamente à exposição dos axiomas que conformam o sistema garantista, proceder-se-á a uma análise crítica quanto ao fenômeno de expansão dos mecanismos de justiça consensual, objetivando demonstrar de que maneira estes institutos potencialmente se apresentam como elementos incompatíveis a uma estrutura epistemológica destinada à contenção do arbítrio estatal.

### 3 AS GARANTIAS CONSTITUTIVAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A POTENCIAL FRAGILIZAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA EM VIRTUDE DA EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO

#### 3.1 A jurisdicionalidade ou a necessidade de submissão à jurisdição

A primeira (e quiçá mais importante) garantia constitutiva de um legítimo processo penal, da qual derivam todas as demais, é a jurisdicionalidade (jurisdicionariedade ou princípio da submissão à jurisdição), representada pelo axioma *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*.

Conforme preleciona Ferrajoli, é possível compreender esta garantia a partir de duas perspectivas que, embora distintas, revelam-se inextricavelmente complementares: a primeira diz respeito à jurisdicionariedade em sentido lato, segundo a qual os pressupostos do delito – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – devem ser evidenciados por meio de um expediente jurisdicionalizado, vale dizer, a partir de um processo penal; a segunda, relativa à jurisdicionariedade em sentido estrito, preconiza que a cognição judicial deve se encontrar amparada em premissas limitadoras, “submetendo as hipóteses acusatórias à prova e refutação” (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Para que esta garantia se efetive, é importante salientar que exige o postulado não apenas a figura de um juiz, mero condutor de um processo; é preciso, com efeito, que esse juiz seja “imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição” (LOPES JR., 2017, p. 58). Por tal razão, afirma

Ferrajoli (2002, p. 431) que a materialização do princípio da jurisdicionalidade (notadamente em seu viés estrito) depende da observância de outras garantias dele derivadas,<sup>5</sup> que serão mais detidamente analisadas nos tópicos seguintes.

Neste momento, contudo, calha asseverar que o crescente movimento observado no campo de saber jurídico, correspondente à incorporação de mecanismos de negociação em matéria criminal, afigura-se potencialmente problemático, na medida em que um dos objetivos aspirado por esse movimento diz respeito à simplificação (e, em determinados casos, ao completo afastamento) de determinadas regras que constituem a matriz ontológica do processo.

Nos Estados Unidos, por exemplo, o *plea bargaining*<sup>6</sup> pode ser considerado regra (pesquisas mostram que mais de 90% dos casos são resolvidos por esse instituto<sup>7</sup>), posto que os julgamentos perante o Tribunal do Júri (*Trial by Juri*) estão sendo cada vez menos utilizados em razão de pretensos custos, complexidades e riscos que deles decorrem. Dessa forma, apesar de, neste país, o acusado possuir direito a ser julgado por um júri imparcial<sup>8</sup>, ele pode, em virtude da realização de um acordo com o Ministério Público, renunciar a esse direito e admitir a prática criminosa diante da concessão de vantagens, sobrevindo, por conseguinte, a imposição de uma pena sem o devido (e constitucionalmente previsto) julgamento pelo júri.<sup>9</sup>

Nessa toada, calha assentar expansão das justiças negociais, que traz como pano de fundo a “eficiência” do processo penal. Baseando-se na ideologia político-criminal de que é possível perseguir todos os fatos criminalizados, bem como no funcionamento do sistema penal na resolução desses crimes, entende-se essas negociações como uma forma de aliviar a demanda judicial e, ao mesmo tempo, “resolver” o caso penal. A ideia de eficiência fundamenta-se, contudo, na errônea percepção de que o processo deverá ser simples e rápido. Conforme ensina Anitua: “quem sai mais beneficiada com este sistema é a pretensão punitiva do Estado, que assim alcança seu objetivo em maior número, a menor custo, mais rapidamente e sem ter que debater, nem internamente e nem público, sobre a finalidade última da tarefa que realiza” (ANITUA, 2017, p. 374).

### 3.2 A separação entre juiz e acusação, o sistema processual acusatório e a matriz inquisitiva dos institutos negociais

A segunda garantia que consubstancia o devido processo legal (e que deriva fundamentalmente do princípio da jurisdicionalidade) é a separação entre juiz e acusação. Característica primordial de um processo penal democrático, trata-se de elemento *sine qua non* – embora não exclusivamente<sup>10</sup> – a uma estrutura epis-

<sup>5</sup> Em relação às garantias derivadas do princípio da jurisdicionalidade, Ferrajoli subdivide-as em dois conjuntos. O primeiro conjunto diz respeito às garantias orgânicas, relativas à formação do juiz, no qual estão inseridas “a independência, a imparcialidade, a responsabilidade, a separação entre juiz e acusação, o juiz natural, a obrigatoriedade da ação penal e outras”; o segundo conjunto refere-se às garantias procedimentais, relativas à formação do juízo (ou cognição), em que se incluem “a contestação de uma acusação exatamente determinada, o ônus da prova, o contraditório, a modalidade dos interrogatórios e dos outros atos instrutórios, a publicidade, a oralidade, os direitos da defesa, a motivação dos atos judiciais e outros”. Calha salientar, todavia, que os dois aludidos conjuntos guardam consigo “conexões lógicas e funcionais”, que serão responsáveis por ora conformar uma episteme acusatória ora estruturar um modelo inquisitório.

<sup>6</sup> *Plea bargaining* consiste em um procedimento negocial realizado tipicamente nos ordenamentos jurídicos anglo-saxônicos, no qual o réu, em um caso criminal, abre mão do seu direito a julgamento em troca de uma redução na acusação e/ou na sentença (HEUMANN, 1981, p. 1).

<sup>7</sup> Cf. ALSCHULER, 1979, p. 1.

<sup>8</sup> Nos Estados Unidos, essa garantia constitucional encontra-se positivada na Sexta Emenda à Constituição Americana, cujo artigo assim dispõe: “Artigo 6º – Em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento rápido e público, por júri imparcial no Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente delimitado por lei [...]” (ESTADOS UNIDOS. U.S. Constitutional Amendments Disponível em: <https://constitution.findlaw.com/amendments.html>. Acesso em: 20 abr. 2019. Tradução nossa. Grifos nossos).

<sup>9</sup> Cf. VASCONCELLOS, 2015.

<sup>10</sup> LOPES JR. (2017, p. 64) adverte, com elogiável lucidez, que “é insuficiente pensar que o sistema acusatório se funda a partir da separação inicial das atividades de acusar e julgar. Isso é um reducionismo que desconsidera a complexa fenomenologia do processo penal. *De nada basta uma separação inicial, com Ministério Público formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, permitirmos que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora*”.

Por tal motivo, sustenta-se que, além de uma simples cisão entre as atividades de acusar e julgar, a sistemática acusatória reclama o necessário monopólio da gestão probatória a cargo do órgão acusador, como mecanismo essencial apto a evitar os equívocos cognitivos próprios de um sistema inquisitório, como se verá mais adiante.

têmica acusatória, responsável por assegurar o legítimo desenvolvimento do raciocínio judicial, porquanto abalizador das condições necessárias à materialização das garantias fundamentais do contraditório, imparcialidade e ampla defesa.

Verdadeiramente, observa-se que é apenas na sistemática processual acusatória, em que se promove uma cristalina separação entre as distintas atividades dos atores processuais, e, mais do que isso, na qual a carga probatória recai exclusivamente sobre a acusação (e não resta avocada pelo juiz), que se afigura possível efetivar a imparcialidade. Por reclamar do julgador uma postura passiva, alheia e desinteressada, esse sistema permite o afastamento ante as contaminações cognitivas típicas de um sistema inquisitivo, como o surgimento de quadro mentais paranoicos e a prevalência das hipóteses sobre os fatos (CORDERO, 1986, p. 51-52).

Nessa esteira, discorre Ferrajoli (2002) que

[...] pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa (p. 452).

De fato, no modelo inquisitivo, antipodal à sistemática acusatória, é possível verificar uma “aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo”, não havendo “estrutura dialética e tampouco contraditória”, assim como inexiste a “imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa de gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu” (LOPES JR., 2017, p. 42).

Nesse sentido, Salo de Carvalho aduz que a máquina inquisitiva se caracteriza ontologicamente “pela exclusão do contraditório, pela ausência de ampla defesa e pela inversão da presunção de inocência” (CARVALHO, 2015, p. 141). Ademais, com supedâneo no magistério de Franco Cordero, assevera ainda que “pode-se identificar o estilo inquisitorial a partir de duas constatações: a) sobrevalorização da imputação em relação à prova, configurando o primado das hipóteses sobre os fatos; e b) a conversão do processo em psicoscopia, ao estabelecer rito fatigante e isento de forma” (CARVALHO, 2015, p. 141).

É imperioso salientar que a tendência contemporânea de expansão dos espaços de consenso no processo penal, objeto do presente trabalho, revela-se essencialmente deletéria na medida em que possibilita flexibilizações a garantias fundamentais (e, por tal razão, não sujeitas à relativização), constitutivas de um sistema processual acusatório. O que se verifica, nesse sentido, é que institutos negociais – como a barganha penal – enfraquecem a posição do acusado como sujeito de direitos, deslocando-o à mera posição de objeto de intervenção, de tal maneira se aproximando, por conseguinte, do modelo autoritário inquisitorial.

Como afirma SCHÜNEMANN (2017, p. 192),

com o *plea bargaining* vem a ser aniquilada uma das maiores conquistas evolutivas do processo penal reformatado na Europa: a posição de sujeito de direito do acusado. Afinal, o *plea bargaining* ocorre de um modo geral sem a presença do próprio acusado, que nesse sentido acaba sendo completamente mediatizado por seu advogado.

No mesmo sentido, observa Ignacio Anitua que os mecanismos de justiça consensual materializam os dois principais elementos do modelo inquisitivo – a saber, o segredo e a confissão –, de sorte que “apesar de ser realmente uma ‘importação’ de um sistema com tradição histórica voltada ao modelo processual acusatório, não é em vão a comparação realizada por muitos autores deste mecanismo com as técnicas mais tradicionais do sistema inquisitivo” (ANITUA, 2017, p. 367).

Isso ocorre, segundo o autor, porquanto

ao se buscar a confissão, se valida esta como *probatio probatissima*, substituindo a atividade probatória. Isto é a base do sistema inquisitivo. Significa um retorno ao sistema inquisitivo se quem pactua é o Estado, que coage o imputado com uma ameaça penal maior para que este colabore evitando o julgamento em contraditório (...) O caráter inquisito do juízo abreviado verifica a intenção de condenar sobre a base da confissão obtida coativamente (ANITUA, 2017, p. 369).

Com efeito, as propostas de expansão dos espaços de consenso previstas no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (PL 8.045/2010),<sup>11</sup> nomeadamente aquelas normatizadas no Capítulo III (artigos 308 *et seq.*), preceituam que a formalização do acordo penal condicionar-se-á à “confissão em relação aos fatos imputados na peça acusatória”, exigindo ainda o dispositivo que o acusado expressamente manifeste desejo de dispensa da produção probatória, com vistas a suprimir, por conseguinte, a fase instrutória, tornando mais célere a resolução do caso submetido à apreciação jurisdicional.

Não obstante, um dos mais problemáticos efeitos concitados em razão do supracitado comando normativo diz respeito ao fato de que, por supor o término sumário do julgamento mediante a supressão da audiência de instrução, esse mecanismo impossibilita o escorreito desenvolvimento da dialética processual e, por conseguinte, viola o imperativo de que o pronunciamento judicial seja perfilhado por elementos probatórios confiáveis. O que ocorre, nesse sentido, é a primazia dos elementos de informação coligidos na investigação preliminar (unilateral, discricionária e, geralmente, sigilosa), resultando, assim, num processo fundamentalmente inquisitório.

É por este motivo que Schüneman (2017, p. 242), debruçando-se sobre o aparente paradoxo existente entre o modelo processual penal historicamente adversarial – como aquele tradicionalmente atribuído aos países anglo-saxônicos –, por um lado, e a ressignificação inquisitiva verificada na aplicação prática dos mecanismos de consenso, por outro, assevera que “neste sistema, por trás do disfarce do procedimento do tribunal do júri, deságua na prática em nada mais, nada menos, do que no velho modelo do processo inquisitorial”. Isso acontece, explica o autor, haja vista que os dispositivos negociais – notadamente o *plea bargaining* – resultaram

em uma radical revolução no processo penal: a audiência de instrução e julgamento fora amplamente abolida e substituída por um *guilty plea* do acusado, que dele é praticamente comprado através de uma suposta diminuição da pena [...] Neste ponto faz-se notória uma outra debilidade do tribunal do júri. Este, por conta de seus inconvenientes e suas complicações, exigeu do ponto de vista da práxis uma correção. O fato de que esta correção conduziria de um modo geral a uma vasta abolição da audiência de instrução e julgamento resultou no seguinte paradoxo: o modelo processual adversarial [...] não mais conseguia responder às exigências da práxis [...] originando-se um resultado absolutamente oposto ao almejado, qual seja, a ampla extinção da audiência de instrução e julgamento através da aceitação do resultado da investigação preliminar por meio de um mero *plea bargaining* (SCHÜNEMAN, 2017, p. 254, grifos nossos).

Saliente-se, por oportuno, que os efeitos deletérios concitados em virtude da primazia conferida às declarações autoincriminatórias, em especial a coercibilidade ínsita aos expedientes negociais, bem como a problemática concernente aos prejuízos decorrentes da supressão da fase processual instrutória, serão mais detidamente analisadas no tópico relativo à garantia da presunção de inocência.

### 3.3 A obrigatoriedade da ação penal

O princípio da obrigatoriedade consiste em premissa lógica da ação penal pública e importa na condição de que, uma vez satisfeitos os requisitos autorizadores da instauração do processo (*fumus commissi delicti*, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa), deve o órgão ministerial, sem espaço de discricionariedade, oferecer a ação penal visando à apuração do pretenso fato delituoso. Trata-se de princípio que deriva da própria natureza pública do processo, e que, assim como a garantia anteriormente analisada, tem sua origem na cláusula de reserva à jurisdição.<sup>12</sup>

O fundamento teleológico que subjaz a existência deste imperativo corresponde à necessidade de materializar os fins abstratos que justificam a aplicação da sanção penal, transmitindo à sociedade a mensagem de que condutas desviantes serão efetivamente passíveis de responsabilização. Nessa toada, costuma a dou-

<sup>11</sup> Igual preceito extraí-se da Lei nº 13.964/2019, supramencionada, haja vista que o instituto negocial ali encampado exige, para fins de proposição do acordo, a confissão formal e circunstanciada da prática delituosa pelo suposto autor do fato criminoso.

<sup>12</sup> “A obrigatoriedade da ação penal é só um aspecto ou, se quisermos, um corolário de outras essenciais características estruturais do sistema garantista (...) Com a afirmação do caráter público do direito penal (...) também a acusação perdeu progressivamente sua natureza privada originária e assumiu natureza e modalidade inteiramente públicas (...) com a instituição, ao lado dos órgãos judicantes, de um acusador ou Ministério Público” (FERRAJOLI, 2002, p. 455 *et seq.*).

trina afirmar que o princípio da obrigatoriedade coincide com a legalidade,<sup>13</sup> uma vez que impõe ao órgão acusador o ônus inalienável de buscar efetivar – quando preenchidos os requisitos supramencionados – as prescrições legalmente previstas.

Decorre desta garantia outro princípio de igual relevo, qual seja, a indisponibilidade (ou irrevogabilidade), uma vez que “não apenas está o Ministério Público obrigado a denunciar (ou pedir o arquivamento), senão que, uma vez iniciado o processo, não pode ele desistir, dispor da ação penal” (LOPES JR., 2017, p. 201). De fato, nenhum sentido faria se o órgão ministerial estivesse vinculado à propositura da ação penal e, no curso do processo, manifestasse vontade em dela desistir.

Em contraposição à obrigatoriedade, tem-se o princípio da oportunidade, norteador das ações penais de natureza privada, cuja principal característica diz respeito à faculdade que se apresenta à vítima em oferecer (ou não) a ação penal, pois o que se observa aqui, antes de uma obrigação, é um direito do ofendido em analisar “a conveniência de submeter seu caso penal ao processo, ponderando as vantagens e desvantagens” (LOPES JR., 2017, p. 201).

Não obstante se tratar de princípio típico das ações penais de natureza privada, o que se tem constatado em tempos hodiernos é uma vertiginosa ampliação dos espaços de discricionariedade (oportunidade) também às ações penais de natureza pública. A Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), por exemplo, expandiu as referidas hipóteses aos delitos de menor potencial ofensivo: estando preenchidos os requisitos legais, poderá<sup>14</sup> o Ministério Público apresentar proposta de transação penal, deixando, por conseguinte, caso aceito o acordo, de oferecer denúncia em desfavor do indiciado, mesmo tratando-se de suposto delito cuja natureza da ação seja pública.

Nesse mesmo sentido, o instituto da colaboração premiada, recepcionado no ordenamento pátrio por meio da Lei nº 12.850/2013, estabelece um espaço relativamente amplo de discricionariedade, na qual se confere à parte acusadora a possibilidade de oferecer uma série de benefícios penais e/ou processuais ao acusado que tenha contribuído eficazmente com a persecução penal. Esses benefícios podem consistir em perdão judicial, redução da pena em até dois terços, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, redução da pena até metade ou progressão de regime (nestes dois últimos casos, quando a colaboração houver ocorrido em sede de execução penal), assim como o não oferecimento da denúncia.

Aplicado em casos paradigmáticos (notadamente no âmbito da Operação Lava-Jato), o instituto em comento não se afigurou indene de críticas. Com efeito, o respeitável setor doutrinário tem sustentado as aporias concernentes ao emprego desse mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro. Entre outras razões, tem-se ventilado as numerosas lacunas observadas no diploma legal, o que termina por atribuir indevidamente ao Poder Judiciário a competência de suprir as deficiências legislativas; a ausência de regular controle judicial, ensejando acordos que exorbitam os limites da lei<sup>15</sup>; a excessiva concessão de poder ao órgão acusador,

<sup>13</sup> “Conforme posição majoritária, o princípio da legalidade no processo penal corresponde à obrigatoriedade da persecução punitiva, ou, nas palavras de Jacinto Coutinho, ‘é praxe ser tratado (o princípio da obrigatoriedade) por princípio da legalidade, em face de fundar um dever do órgão oficial de acusação’ [...] Há um dever de acusação decorrente da lei que se impõe quando houver indícios de materialidade e autoria suficientes da ocorrência de uma infração penal, o que não pode ser influenciado ou renunciado por razões discricionárias ou por motivos alheios à simples averiguação da existência ou não do crime a partir das provas obtidas.” (VASCONCELLOS, 2015, p. 181).

<sup>14</sup> Em que pese o artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais estatuir que o Ministério Público “poderá propor” transação penal – o que, à primeira vista, conduziria ao raciocínio de que se trata de mera faculdade/liberalidade do órgão acusador –, preconiza respeitável doutrina que a transação penal consiste, na verdade, em direito público subjetivo do suposto autor do fato. Nesse sentido, tem sido comum a afirmação de que a discricionariedade percebida nesse instituto seria “regrada” – isto é, delimitada pela lei –, uma vez que, estando satisfeitos os requisitos legais, não poderia o *Parquet* furtar-se do dever de apresentar a proposta. Cumpre mencionar, todavia, que a jurisprudência pátria ainda não pacificou entendimento a respeito da matéria, não sendo escassas as decisões, inclusive de Tribunais Superiores, que reconhecem ser faculdade do órgão acusador oferecer ou não o benefício.

<sup>15</sup> Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr. (2018, p. 27) aludem a uma sentença penal condenatória prolatada no âmbito da operação Lava Jato, em que o sujeito fora condenado a 15 anos e 10 meses de prisão a ser cumprida em “regime de reclusão doméstica”, ao que, passado algum tempo, progrediria ao regime “semiaberto diferenciado” e, finalmente, depois de dois anos, a regime aberto. Evidentemente, esse sistema atípico de cumprimento de pena não encontra amparo no diploma que recepcionou o instituto da colaboração, representando, portanto, indevida “execução penal à la carte”.

desequilibrando o jogo processual (paridade de armas) e fragilizando o Estado Democrático de Direito<sup>16</sup>; e os acordos prevendo aplicações de penas (inclusive privativas de liberdade) a despeito da inexistência de processo e, portanto, à míngua da observância das garantias constitutivas do devido processo legal.

De fato, tanto a transação penal, prevista na Lei de Juizados Especiais, quanto a colaboração premiada, evidenciam a tendência hodierna de expansão do princípio da oportunidade aos delitos de ação penal pública. Conforme aponta Vasconcellos, “os mecanismos consensuais se instrumentalizam na seara processual a partir de critérios de oportunidade, ou seja, para que se efetive a decisão tomada impõe-se que o órgão acusador deixe de sustentar a persecução penal até seu desfecho habitual” (VASCONCELLOS, 2015, p. 53). Nesse mesmo sentido, Diego Díez (1999, p. 191) afirma que “naturalmente, existe uma íntima relação entre oportunidade e consenso, visto que a forma de se efetivar as soluções consentidas com relação ao tratamento penal do réu não é outra que o uso da oportunidade”.

É imperioso destacar, contudo, que a referida tendência consiste em fenômeno sobremaneira problemático, na medida em que favorece relativizações a garantias fundamentais constitutivas de um sistema epistemológico garantista. É conveniente registrar, nesse sentido, o escólio de Ferrajoli (2002, p. 456), segundo o qual

entende-se que essa discricionariedade e disponibilidade [...] representam uma fonte inesgotável de arbítrios: arbítrios por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da acusação; arbítrios por comissão, sendo inevitável, como a experiência ensina, que o *plea bargaining* se torne a regra e o juízo uma exceção, preferindo muitos imputados inocentes declararem-se culpados em vez de se submeterem aos custos e aos riscos do juízo. O sistema [...] apresenta indubitavelmente a vantagem da máxima eficiência [...] mas essa vantagem é alcançada ao preço de uma pesada conotação burocrática e policial esca da maior parte da justiça penal e de uma vistosa discriminação contra tantos que, pelas condições econômicas, são forçados a abdicar, como se fosse um luxo inacessível, não só, como entre nós, de uma defesa adequada, mas até mesmo de um julgamento justo.

Com efeito, embora assente na ideia de que ao acusado seria conferida a oportunidade de obter uma vantagem caso admitida a propositura do acordo, fato é que muitos indivíduos, em razão das inúmeras circunstâncias coercitivas que subjazem o procedimento negocial, acabam cedendo à proposta de acordo, mesmo não sendo eles, efetivamente, os autores das imputadas condutas delituosas. Tal contexto, registre-se, resta largamente acentuado em razão do incontestável cenário de desigualdade social existente no país, que acaba se reproduzindo também no sistema de justiça criminal, não apenas pela seletividade dos indivíduos que são mais comumente incriminados, mas, também, pela frequentemente limitada assistência jurídica à disposição dessas pessoas.<sup>17</sup>

### 3.4 A presunção de inocência

O processo penal reflete majoritariamente o que o Estado se propõe a ser. Em outras palavras, trata-se do que Cunha Martins (2013, p. 3) afirma: *o processo é microcosmo do Estado de Direito*. Em termos, contudo, de “circularidade sistêmica, estando o sistema processual inserido no sistema judiciário e este no sistema constitucional, o primeiro expressa, desejavelmente, os princípios adotados nesse último” (CUNHA MARTINS, 2013, p. 3). Isto é, em um sistema em que a Constituição está abrangendo os demais subsistemas, estes devem basear-se em seus princípios fundadores.

<sup>16</sup> Como aponta Rosmar Alencar (2018, p. 431 *et seq.*), “a acusação de setor doutrinário prestigiado é a de que os órgãos envolvidos na persecução penal têm incidido em exercício de poder que não lhes foi sufragado pela ordem jurídica brasileira vigente. Como consequência, o Estado Democrático de Direito estaria fragilizado. O assunto tomou maior repercussão em razão do uso reiterado do instituto ‘delação premiada’ e da sua divulgação instantânea pelos meios de comunicação (grande imprensa – *trial by media* – e redes sociais), tendo, como temática, o discurso de combate à corrupção.

<sup>17</sup> Não obstante a Defensoria Pública exerça papel fundamental na luta contra a desigualdade processual, ao oportunizar acesso à justiça a uma quantidade significativa de indivíduos, cumpre observar que ainda existe, no país, considerável déficit relativamente à extensão territorial dos atendimentos realizados. Segundo estudo realizado pelo Ipea, há uma quantidade considerável de cargos não providos (cerca de 40%), o que acaba se refletindo também na quantidade de comarcas que dispõem de atendimento (a Defensoria está presente em apenas 28% das comarcas). Nesse sentido, conferir: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. Mapa da Defensoria Pública no Brasil. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/defensoresnosestados>. Acesso em: 22 jan. 2020.

Nesse contexto, toda a evolução e afirmação dos direitos e garantias fundamentais ao longo da história vão se consolidar, ao menos de forma positivada, nas constituições contemporâneas, de modo a limitar o poder e a proibir seu excesso: trata-se do Estado Democrático de Direito, que visa à limitação dos poderes estatais na esfera dos indivíduos e a consolidação dos direitos e garantias fundamentais. A noção de um modelo processual que se funda nessas premissas é imprescindível para que haja o mínimo de democracia processual. Para tanto, deverá haver uma base principiológica uníssona fundada no microssistema do processo penal, que abarque garantias essenciais as quais possuam uma codependência, ou seja, que ao se desrespeitar uma garantia afeta-se, de forma reflexa, as outras garantias fundantes (BARROS, 2009, p. 15-17).

No processo penal, as garantias constitucionais mais relevantes são referentes “às liberdades públicas afetadas pela persecução penal” (PRADO, 2014, p. 16). A garantia da *presunção de inocência* é, então, consagrada no Estado Democrático de Direito e entendida no processo penal moderno como limite ao poder punitivo estatal (MUÑOZ CONDE, 2008, p. 73). Seu papel consiste em tratar o imputado como inocente até o trânsito em julgado de eventual decisão condenatória, promovendo um estado de incerteza durante a persecução penal, de tal sorte que a punição apenas se legitime quando superado esse estado em uma estrutura que permita às partes colaborarem dialeticamente na formação da convicção do julgador (PRADO, 2014, p. 17-19).

Assim, levando ao plano da evidência antes posto, a presunção de inocência deverá funcionar como *estabilizadora de expectativas* em uma lógica acusatória, de forma a significar, por meio do mecanismo da confiança por ela desencadeada, a realização de um desejo de preenchimento de um sistema acusatório. Em outros termos, a evidência deverá atuar como coadjuvante do dispositivo processo penal, constrangendo-a com a prova em contraditório e com o assentimento da presunção de inocência, exatamente para comungar esforços na contensão das pulsões inquisitoriais, vedando, assim, o juiz de produzir qualquer diligência probatória em caso de dúvida (AMARAL, 2013, p. 109-112).

Incluída no rol de garantias responsáveis por estruturar um sistema processual legítimo, a presunção de inocência caracteriza-se indiscutivelmente como uma das mais importantes ferramentas dispostas ao indivíduo perante as consequências decorrentes de eventual sujeição ao poder estatal. Tamanha é sua relevância, que Amilton Bueno de Carvalho (2001) alude ao fato de que “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto, neste momento histórico, da condição humana” (p. 51).

Malgrado isso, a Carta Cidadã Brasileira, erigida no bojo do movimento neoconstitucionalista, reconheceu a importância de que o princípio em comento se reveste, preconizando, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Nesse mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH ou “Pacto San José da Costa Rica”), recepcionada no ordenamento pátrio com *status de norma suprallegal*, dispôs, em seu artigo 8º, alusivo às garantias judiciais, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Trata-se, com efeito, de princípio reitor do processo democrático, a partir do qual é possível extrair três significados distintos, não obstante sejam eles entre si complementares, quais sejam: *presunção como norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo* (MORAES, 2010, p. 424-476).

O primeiro desses sentidos diz respeito a uma *norma (ou dever) de tratamento*, que incide tanto na dimensão interna quanto externa ao processo. Nesse viés, a garantia de inocência impõe, de um lado, que o réu seja tratado, no curso do processo, como inocente, de tal sorte que a determinação de medidas constitutivas (como as prisões cautelares) sobrevenha apenas em casos excepcionalíssimos, quando presentes motivos aptos a justificar o édito acautelatório.<sup>18</sup> Por outro lado, impõe-se também que o réu seja protegido ante a indevida publicização precoce do processo penal, evitando-se a “abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso” (LOPES JR., 2017, p. 97) e o “bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático” (LOPES JR., 2017, p. 97).

<sup>18</sup> A constrição cautelar da liberdade individual exige, necessariamente, a presença de dois requisitos essenciais, sem os quais não há de se cogitar em cerceamento provisório. São eles: o *fumus comissi delicti* (que se traduz em prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria) e o *periculum libertatis* (representado pelo provável prejuízo que o estado de liberdade pode ensejar em relação à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal).

Além disso, infere-se da presunção de inocência uma *norma probatória*, apresentando-se como exigência de que os instrumentos de prova trazidos à baila sejam efetivamente lícitos, vale dizer, produzidos em conformidade com os ditames constitucionais e legais. Nesse sentido, se alguma das partes, por ventura, trouxer ao processo informação obtida a partir de recursos espúrios – como a tortura, por exemplo – imperioso será concluir pela inadmissibilidade da eventual informação obtida como argumento idôneo a fundamentar uma hipotética decisão condenatória.

Por essa razão, afirmam Lopes Jr. e Gloeckner que “a prova a ser produzida pela acusação não pode ser qualquer prova, mas deve ser licitamente obtida [...] na dúvida sobre a licitude da produção probatória, deve a prova ser excluída” (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 78). Da mesma forma, não se revela suficiente que o “Ministério Pùblico tenha a carga processual de provar as imputações alegadas contra o réu e que tenha procedido de forma lícita. É necessário que tal prova seja incriminadora, isto é, forte o bastante para se determinar, com precisão, materialidade e autoria do crime” (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 78).

Finalmente, é possível extrair da presunção de inocência uma *norma de juízo (ou regra de julgamento)*. Nessa acepção, preconiza-se que o raciocínio judicial, levado a cabo pelo julgador, deve perfilhar uma pré-ocupação (CUNHA MARTINS, 2011, p. 11) ou predisposição cognitiva diante da inocência do acusado. Enquanto o Ministério Pùblico não houver logrado demonstrar cabalmente a existência do crime e a correspondente autoria delitiva – pois, repise-se, a carga da prova na sistemática acusatória é atribuição exclusiva do acusador – deve o magistrado considerar que aquele submetido ao processo penal é inocente, decidindo, caso findada a instrução, pela absolvição do réu.

Uma questão que se faz mister pontuar diz respeito à sistemática subversão ao postulado da presunção de inocência levado a cabo pelos mecanismos de justiça negocial. Com efeito, ao atribuírem sobrelevada relevância às declarações autoincriminatórias externalizadas pelo imputado, os institutos negociais promovem um inquestionável retorno ao ultrapassado sistema tarifado de provas, no qual a confissão se afigurava como *regina probatium*, isto é, rainha das provas. Como observa Vasconcellos (2015, p. 176-177), “ao se legitimar um mecanismo de barganha, acaba-se por afastar toda a construção das regras processuais como limitadoras da formação da culpa na justiça criminal”.

Nesse diapasão, tem-se que a presunção de inocência – notadamente em sua perspectiva probatória – resta largamente fragilizada, porquanto, ao se promover o afastamento da fase instrutória processual, mediante a simples homologação de uma declaração autoincriminatória, não se queda possível confrontar a conformidade dos elementos informativos preliminarmente coligidos (num procedimento fundamentalmente inquisitório, consoante já se observou) em relação às normas processuais que efetivamente condicionam o desenvolvimento do raciocínio jurisdicional. O efeito disso nada mais é do que um “evidente retorno ao passado, que desautoriza a democrática imposição de necessidade de provas sólidas e lícitas para a fragilização da presunção de inocência”.

Ademais, calha asseverar que, ao se proceder às negociações, costuma-se oferecer ao acusado duas alternativas: ou ele aceita a proposta de acordo, declarando-se culpado e renunciando ao direito de ter um devido processo legal, tudo em troca de uma sanção mais leniente, ou ele recusa o acordo e se sujeita ao risco de ter de cumprir, caso condenado, uma pena muito mais gravosa do que aquela que lhe seria imposta caso aceitasse a proposta. Isso possibilita, segundo Vasconcellos (2015, p. 172), a superveniência de “condenações que seriam inviáveis em julgamento em conformidade com o devido processo penal”, na medida em que a coerção exercida sobre acusado é tamanha que lhe faz consentir com a concretização antecipada do poder punitivo estatal mesmo – não raras vezes – não sendo ele o efetivo autor das alegadas condutas delituosas.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Em 1985, seis indivíduos foram acusados do estupro e assassinato de Helen Wilson, residente de Beatrice, pacata cidade em Nebraska (EUA), no que ficou conhecido como “The Beatrice Six”. Dos seis réus, cinco alegaram ser culpados (plead guilty), confessando a prática do crime, uma vez que, se condenados pelo Júri, poderiam ser sentenciados à pena de morte. Em 2008, no entanto, o único réu que não havia se declarado culpado, Joseph White, conseguiu direito à realização de novo teste de DNA em evidências preservadas da cena do crime, ao que ficou comprovado que nenhum dos seis havia participado do delito. Segundo os testes realizados, o assassino, na verdade, era Bruce Allen Smith, residente temporário daquela cidade, que havia morrido em 1992. Dentre os cinco réus que haviam aceito o acordo de barganha, mesmo sendo efetivamente inocentes, três testemunharam contra Joseph White em troca de benefícios na condenação. Ao todo, os seis acusados cumpriram 70 anos de prisão.

Tal cenário, de inexorável coercibilidade, enseja, por evidente, um absoluto aviltamento à presunção de inocência em sua perspectiva como *dever de tratamento*, haja vista a existência de um interesse da acusação (frequentemente aquiescido pelo Judiciário) em que o imputado consinta com a antecipação da sanção penal, satisfazendo-se, integralmente, sem a existência de um devido processo e, portanto, sem a observância das garantias conformadoras de um sistema processual efetivamente democrático: a pretensão acusatória.

### 3.5 O direito à (ampla) defesa e à garantia do contraditório

Conforme assinalado no início deste artigo, o direito à (ampla) defesa e à garantia do contraditório representam princípios constitutivos do devido processo legal, cuja elevada importância justificou a expressa inclusão deles no rol de direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que, a despeito de possuírem significados semelhantes, os dois princípios se identificam com esferas protetivas diferentes. Em que pese essa distinção – de natureza preci-  
puamente teórica –, é possível observar, entre eles, uma íntima relação de reciprocidade. Como afirma Ada Pellegrini Grinover *et al.* (1992),

defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, por quanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida (p. 63).

Com efeito, pode-se compreender o contraditório, de um lado, como *direito à informação*, relacionando-se à imprescindibilidade de que seja oportunizado às partes o conhecimento a respeito de todos os elementos fáticos e jurídicos atinentes ao caso penal em análise. De outro lado, esse princípio manifesta-se como *direito à reação*, na medida em que não basta simplesmente estabelecer as condições para que as partes conheçam o processo: é necessário que elas possam, de maneira efetiva, em posição de igualdade, influenciar a formação do convencimento do julgador.<sup>20</sup>

O direito à ampla defesa, por sua vez, exsurge a partir do imperativo de que o réu possa conhecer o processo e nele efetivamente atuar (ou reagir). Diferentemente, contudo, do contraditório – que incide tanto em favor da acusação quanto do acusado –, a ampla defesa se destina fundamentalmente a este último, materializando-se em duas dimensões: defesa técnica e defesa pessoal.

Num primeiro momento, como *defesa técnica*, este princípio pressupõe “a existência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional, que será tratado como advogado de defesa, defensor ou simplesmente advogado” (LOPES JR., 2017, p. 98). Nessa toada, afigura-se mister garantir ao acusado a assistência jurídica de um profissional que detenha vasto conhecimento técnico, suficiente para enfrentar, de maneira paritária, as hipóteses acusatórias ventiladas pelo querelante ou pelo Ministério Público.

O fundamento deste princípio, segundo preleciona Lopes Jr., decorre da “exigência de equilíbrio funcional entre defesa e acusação e também de uma acertada presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições com o acusador” (LOPES JR., 2017, p. 98). Nesse diapasão, presume-se que o réu, isoladamente, não possui condições de combater, de maneira igualitária, as acusações que lhe recaiam, exigindo-se, portanto, a assistência de um profissional especializado que satisfaça essa lacuna.

Em razão da natureza pública, que perpassa a dimensão principiológica em comento, sustenta a doutrina – sendo pacificamente acompanhada pela jurisprudência<sup>21</sup> – que a defesa técnica consiste em garantia indisponível. Com efeito, além de se apresentar como instrumento protetivo individual do sujeito passivo, é possível observar um interesse social (ou metaindividual) de que o caso penal seja corretamente apurado, evitando que pessoas inocentes sejam injustamente submetidas a uma sanção penal. Por tal razão, não se facilita

<sup>20</sup> Nesse sentido, afirma Lopes Jr., com arrimo nos ensinamentos de Elio Fazzalari, que o contraditório “deve ser visto em duas dimensões: no primeiro momento, é o direito à informação (conhecimento); no segundo, é a efetiva e igualitária participação das partes. É a igualdade de armas, de oportunidades” (LOPES JR., 2017, p. 98).

<sup>21</sup> Nessa direção, enuncia a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

ao réu, a pretexto de “simplificar” ou “baratear” o processo, que renuncie à defesa técnica, de modo que, não podendo arcar com os custos advindos de um patrocínio jurídico, deve o Estado fornecer-lhe assistência gratuita e efetiva.

Noutro viés, extrai-se da ampla defesa um postulado de *defesa pessoal* (ou autodefesa) representado pela faculdade, que se apresenta ao acusado de atuar “pessoalmente, defendendo a si mesmo como indivíduo singular, fazendo valer seu critério individual e seu interesse privado” (LOPES JR., 2017, p. 101). Distintamente da dimensão antes analisada, a autodefesa afigura-se como garantia renunciável, remetendo-se ao “âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando, inclusive, o silêncio” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 77).

Questão assaz problemática diz respeito à (indevida) importação dos instrumentos de justiça negocial ante o ordenamento jurídico pátrio. De fato, os acordos processuais realizados entre acusação e defesa presupõem, a partir de uma subvertida lógica eficientista, a simplificação do procedimento que normalmente deveria ser observado caso nenhum acordo sobrevisse.

Nessa senda, Bernd Schünemann, importante jurista alemão, ao discorrer acerca dos motivos que justificam a crescente tendência de importação dos institutos norte-americanos à realidade penal latina, afirma que é precisamente a simplificação (e consequente aceleração) procedural a razão que subjaz a hodierna “*marcha triunfal do modelo norte-americano do processo penal*”. Segundo esclarece o autor:

Acredito (o que à primeira vista parece paradoxal) estarem estes motivos ancorados exatamente nas suas debilidades, nos seus déficits em relação aos mandames do estado de direito, pois que neste modelo, por trás da reluzente fachada de um modelo ideal – o adversarial –, para mais de 90% dos casos vige algo bem diverso: uma prática de sentenciamento acelerado, levada a cabo pelos órgãos de investigação sem qualquer controle judicial sério. Não é sua conformidade com os valores do estado de direito, mas são pelo contrário suas debilidades, que fazem hoje em dia o sistema norte-americano parecer tão atraente para os órgãos de persecução penal europeus e para a legislação por estes influenciada (SCHÜNEMANN, 2013, p. 242).

Essa simplificação acarreta, dentre outras consequências, a renúncia (não raras vezes involuntária, em razão dos intensos mecanismos coercitivos que circundam os expedientes negociais, como já sublinhado) do direito fundamental de defesa do acusado. Com efeito, para que os pretensos benefícios decorrentes do acordo possam incidir, o réu precisa declaradamente renunciar ao seu direito de defesa, abdicando, por conseguinte, da possibilidade de produzir provas e, em última análise, assentindo com o completo esvaziamento do mais importante instrumento de defesa do indivíduo ante o poder estatal, garantidor de um processo efetivamente justo e democrático e conformador de uma episteme processual fundamentalmente garantista e acusatória – o devido processo legal.

#### 4 NOTAS CONCLUSIVAS

A partir das reflexões desenvolvidas neste trabalho, resta agora possível concluir que:

1. A Constituição da República Federativa do Brasil perfilhou uma série de garantias limitadoras do exercício do poder punitivo do Estado. Essas garantias encontram-se consubstanciadas na cláusula constitucional do devido processo legal, e exigem, à efetiva e legítima aplicação de uma pena, que o conjunto normativo limitador do poder punitivo seja rigorosamente observado.
2. A partir da cláusula do devido processo legal, é possível extrair um conjunto de normas responsável por constituir o sistema epistemológico garantista. Essas normas materializam-se destacadamente no princípio da jurisdicionalidade; no princípio acusatório (separação entre as atividades jurisdicionais e acusatórias); na obrigatoriedade da ação penal; na presunção de inocência; no direito à ampla defesa; e no direito ao contraditório.
3. Os mecanismos de justiça negocial são instrumentos jurídicos que visam essencialmente à simplificação do procedimento penal, com vistas a torná-lo supostamente mais efetivo. Sucedeu que, a pretexto de simplificar o caminho necessário à aplicação de uma pena, os referidos institutos terminam por relativizar (ou, em casos mais extremos, suprimir) garantias fundamentais, as quais, por força de sua natureza constitucional, deveriam ser compreendidas como absolutamente insuscetíveis a medidas que importassem na diminuição de sua carga axiológico-normativa.

4. Nesse diapasão, percebeu-se que os instrumentos negociais ensejam, primeiramente, o esvaziamento teleológico da garantia da jurisdicionalidade (mormente em seu sentido estrito), na medida em que permitem a aplicação de uma pena a despeito da inexistência de um processo penal devidamente instruído.
5. Além disso, verificou-se que os instrumentos consensuais promovem relativização à obrigatoriedade da ação penal, uma vez que os acordos processuais reclamam a abertura de um espaço de discricionariedade (ainda que limitada em Lei) por meio da qual se apresenta à acusação a possibilidade de não oferecimento da denúncia ainda que os requisitos determinantes da instauração do processo estejam presentes. Isso torna-se sobremaneira problemático ao oportunizar ao órgão acusador o exercício de um juízo incondicional ou ilimitado (e por isso mesmo arbitrário) relativamente à necessidade da propositura do acordo, o que contraria, ademais da obrigatoriedade da ação penal, os princípios da legalidade e da igualdade.
6. Do mesmo modo, foi possível constatar que os mecanismos de justiça negocial afiguram-se potencialmente prejudiciais à tutela do princípio da presunção de inocência. Isso ocorre, em primeiro lugar, em razão do inegável contexto de coercibilidade social e jurídica que circunda a propositura do acordo, responsável por conduzir pessoas inocentes a declararem-se culpadas em razão do receio de serem mais severamente punidas.
7. Além disso, verificou-se frontal prejuízo à tutela da inocência em sua perspectiva *probatória*, uma vez que, havendo supressão da fase instrutória-processual – assim como dos direitos a ela correlatos (como a ampla defesa e o contraditório) –, não se queda possível confrontar a conformidade dos elementos informativos em relação às normas procedimentais a eles previstas.
8. Finalmente, é também possível depreender dos mecanismos negociais um gravoso e inadmissível fortalecimento de uma estrutura processual inquisitória.
9. Nesse sentido, considerando que os mecanismos negociais se fundamentam nos dois elementos mais determinantes da estrutura processual inquisitória – quais sejam, o segredo (em razão da prevalência do inquérito e dos atos de investigação) e a confissão (em virtude destacada importância conferida às declarações autoincriminatórias) –, conclui-se que os instrumentos de justiça consensual têm o condão de proceder ao reforço de um processo penal cuja *práxis* já se revela lastimavelmente contaminada por práticas autoritárias.
10. Por todo o exposto, é possível concluir que os mecanismos de justiça negocial representam potenciais obstáculos à efetiva tutela dos direitos e garantias fundamentais. Nesse contexto, tem-se que, caso efetivamente recepcionados no ordenamento jurídico pátrio, as propostas hodiernas de ampliação dos espaços de consenso poderão agravar um sistema jurídico já muito calejado por uma mentalidade punitivista, que se manifesta a partir de práticas inquisitórias deletérias à Constituição da República e ao Estado Democrático de Direito.

## 5 REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória. *Revista Parahyba Judiciária*, v. 11, 2018, p. 413-439. Disponível em: [https://jfpe.gov.br/images/stories/docs\\_pdf/biblioteca/artigos\\_periodicos/RosmarAntonniRodriguesCdeAlencar/Limites\\_parahyba\\_judiciaria\\_n11\\_2018.pdf](https://jfpe.gov.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/RosmarAntonniRodriguesCdeAlencar/Limites_parahyba_judiciaria_n11_2018.pdf). Acesso em: 16 mar. 2019.
- ALSCHULER, Albert W. "Plea Bargaining and Its History". *Columbia Law Review*, v. 79, Columbia, 1979.
- AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 85-115, jan./jun. 2013.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BARROS, Flaviane Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal*: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *O devido processo legal*: escudo de proteção do acusado e a práxis pretoriana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 58, p. 232 a 279, jan./fev. 2006.

- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Lei, para que(m)?* Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Coord. Alexandre Wunderlich. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2002.
- CORDERO, Franco. *Guida allá procedura penale*. Torino: Utet, 1986.
- CUNHA MARTINS, Rui. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3.
- CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do Direito: The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consentuada*. Algunos modelos del derecho comparado en los EE.. UU, Italia y Portugal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *As nulidades no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- HEUMANN, Milton. *Plea bargaining. The experiences of prosecutors, judges and defense attorneys*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.
- LAMAS, Lívia Paula de Almeida. *Aplicação da pena nos Estados Democráticos de Direito à luz do garantismo: aspectos polêmicos do Código Penal brasileiro*. 2010. 101 f. Dissertação (Mestrado) – PUC-RIO. Rio de Janeiro, 2010.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOPES, Marcos Antônio. De Deus ao Rei: O direito sagrado do mando (implicações teológico-religiosas na teoria política moderna). *Sínteses*, n. 118, 2010, p. 216 et seq. Disponível em: <http://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/848/1277>. Acesso em: 23 mar. 2019.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre; LOPES JR., Aury. Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a Jato. *Delação premiada no limite: a controvérsia justiça negocial made in Brazil*. Florianópolis: EMais, 2018.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo. *Revista Penal*, n. 23, p. 73-114, 2008, p. 73.
- PAVÓN, Pilar Gomes. Cuestiones Actuales del Derecho Penal Económico: el Principio de Legalidad y las Remisiones Normativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 48, p. 108 a 163, maio/jun. 2004.
- PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? *Sistemas Processuais Penais*. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. Trad. Danielle Soares Delgado Campos. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

# A LIBERDADE DE CRENÇA E CULTO, O SACRIFÍCIO DE ANIMAIS E A APLICAÇÃO DA RAZOABILIDADE À LUZ DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 494.601/RS

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.230-241>

Recebido em: 7/9/2020  
Aceito em: 18/11/2020

***Marcus Geandré Nakano Ramiro***

Universidade Cesumar (UniCesumar). Av. Guedner, 1610 – Jardim Aclimação. CEP 87050-390. Maringá/PR, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/6416806814615848>. <http://orcid.org/0000-0001-7731-5957>. [marcus.geandre@gmail.com](mailto:marcus.geandre@gmail.com)

## **RESUMO**

A liberdade religiosa, à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi consagrada na legislação pátria, pela Constituição Federal de 1988, como um direito fundamental, desdobrando-se na liberdade de crença e culto. Essa liberdade corre o risco de ser ameaçada, principalmente quando se trata de religiões minoritárias no país, como no caso daquelas que incluem o sacrifício de animais em suas liturgias. Tal assunto, sempre muito controvérsio, encontrou respaldo jurisprudencial ao ser discutido em sede de Corte Constitucional quando se exigiu um apurado debate sobre o assunto e o correto uso dos postulados normativos para sua aplicação, compreensão e concretização, o que se busca analisar no presente artigo como forma de colaborar na evolução das instituições jurídicas e na consolidação da democracia.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Princípios. Liberdade religiosa. Razoabilidade. RE 494601.

**FREEDOM OF BELIEF AND WORSHIP, SACRIFICE OF ANIMALS AND THE APPLICATION OF REASONABILITY IN THE LIGHT OF THE JUDGMENT OF EXTRAORDINARY RESOURCE 494.601 / RS**

## **ABSTRACT**

Religious freedom, in the light of the Universal Declaration of Human Rights, was enshrined in national legislation, by the 1988 Federal Constitution, as a fundamental right, unfolding in freedom of belief and worship. This freedom is in danger of being threatened, especially when it comes to minority religions in the country, as in the case of those that include animal sacrifice in their liturgies. This subject, always very controversial, found support in jurisprudence when it was discussed at the Constitutional Court when an accurate debate was demanded on the subject and the correct use of normative postulates for its application, understanding and concretization, which is sought to be analyzed in this article as a way to collaborate in the evolution of legal institutions and in the consolidation of democracy.

**Keywords:** Fundamental rights. Principles. Religious freedom. Reasonability. RE 494601.

## **SUMÁRIO**

1 Introdução. 2 A liberdade religiosa e o sacrifício de animais. 2.1 Liberdade de crença e culto. 2.2 O sacrifício de animais em cultos religiosos e o direito à vida animal não humana. 3 Os postulados normativos e o conflito de regras e princípios. 4 A aplicação da razoabilidade à luz do julgamento do RE 494.601/RS. 4.1 Aspectos materiais do RE 494.601/RS. 4.2 A aplicação do postulado da razoabilidade. 5 Conclusão. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O julgamento de temas que refletem fortemente no Estado Democrático de Direito, principalmente quando chegam à Corte Constitucional, deve sempre gerar no mundo jurídico e acadêmico uma inquietação que conduza o jurista ao aprofundamento e, por que não, à validação, à luz de outros paradigmas, daquilo que se encontra em debate.

Para isso, o presente artigo percorre os fundamentos para a correta compreensão da liberdade religiosa garantida pela Constituição Federal de 1988, demonstrando seu desdobramento na liberdade de crença e culto, diferenciando-as e dando sua extensão e implicações pragmáticas. O culto, ultrapassando o mundo das ideias, exige do fiel meios de exteriorização daquilo em que crê, gerando condutas que, em virtude de sua origem – muitas vezes não majoritária –, geram questionamentos se seriam aceitáveis ou não, sendo necessário investigar os limites desse culto ante a outras garantias advindas do Estado Democrático.

Justamente com foco nestes cultos minoritários no Brasil, vem a questão do sacrifício dos animais, sua imolação dentro dos rituais exigidos por algumas religiões e sua aceitabilidade. Seria lícita a subjugação dos animais para a satisfação das necessidades humanas para além da subsistência, ou já é possível vislumbrar, na legislação, gérmenes de uma mudança da visão legislativa antropocêntrica para uma que seja mais biocêntrica?

Para a resposta a tais perguntas, além da vontade política necessária para se empreender tal caminhada, enquanto ela não acontece, há que se valer dos métodos corretos para que a vontade do legislador constituinte seja respeitada e o tempero constitucional garanta a democracia fundante. Por isso o estudo dos postulados normativos e a oportunidade de, unindo assuntos da mais alta relevância principiológica,vê-los em debate de sede constitucional, verifica sua aplicação, colaborando como modelo para outras decisões, conduzindo para a compreensão de que, ao se deixar de respeitar um postulado, não há afronta a ele, mas necessariamente à norma em debate, que poderá deixar de ser corretamente aplicada por falha em seu suporte metodológico.

Desta forma, busca-se unir o conhecimento a assuntos da mais alta relevância no mundo do direito ao estudo dos postulados e sua correta aplicação, acreditando ser oportuno e necessário para o desenvolvimento das instituições jurídicas e sua inerente segurança.

## 2 A LIBERDADE RELIGIOSA E O SACRIFÍCIO DE ANIMAIS

### 2.1 Liberdade de crença e culto

A Constituição Federal de 1988 assegurou, dentre os direitos fundamentais, a liberdade religiosa, desdobrada na liberdade de crença e culto. À luz das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, que culminaram na posterior Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), entendeu o legislador constituinte que estaria, dentro das condições básicas de respeito à dignidade e das condições mínimas para o desenvolvimento da personalidade humana, garantir esse direito.

Conforme o artigo XVIII da DUDH, a liberdade religiosa “implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado”. Assim, nesta esteira, o legislador constituinte consignou no artigo 5º, inciso VI, a tutela da liberdade religiosa no Brasil, manifestada por meio da liberdade de crença e culto, representando “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

Na liberdade de crença há possibilidade de – na seara religiosa – acreditar-se no que se quiser, ou mesmo não acreditar em nada, sendo problema interno do ser humano, problema de fé, sem necessidade de exteriorização. Já na liberdade de culto, há possibilidade ou necessidade – conforme algumas religiões – de se realizar o culto conforme exigido pela fé e levar essa mesma mensagem de fé cultuada a outras pessoas, sendo, então, o culto, conforme Cretella Júnior (1997, p. 2.018), “a fé exteriorizada”.

Até pouco tempo ainda não se tinha jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores sobre o tema, o que foi suprido por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439 (que se debruçou sobre a constitucionalidade do ensino religioso confessional em escolas públicas, com decisão proferida em 27 de setembro de 2017), bem como o julgamento do Recurso Extraordinário 494.601/RS (tema de estudo do presente artigo), com decisão proferida em 23 de março de 2019.

Sobre a questão da liberdade de crença e culto no Estado laico, os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal parecem finalizar essa discussão em sede de Corte Constitucional, como se apresenta no julgamento deste último:

Todos são livres em direitos e dignidades. Todos são livres para adotar a sua orientação pessoal, pedagógica, sexual, bem como sua indicação ao seu pendor religioso. O parâmetro de controle é exatamente a Constituição na medida em que ela torna inviolável esse direito de praticar-se a religião da forma que melhor se convence. Todos nós temos nossas divindades e acreditamos nos nossos deuses. E, juridicamente, essa é uma questão extremamente simples porque é um direito fundamental, como aqui já foi destacado, que garante a liberdade de crença e, acima de tudo, a liberdade de praticar os seus cultos, e *a fortiori* esses cultos são acompanhados de liturgias (Voto do Ministro Luiz Fux).

Insisto, um Estado não consagra verdadeiramente a liberdade religiosa sem absoluto respeito aos seus dogmas, suas crenças, liturgias e cultos. O direito fundamental à liberdade religiosa não exige do Estado concordância ou parceria com uma ou várias religiões; exige, tão somente, respeito; impossibilitando-o de mutilar dogmas religiosos de várias crenças (Voto do Ministro Alexandre de Moraes).

Assento, desde o início, que o tema aqui versado cuida de liberdade religiosa. E a liberdade religiosa, tal como a vejo, é um direito fundamental das pessoas; é um direito que está associado às escolhas mais essenciais e mais íntimas que uma pessoa pode fazer na vida, tanto a de professar uma religião como a de não professar nenhuma religião. Mas essa é uma escolha existencial na qual o Estado não deve interferir, salvo para assegurar o exercício adequado desse direito. Devo dizer que sou um antigo e intenso defensor da liberdade religiosa por muitas razões, até, inclusive, pessoais. Mas, mesmo no caso que nós discutimos aqui, do *homeschooling*, do direito de as famílias educarem seus filhos em casa, adotei uma posição que não prevaleceu de que, em nome da liberdade religiosa, as famílias tinham o direito de fazer essa opção. Eu, pessoalmente, nem acho melhor; acho melhor a escolarização normal, porém, penso que as pessoas, seja qual for o seu credo, têm esse direito de optar por uma educação doméstica religiosa. Apenas enfatizo esse ponto porque, defensor que sou do Estado laico, defendo o direito de as pessoas professarem as suas religiões na intensidade em que optarem por fazer (Voto do Ministro Roberto Barroso).

Ao garantir a liberdade de culto, portanto, quis o legislador constitucional proteger os rituais de cada religião e a possibilidade de fidelidade aos costumes e às tradições inerentes às liturgias, mas conferiu ao legislador infraconstitucional (em consonância com o texto maior) os eventuais direcionamentos e restrições que julgar cabíveis, de modo que a garantia prevista no inciso VI, do artigo 5º, não se apresenta absoluta, devendo ser sempre interpretada à luz da Constituição como um todo e, ainda, no que couber, aos direcionamentos da legislação infraconstitucional.

O cuidado que se deve ter ao analisar tais questões e limitações não deve, entretanto, envolver aquilo que se acha certo ou errado em sede de religião, mas aquilo que realmente envolva ilicitude clara e objetiva seja nos termos da norma constitucional ou infraconstitucional.

Assim sendo, os locais de culto e as liturgias são protegidos pela Constituição Federal, mas, se dentro do culto, houver afronta a outros direitos também constitucionalmente garantidos, há que se relativizar tal princípio para harmonizá-lo dentro do contexto constitucional e se alcançar o Estado Democrático de Direito querido, ou seja, se dentro de um local de culto estiver acontecendo – por exemplo – um ato criminoso, há que se intervir neste local, mesmo sendo constitucionalmente protegido; se um culto exigir – ainda em sede de exemplo – a realização de ato ilegal, poderá haver restrições a ele, mesmo que o ato seja costumeiro ou tradicionalmente inerente ao culto que se pretende realizar.

## 2.2 O sacrifício de animais em cultos religiosos e o direito à vida animal não humana

Há, na atualidade, uma forte corrente doutrinária em defesa dos direitos dos animais, apresentando a ascensão de possíveis paradigmas que dispõem como necessário o repensar da superioridade do ser humano dentro do reino animal, que coloca os demais na condição de objetos e lhes nega a titularidade dos direitos à

vida, à integridade física e à liberdade. Neste novo paradigma, os seres humanos deveriam repensar a necessidade de uma convivência harmônica com todas as demais formas de vida da Terra, de modo particular com os animais não humanos (SILVA, 2007).

Este pensamento busca migrar de um antropocentrismo para um biocentrismo (LEVAI, 2006), quando o ser humano deve assumir o dever de preservar a natureza, respeitando o valor de todos os seres vivos, deixando de explorar o meio ambiente apenas com fins de satisfação de seus interesses, mas harmonizando-se com ele e cuidando da vida em todos os seus aspectos, de modo que o abate desmedido de animais (mesmo para consumo humano), seu uso para fins laborais, culturais ou religiosos, deve ser uma prática aos poucos minorada e, quiçá, ao fim, desaparecida.

Apesar do avanço de tais pensamentos, não se encontra no texto constitucional brasileiro vigente norma que proíba a morte ou o sacrifício de animais, limitando-se o legislador constitucional a vedar, na forma da lei, práticas que coloquem em risco a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade (cf. artigo 225, §1º, inciso VII c/c §7º da Constituição Federal), de modo que o que é vedado constitucionalmente é o abate ou a submissão de animais à crueldade, e que, para maior clareza e aplicação, deve ainda ser regulamentado em lei infraconstitucional.

No campo do Direito Internacional há a participação do Brasil como signatário da Declaração Universal dos Direitos dos Animais (1978) sendo, entretanto, uma declaração proclamada em conferências e instâncias desprovidas de personalidade jurídica internacional, trazendo aos Estados signatários simples compromissos políticos de caráter indicativo, mas que expõe, em seu artigo 11, vale ressaltar, que a morte desnecessária de um animal constitui um biocídio, ou seja, um crime contra a vida.

A pergunta que se faz no caso é a abrangência da “necessidade” supramencionada, indagando se a morte de animais não humanos em cultos religiosos se encaixaria nela ou não. Para os defensores dos direitos dos animais, dentro de um contexto de evolução sociológica necessária das religiões, tal prática deveria ser extinta, prescindindo do sacrifício animal a partir de novas interpretações inerentes às reflexões de hoje no campo de tais direitos (LOURENÇO, 2007) e valendo-se, ainda, do caráter não absoluto da liberdade de culto, que vai até onde a lei lhe permitir, quando já não é aceito o sacrifício de seres humanos, por exemplo.

No campo jurisprudencial, tal debate encontrou destaque no julgamento do Recurso Extraordinário 494.601/RS (um dos objetos de análise deste artigo), no qual justamente foi discutida a abrangência da necessidade anteriormente levantada, quando os representantes de várias religiões, que se valem do sacrifício de animais em seus cultos (principalmente as de matriz africana) e que figuraram como *amici curiae* no processo, se manifestaram indicando o contexto, a necessidade e a sacralidade do sacrifício dos animais em seus cultos, ultrapassando a visão de vida apresentada pelos defensores dos direitos dos animais, quando a sacralização teria um caráter integrativo e de respeito com a natureza, o que não acontece no caso do abate (aos milhões) para consumo humano e sobre o qual nem sequer há discussão.

Assim sendo, entenderam os ministros – por unanimidade neste ponto – que “um Estado não consagra verdadeiramente a liberdade religiosa sem absoluto respeito aos seus dogmas, suas crenças, liturgias e cultos. O direito fundamental à liberdade religiosa não exige do Estado concordância ou parceria com uma ou várias religiões; exige, tão somente, respeito; impossibilitando-o de mutilar dogmas religiosos de várias crenças” (Voto do ministro Alexandre de Moraes, p. 41).

Na exposição dos *amici curiae* ficou claro que o sacrifício de animais nas religiões de matriz africana corresponde a um contato simbólico entre o humano e o divino por meio da morte real de um animal, sendo parte indispensável de sua ritualística mágica, de modo que impedir a sacralização seria uma interferência que descaracterizaria de maneira irreparável seus cultos. Somado a isso, no voto dos ministros ainda se destacam outras religiões – que não de matriz africana, como o judaísmo e o islamismo –, nas quais também tais práticas são parte integrante e essencial de suas liturgias.

Quanto ao uso de crueldade ou maus tratos no processo de sacralização, ficou patente que isso não há, sendo inclusive proibido nas diversas religiões que se valem da prática; entretanto, é impossível assegurar que não haja quem assim o faça (principalmente nos casos de prática de magia do mal, comumente chamada de magia negra), o que, no caso, se encaixaria na vedação constitucional já existente, sendo a única cabível na discussão. Assim, destacou o ministro Alexandre de Moraes em seu voto:

O candomblé não utiliza mais o termo sacrifício – exatamente para afastar qualquer possibilidade de maus tratos aos animais – mas sim “Sacralização”, pois como sacerdotes da religião, especialmente treinados, irão realizar o ato com os rigores e o respeito que o culto exige. As oferendas de alimentos aos Orixás são componentes essenciais dessa religião de matriz africana, inclusive os animais escolhidos para servirem de alimento tem identificação com a própria divindade; por exemplo, para XANGO, o Orixá da Justiça, são destinados galo, carneiro, bode; para IEMANJÁ, mãe de todos os Orixás e Rainha das Águas, são destinados carneiro, pato, galinha e para EXU, Orixá da Ordem e Disciplina, são destinados galos e bode preto (p. 46).

Há todo um ritual e procedimento que devem ser seguidos na sacralização dos animais, com extremo rigor e respeito. Salvo se for criado na casa, o animal deverá chegar, no mínimo, 24 horas antes, onde será realizada a higiene do animal, primeiro com banho de água, depois de água com ervas e incensados; sem qualquer ato de maus tratos, ofensa ou agressão física aos animais, que possa causar sofrimento ou danos. Conforme a crença do Candomblé, o clímax do culto religioso ocorrerá com a realização do contato entre adepto e divindade, por meio do alimento “sangue”, considerado a fonte da vida, que irá “regar os objetos sagrados” e os Orixás, sendo misericordiosos, permitem que a carne das oferendas – preparada com azeite de dênde, mel de abelha ou outros ingredientes dependendo da ocasião – seja distribuída aos participantes e mesmo com toda a comunidade, quando os cultos são maiores e em datas festivas. Todos os alimentos são oferecidos acompanhados por cantos especiais.

Desta forma, chega-se à conclusão de que há toda uma liturgia presente, não sendo algo inventado de um dia para o outro, e que, dentro de um contexto de crença até mesmo supera o respeito e significado da vida dos animais, defendida pela linha de pensamento que o deseja proibir.

Dentro do direito comparado, foram citados nos votos vários casos em que a liberdade religiosa foi devidamente respeitada em outros países, como na Alemanha, onde o Tribunal Constitucional considerou o direito de um açougueiro muçulmano de fazer o abate dos animais conforme indica sua religião; na Áustria, onde se considerou que o abate de animais sem anestesia é um costume religioso que deve ser respeitado; na Polônia, onde a liberdade religiosa superou a proibição do abate de animais conforme costumes dos cultos a partir do respeito à garantia da liberdade de religião e o artigo 9º da Convenção Europeia de Direitos do Homem; e na Índia, onde a Suprema Corte recusou-se a banir a prática de sacrifício animal para fins religiosos, com a justificativa de que o assunto é muito sensível e que não se pode fechar os olhos para práticas tradicionais e argumentos de fé que são seguidos há séculos.

### 3 OS POSTULADOS NORMATIVOS E O CONFLITO DE REGRAS E PRINCÍPIOS

Tendo, pois, à frente um aparente conflito entre princípios, há que se buscar na Teoria do Direito o modo de se resolver tal impasse. Dentre os objetivos deste artigo, está o uso da correta nomenclatura e compreensão deste esforço intelectual que ultrapassa a mera técnica e se concretiza num requintado sistema de sopesamento entre os assuntos da mais alta vontade do povo, manifestada nos princípios que lhe são mais caros e indispensáveis para garantia do Estado Democrático de Direito.

Não é difícil se encontrar, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a apresentação deste árduo trabalho como um princípio, o que, ao se fazer, confere-lhe uma força e função no ordenamento jurídico que ele não possui. É comum encontrar-se “princípio da proporcionalidade”, “princípio da ponderação”, “princípio da razoabilidade” como meios para resolver justamente problemas de conflitos entre princípios, o que já seria difícil de onomasticamente se compreender, quanto mais ainda o será por ver que tais institutos não conduzem à promoção de um fim, nem prescrevem comportamentos (compostos básicos de um princípio), mas apenas indicam modos de raciocínio e de argumentação ligados a normas que indiretamente exigem tais comportamentos.

Neste sentido, segue-se o pensamento de Ávila (2005) e Alexy (2008), que apresentam tais institutos como “postulados” (para o primeiro) ou “máximas” (para o segundo), como forma de sopesamento quando normas de direito fundamental colidirem entre si. Para Ávila (2005, p. 88), os postulados “estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras”, de modo que, quando não são respeitados, não há violação de postulados, mas, sim, das normas que deixam de ser aplicadas corretamente por falta de utilização adequada dos institutos que garantem sua correta aplicação.

Os princípios, conforme Alexy, possuem um mandamento de otimização, o que não ocorre no caso da aplicação das máximas, que se apresentam como deveres estruturais que vinculam elementos e ordenam determinada relação entre eles, dando razões substanciais para a aplicação das normas. Esse trabalho, como já citado brevemente, não deve ser chamado de técnica jurídica, uma vez que, na escala de conhecimento, a técnica é um simples aprimoramento do saber-fazer, e, no caso, se está falando de um requintado trabalho científico e filosófico de se sopesar aquilo que de mais importante existe no ordenamento jurídico.

Dito isto, será importante destacar que os postulados normativos ou máximas não se apresentam todos da mesma forma, necessitando de um esmerado trabalho do aplicador na ordenação de vários elementos que, eliminando os conflitos normativos, vão auxiliar na preparação da decisão. Tanto para Ávila (2005) quanto para Alexy (2008), tais postulados (ou máximas) apresentam-se por meio da ponderação, da razoabilidade e da proporcionalidade, cada um com uma exigência e aplicabilidade em casos específicos, e não de maneira geral ou igual, como se pode pensar num olhar menos apurado.

A ponderação trata-se de um método que busca atribuir pesos a elementos coligados sem que haja uma referência específica que indique como será feito este sopesamento, de modo que será indispensável a utilização de alguns critérios sem os quais seria inútil ponderar. Conforme Ávila (2005), independentemente de quais forem os elementos que serão sopesados, será necessário preparar uma intensa estrutura para fazê-lo, ou seja, haverá sempre uma “preparação da ponderação”, quando, ao se analisar cuidadosamente todos os elementos e argumentos envolvidos, há que se indicar clara e antecipadamente o que será objeto de sopesamento, a fim de que isso seja parte integrante da decisão posterior. De tudo isso, se procederá o sopesamento mostrando os fundamentos da relação estabelecida entre os elementos (princípios ou regras) e indicando a relação de hierarquia entre eles, de modo que a reconstrução da ponderação tão bem alinhavada deve ser, que poderá ser aplicada, em tese, em outros casos.

Isso, porém, não é o suficiente. Diante da dificuldade do estabelecimento de critérios objetivos para ser feita, a ponderação deve ser acompanhada da concordância prática e da proibição do excesso, como formas de completá-la. No primeiro requisito, tendo em vista se tratar de princípios que não podem simplesmente deixar de existir no ordenamento jurídico, se busca harmonizar – no que for possível – tais valores em conflito; no segundo, tem-se que um princípio constitucional não poderá sofrer uma restrição a ponto de se retirar na totalidade sua eficácia, ou seja, “indica que a aplicação de uma norma, regra ou princípio não pode implicar a impossibilidade de aplicação de uma outra norma, regra ou princípio” (ÁVILA, 2005, p. 97).

A razoabilidade, da mesma forma que os demais postulados, também acaba por ser confundida e apresentada nos tribunais como um princípio, assunto já resolvido anteriormente; entretanto, não bastasse isso, ainda é utilizada muitas vezes como sinônima da proporcionalidade, o que, apesar de não gerar grandes problemas, há que se ter diferenciado para alcançar os fins a que cada uma delas se destina.

Ávila (2005) apresenta a razoabilidade de três formas: como diretriz de relação entre normas gerais com individuais; como vinculação das normas jurídicas com o mundo do qual fazem parte; e como relação de equivalência entre duas grandezas.

No primeiro caso tem-se uma norma geral e não há exceção prevista ao seu cumprimento; no entanto surge um caso posterior que figura como uma exceção, a qual não seria razoável deixar de aceitar; isso aplica-se nos casos em que a exceção não acarretaria grandes problemas ao princípio, ou seja, seria razoável a exceção para não restringir totalmente tal direito. O segundo caso pede que seja razoável exigir-se que haja uma harmonia entre a norma e as condições externas para a sua aplicação, ou seja, também se aplicará a razoabilidade se não se encontrar correlação entre a especificidade exigida pela norma e a nova medida por ela adotada. Por fim, a razoabilidade como equivalência, que se apresenta nos casos em que, mesmo que a norma não traga critérios claros, sempre deverá haver equivalência entre a medida e suas dimensões de alcance.

Por fim, a proporcionalidade, geralmente utilizada nos casos de colisão de princípios, apresentada por Alexy (2008) e dividida em três máximas parciais aplicadas exclusivamente em situações em que há relação de causalidade entre meio (o efeito de uma ação) e fim (a promoção de um estado de coisas), quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, de modo que: um meio será adequado se promover um fim; necessário se, dentre todas as possibilidades igualmente adequadas para se atingir o fim, for o menos restritivo no que concerne aos direitos fundamentais; e proporcional se as vantagens que traz superam as desvantagens que provoca.

Conforme Ávila (2005), aplicar-se-á a proporcionalidade toda vez que houver uma medida concreta que se destine a realizar um fim, sendo analisadas as possibilidades de a medida realizar a finalidade e ser a menos restritiva acerca dos direitos envolvidos e o fim ser tão relevante que justifique tal restrição.

Em resumo, aplica-se a proporcionalidade quando não se encontra adequação entre o fim desejado e os instrumentos empregados, quando a medida não seja verdadeiramente necessária (havendo outra forma menos gravosa de se alcançar o fim) ou não haja proporcionalidade (em sentido estrito), uma vez que o que se perde com a medida é mais relevante do que aquilo que se ganha.

## 4 A APLICAÇÃO DA RAZOABILIDADE À LUZ DO JULGAMENTO DO RE 494.601/RS

### 4.1 Aspectos materiais do RE 494.601/RS

No ano de 2003 foi promulgada, no Estado do Rio Grande do Sul, uma lei que instituía, no âmbito do Estado, o Código Estadual de Proteção aos Animais (Lei nº 11.915/2003 RS), com uma série de regramentos sobre seu tratamento, guarda e abate. Em seu artigo 2º, constava, *in verbis*:

Art. 2º – É vedado:

- I – ofender ou agredir fisicamente os animais, sujeitando-os a qualquer tipo de experiência capaz de causar sofrimento ou dano, bem como as que criem condições inaceitáveis de existência;
- II – manter animais em local completamente desprovido de asseio ou que lhes impeçam a movimentação, o descanso ou os privem de ar e luminosidade;
- III – obrigar animais a trabalhos exorbitantes ou que ultrapassem sua força;
- IV – não dar morte rápida e indolor a todo animal cujo extermínio seja necessário para consumo;
- V – exercer a venda ambulante de animais para menores desacompanhados por responsável legal;
- VI – enclausurar animais com outros que os molestem ou aterrorizem;
- VII – sacrificar animais com venenos ou outros métodos não preconizados pela Organização Mundial da Saúde – OMS –, nos programas de profilaxia da raiva.

Posteriormente, foi acrescentado ao artigo citado (pela Lei nº 12.131/2004 RS) um parágrafo único que trazia que: “Não se enquadra nessa vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana”, a partir do que houve a impetração de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo julgamento pode ser resumido com base em sua ementa:

TJ/RS – CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. SACRIFÍCIO RITUAL DE ANIMAIS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Não é inconstitucional a Lei 12.131/04-RS, que introduziu parágrafo único ao art. 2º da Lei 11.915/03-RS, explicitando que não infringe ao “Código Estadual de Proteção aos Animais” o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldade. Na verdade, não há norma que proíba a morte de animais, e, de toda sorte, no caso a liberdade de culto permitiria a prática. 2. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. VOTOS VENCIDOS.

Tendo em vista o julgamento suprarreferido, o Ministério Público do Rio Grande do Sul ingressou com Recurso Extraordinário apontando a transgressão aos artigos 5º, caput, 19, inciso I, e 22, inciso I, da Constituição Federal, indicando que a Lei estadual nº 12.131/2004, ao acrescentar o parágrafo único ao artigo 2º da Lei de nº 11.915/2003, revelou-se formalmente inconstitucional: 1) por ter versado, indevidamente, matéria penal, de competência privativa da União; 2) porque a Lei dos Crimes Ambientais, de nº 9.605/1998, dispõe ser crime maltratar, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos, domesticados, nativos ou exóticos, ou deles abusar; 3) por não estar excepcionado o sacrifício de animais, destinados ou não à alimentação humana, praticado em rituais religiosos, sendo impróprio o Estado do Rio Grande do Sul estabelecer causa de exclusão da ilicitude, sob pena de invadir esfera de competência privativa da União.

No aspecto material, ao privilegiar os cultos de matriz africana, a Lei estadual afrontou o princípio da isonomia, uma vez que também há rituais das religiões judaica e muçulmana envolvendo sacrifício de animais (não contemplados na exceção), e que a supressão do preceito questionado (qual seja, o parágrafo acrescentado) não inviabilizaria a prática de cultos religiosos com matriz africana, estando em jogo o equacionamento entre o direito fundamental à liberdade de consciência e de crença e a proteção aos animais.

No presente artigo, para se apresentar a razoabilidade utilizada em sede de Corte Constitucional no deslinde do caso, deixar-se-á de lado a parte formal invocada pelo Ministério Público da unidade, valendo-se apenas da análise da parte material das alegações.

Assim, tendo em mãos o deslinde do caso, já se sabe da negativa de provimento do recurso, que se deu por unanimidade; não houve discordâncias quanto à exigência do respeito ao preceito constante no artigo 225, §1º, inciso VII c/c §7º da Constituição Federal acerca da proibição da crueldade para com os animais, independentemente do fim (alimentar, cultural, esportivo ou religioso), seguindo jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal já manifestada no RE 153.531, ao afirmar que “a obrigação constitucional do Estado de assegurar a todos os cidadãos o pleno exercício de direitos culturais, promovendo a apreciação e difusão de manifestações culturais, não exime o Estado de observar o dispositivo constitucional que proíbe o tratamento cruel de animais” (RE 153.531, rel. min. Marco Aurélio, Segundo Turma, DJ 13.03.1998).

No mesmo sentido, também já foi julgada pelo STF a questão da crueldade na prática cultural da “Farra do Boi”, quando ficou patente que deve o legislador infraconstitucional legislar para que – se mantida – aconteça sem submeter os animais à crueldade; ainda destaca-se o caso da ADI 1.856, rel. min. Celso de Mello, DJe 13.10.2011, que julgou inconstitucional a Lei do Estado do Rio de Janeiro que regulamentava a prática da rinha de galos que, “além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade”.

Percebe-se que, em todos os casos, não há acolhimento do preceito constitucional do artigo 225, §1º, inciso VII, como restritivo ao abate de animais (independentemente do fim), mas, sim, à sua não submissão à crueldade, casos em que, havendo dúvidas, laudos técnicos podem ser solicitados para que isso seja aferido, como no caso da ADI 4.983, rel. min. Marco Aurélio, DJe 26.04.2017, que tratou da prática da vaquejada constatando que a crueldade existia, o que, no caso em pauta, justamente mostrou-se ao contrário, ao se tratar do modo como são feitas as imolações nos cultos religiosos que exigem tal prática:

Ao contrário do abate comercial, o abate religioso praticado por judeus, muçulmanos ou fiéis das Religiões Afrobrasileiras utiliza um método que acarreta morte instantânea e com o mínimo de dor – a degola. Trata-se, aliás, de exigência prevista na Declaração Universal dos Direitos dos Animais: “Se for necessário matar um animal, ele deve ser morto instantaneamente, sem dor e de modo a não provocar-lhe angústia” (Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada pela Unesco em 27 de janeiro de 1978, art. 3º, item 2) – (Voto do Ministro Edson Fachin, p. 26, ao apresentar argumentação da União das Tendas de Umbanda e Candomblé do Brasil)

Da mesma forma, destacava ainda o ministro que o próprio Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento disciplinou, na Instrução Normativa n. 3/2000, o regulamento técnico de métodos de insensibilização para o abate humanitário de animais de açougue, quando, em seu artigo 11.3, expressamente prevê que “é facultado o sacrifício de animais de acordo com preceitos religiosos, desde que sejam destinados ao consumo por comunidade religiosa que os requeria ou ao comércio internacional com países que façam essa exigência, sempre atendidos os métodos de contenção dos animais”.

Ou seja, apresenta-se forçosa a interpretação de que o artigo 225 já citado venha de qualquer forma a proibir ou desincentivar o abate de animais, posto que “é necessário harmonizar a proteção da fauna com o fato de o homem ser carnívoro. Revela-se desproporcional impedir todo e qualquer sacrifício religioso de animais, aniquilando o exercício do direito à liberdade de crença de determinados grupos, quando diariamente a população consome carnes de várias espécies. Existem situações nas quais o abate surge constitucionalmente admissível, como no estado de necessidade – para a autodefesa – ou para fins de alimentação” (Voto do ministro Marco Aurélio, p. 15).

#### 4.2 A aplicação do postulado da razoabilidade

Como já tratado no item 3 deste artigo, os postulados normativos ou máximas vêm em socorro do julgador, oferecendo-lhe métodos eficazes para a condução a um correto julgamento, exigindo do aplicador um esmerado trabalho para que se alcance o fim esperado. Não raras vezes, entretanto, os postulados são confundidos, misturando-se os métodos e correndo-se o risco de não se alcançar o que se quer.

Quando ainda em vistas de ser julgado o RE, os clamores dos defensores dos direitos dos animais pediam atenção à “importância da interpretação hermenêutica e o princípio da proporcionalidade dos direitos fundamentais, a fim de perceber que o direito à vida, humana e não humana, sobrepõe-se ao direito à liberdade religiosa” (BRAZ *et al.*, 2019, p. 16).

Seguindo esta linha de pensamento, estariam contrapostos dois direitos fundamentais, aplicando-se, então, a proporcionalidade, com suas três máximas parciais já citadas, quais sejam, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade (em sentido estrito). Recorda-se que um meio será considerado adequado se promove um fim; será necessário se, dentre todos os meios igualmente adequados para alcançar o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais, e proporcional (em sentido estrito) se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca (ÁVILA, 2005).

Percebe-se, todavia, neste caso, que não há como se aplicar a máxima da proporcionalidade, tendo em vista que, primeiramente, não há conflito entre os princípios do direito à vida e do direito à liberdade de culto, pois não há indicação de preceito constitucional que traga a proibição da morte de animais, senão apenas o uso de crueldade para com eles, seja no trato, seja no abate. Engana-se o leitor, à primeira vista, ao pensar que a ação cuida disso, posto que não há tal princípio com o qual se confrontar.

Mesmo que houvesse, ficaria ainda prejudicada a proporcionalidade, pois, seguindo suas três máximas parciais, o meio é adequado, mas não necessário, considerando que, caso houvesse a proibição da prática do sacrifício, as religiões que dele fazem uso ficariam irremediavelmente prejudicadas; por fim, não haveria proporcionalidade em sentido estrito, pois não haveria vantagem em proibir o abate em cultos, e eles continuariam a acontecer em escala insuperavelmente maior para o consumo humano.

Seguindo o mesmo raciocínio, conforme os critérios inerentes aos postulados normativos, não seria possível a ponderação de bens jurídicos no caso em pauta, pois, como já visto, para a aplicação da ponderação é necessária uma preparação na qual se determine com clareza aquilo que será sopesado, sendo possível indicar, na sequência, a primazia entre os princípios ponderados, o que não há. Além disso, a ponderação vem acompanhada da concordância prática e da proibição do excesso, quando, na primeira, busca-se a harmonia necessária entre valores, parcial ou totalmente contrários, procurando encontrar uma otimização entre eles e a proibição do excesso, indicando que uma regra ou princípio constitucional não pode ser restringido a ponto de não lhe deixar um mínimo de eficácia.

No caso, nenhuma das três exigências da ponderação consegue ser cumprida, pois não há colisão de princípios em jogo, posto que há a proteção do princípio da liberdade de culto, mas não há a vedação do sacrifício de animais, o que prejudica também a concordância prática, uma vez que não há o que se harmonizar; o que restaria aqui seria a proibição do excesso, quando a crueldade deveria ser proibida, o que, todavia, não está em discussão, pois as religiões que se valem da prática dos sacrifícios já vedam o procedimento, além de exigir, ainda, outras condutas de respeito e preparação ao animal que será sacralizado. Poderia haver, sim – apenas a título de exemplo –, a ponderação justamente em caso contrário, ou seja, se não tivesse havido a inclusão do parágrafo que autorizasse, como exceção à regra geral, o sacrifício de animais em cultos religiosos, pois seria um excesso a ser ponderado e um restritivo de princípio constitucional, mas não é do que se trata nem foi o que aconteceu.

Resta, então, a análise da razoabilidade que se apresenta como postulado mais acertado e utilizado no julgamento em questão. Recorde-se que, conforme Ávila (2005), a razoabilidade exige a harmonização entre a norma geral e o caso individual, ou seja, tem-se uma norma geral e não há exceção prevista relativa ao seu cumprimento; entretanto, um caso posterior, mesmo não previsto, faz com que caiba uma exceção, levando em conta a razoabilidade do caso, ou melhor, quando não seria razoável não se aceitar tal exceção.

Sendo assim, pronunciou-se a Procuradoria Geral da República no sentido de que, se separando a restrição ao exercício do direito à liberdade de culto com a prevalência do interesse ambiental confrontado, inexistirá razoabilidade na mútua relação meio-fim: “à anulação do primeiro não corresponderá nenhum ganho qualitativo do segundo. A par das imolações rituais, seguirão os abates de forma extensiva dos mesmos animais, já agora como fonte de proteína na cadeia alimentar humana. Não há como pressupor tenha o sacrifício religioso requintes de crueldade e que seja obsequiosa a extensiva matança comercial” (BRASIL, 2019, p. 8-9 ).

Procedeu, assim, caso em pauta: a exceção trazida com o acréscimo do parágrafo em questão apresenta-se razoável justamente em respeito ao princípio constitucional da liberdade de culto, não havendo inconstitucionalidade ao acrescentá-lo, mas justamente o contrário. Desta forma, e seguindo esta esteira de pensamento e método, desta forma ficou decidido:

O sacrifício de animais é aceitável se, afastados os maus-tratos no abate, a carne for direcionada ao consumo humano. Com isso, mantém-se o nível de proteção conferido aos animais pela Constituição Federal sem a integral supressão do exercício da liberdade religiosa (Voto do Ministro Marco Aurélio).

Ante, de um lado, as incertezas acerca do alcance do sofrimento animal, e, de outro, a dimensão plural que se deve reconhecer às manifestações culturais, é evidente que a proibição do sacrifício acabaria por negar a própria essência da pluralidade, impondo determinada visão de mundo a uma cultura que está a merecer, como já dito, especial proteção constitucional. Se é certo que a interpretação constitucional aqui fixada estende-se às demais religiões que também adotem práticas sacrificiais, não ofende a igualdade, ao contrário, vai a seu encontro, a designação de especial proteção a religiões de culturas que, historicamente, foram estigmatizadas. Não há, portanto, qualquer vício material na norma impugnada na ação direta, cujo recurso extraordinário ora se examina (Voto do Ministro Edson Fachin).

Não é inconstitucional, portanto, a Lei nº 12.131 que introduziu parágrafo único ao art. 2º da Lei nº 11.915, explicitando que não infringe o Código Estadual de Proteção aos Animais o sacrifício ritual em cultos de liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldades. Na verdade, não há norma que proíba a morte de animais (Voto do Ministro Alexandre de Moraes).

Portanto, Presidente, enfatizando uma vez mais que considero que a ética animal também é um avanço civilizatório no mundo contemporâneo, endossada pelo Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes, que interditaram manifestações culturais que envolviam crueldade contra os animais, creio que a diferenciação aqui é evidente, não apenas porque não se trata de sacrifício ou de sacralização para fins de entretenimento, mas, sim, para fins de exercício de um direito fundamental, que é a liberdade religiosa, como também porque, pelo que pude apreender, não existe tratamento cruel desses animais. Pelo contrário, a sacralização deve ser conduzida sem o sofrimento inútil do animal (Voto do Ministro Roberto Barroso).

Este abate religioso é um abate que se fundamenta na fé e na espiritualidade. E, por incrível que pareça, 90% da população brasileira realiza o abate comercial e somente 4% dos brasileiros é que realizam esse abate religioso; considerando que, nesse senso que chegou a esse percentual, nós encontramos um abate realizado às vésperas do Dia do Perdão, do Yom Kipur: 110.000 judeus; o abate que é realizado pela comunidade muçulmana: 35.000 muçulmanos; e 700.000 fiéis de Candomblé e da Umbanda (Voto do Ministro Luiz Fux).

Fica claro, então, que, tendo em vista a razoabilidade necessária para o caso, decidiram os ministros que acertou o Poder Executivo Estadual em acrescentar exceção à regra geral, não se tratando de conflito de princípios, mas da aceitabilidade da exceção à regra geral, uma vez que, não sendo razoável tal restrição, que embora não invalidasse no todo o culto das religiões envolvidas, as atingiria na essência, ferindo-as na liturgia, na tradição e sem escopo constitucional para fazê-lo.

## 5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, percebe-se, não apenas na população em geral, mas também entre os próprios integrantes dos órgãos jurisdicionais, apesar de mais de 30 anos da promulgação do texto constitucional vigente, um grande desconhecimento sobre seus princípios e uma grande falta de precisão terminológica e metodológica para sua compreensão e aplicação normativa. Isto, somado aos lobbies, pode gerar muita insegurança jurídica, sendo papel não apenas dos órgãos jurisdicionais, mas igualmente dos juristas em geral, cuidar para que não se consiga eventual alteração essencial à força, mas que seja sempre fruto de um debate maduro que colabore na consolidação da democracia almejada.

Neste sentido, este artigo buscou colaborar na precisão conceitual da liberdade religiosa e seus desdobramentos na liberdade de crença e culto, mostrando aquilo que poderia vir como limitador de tal princípio e, ao mesmo tempo, do outro lado, até onde ele pode ir sem que fira outras questões essenciais e necessárias ao tempero democrático.

Ao se debruçar sobre os postulados normativos, retira-se deles o caráter principiológico, enquadrando-os como métodos que são, mostrando o esforço científico e filosófico que deve haver para utilizá-los corretamente e compreendendo-os para que venham a colaborar e garantir os princípios e regras a que dão suporte na aplicação, e distinguindo aquilo que é ponderável, razoável e proporcional a partir da casuística da Corte Superior ao tratar dos princípios que lhe são mais caros, avançando, de modo cuidadoso, mas destemido, na consolidação da democracia almejada.

## 6 REFERÊNCIAS

- ALVES, Fernando de Brito; RIGÃO, Livia Carla Silva. Cultura da periferia e as canções de rap: um olhar para as “vozes silenciadas” a partir da filosofia de Enrique Dussel. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 8, n. 1, 2020.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BRAZ, Laura Cecília Fagundes et al. Sacrifício de animais em e cerimônias religiosas na pauta do STF: Direito à liberdade religiosa sobreposto ao direito à vida animal não humana. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 14, n. 3, e32093, set./dez. 2019.
- BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituição/constituicacomposto.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituicacomposto.htm). Acesso em: 20 ago. 2020.
- BRASIL. Lei nº 11.915 de 21 de maio de 2003. Institui o Código Estadual de Proteção aos Animais, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. In: *Diário Oficial Estadual*, Rio Grande do Sul, RS, 22 maio 2003. Disponível em: [http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/seda/usu\\_doc/lei\\_estadual\\_11.915.pdf](http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/seda/usu_doc/lei_estadual_11.915.pdf). Acesso em: 20 ago. 2020.
- BRASIL. Lei nº 12.131 de 22 de julho de 2004. Acrescenta parágrafo único ao artigo 2º da Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003, que institui o Código Estadual de Proteção aos Animais, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. In: *Diário Oficial Estadual*, Rio Grande do Sul, RS, 23 jul. 2004. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/12.131.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inteiro teor do Acórdão de decisão que negou provimento ao Recurso Extraordinário 494.601 Rio Grande do Sul*. Relator: ministro Marco Aurélio. 28 mar. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341718509&ext=.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.
- CASTRO, Alexander; NASCIMENTO, Gabriel Bassaga. Liberdade de expressão frente à liberdade religiosa: direitos fundamentais em conflito e proteção de direitos da personalidade frente a discursos de ódio. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 3, 2019.
- COSTA, Fabrício Veiga; PINTO, Alisson Alves. A ressocialização do detento a partir do prazo para o cumprimento da função social da empresa na sociedade contemporânea. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 3, 2019.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição Brasileira de 1988*: v. 1. Art. 1º a 5º, incs. I a LXVII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. El derecho convencional y los retos de su implementación en los estados parte. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 3, 2019.
- LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida: crítica à razão antropocêntrica. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, n. 1, jan./dez. 2006. Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.
- LOURENÇO, Daniel Braga. A liberdade de culto e o direito dos animais (parte 2). *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador: Instituto do Abolicionismo Animal, v. 2, n. 3, 2007.
- LOZANO, Luis Gerardo Rodríguez. León duguit y el servicio público: ideas para el siglo XXI. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 8, n. 1, 2020.
- LUCAS, Doglas Cesar. Direitos humanos, identidade e a política de reconhecimento de Charles Taylor. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 3, 2019.
- MAGLIACANE, Alessia. L'armée des réserves dans la mondialisation: la parabole de la femme italienne de la constitution au post-fordisme. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 3, 2019.
- MARTÍN, Ignacio Durbán. Origen y fundamentos del sistema plurilegislativo civil español. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 8, n. 1, 2020.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Supremo Tribunal Federal e diálogo institucional: há um controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil? *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 3, 2019.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Direito animal e os paradigmas de Thomas Kuhn: reforma ou revolução científica na teoria do direito? *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador: Instituto do Abolicionismo Animal, v. 2, n. 3, jul./dez. 2007.

# O ATIVISMO JUDICIAL: Ruptura à Democrática Representatividade Política Brasileira?

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.242-251>

Recebido em: 28/2/2020

Modificações solicitadas em: 20/4/2020

Aceito em: 7/6/2020

**Mário Lúcio Quintão Soares**

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte/MG, Brasil.

**Ana Luiza Novais Cabral**

Autora correspondente. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Av. Dom José Gaspar, 500  
– Coração Eucarístico. CEP 30535-901. Belo Horizonte/MG, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/2623437173992273>.  
<https://orcid.org/0000-0002-3051-2328>. [anamutum@hotmail.com](mailto:anamutum@hotmail.com)

## RESUMO

O ativismo judicial é considerado de alta relevância e complexidade na contemporaneidade do direito brasileiro. De tais conjecturas e discussões extrai-se inúmeros casos emblemáticos ativistas proferidos pelo Poder Judiciário. Em contrapartida, o apontamento constante do ativismo judicial encontra-se diretamente relacionado a uma crise de representatividade política que se afere por meio de uma inércia e/ou omissão dos poderes políticos, qual seja, Poderes Legislativo e Executivo. Assim, utilizando-se de uma metodologia teórico-jurídico com raciocínio dedutivo, mediante análise doutrinária e jurisprudencial serão observados importantes fatores que influenciaram diretamente no enaltecimento do Poder Judiciário por intermédio do ativismo judicial, conferindo uma ruptura à representatividade política democraticamente garantida pela Constituição Federal brasileira.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Expansão do Poder Judiciário. Poderes políticos. Democracia. Representatividade política.

**JUDICIAL ACTIVISM: BREAKS DEMOCRATIC BRAZILIAN POLITICAL REPRESENTATIVITY?**

## ABSTRACT

Judicial activism is considered of high relevance and complexity in the contemporaneity of Brazilian law. From such conjectures and discussions, many emblematic activist cases have been extracted by the Judiciary. On the other hand, the constant observation of judicial activism is directly related to a crisis of political representativeness that is affected by an inertia and/or omission of the political powers, that is, Legislative and Executive Powers. Thus, using a theoretical-juridical methodology with deductive reasoning, through doctrinal and jurisprudential analysis will be observed important factors that directly influence the enhancement of the Judiciary through judicial activism conferring a rupture the political representation democratically guaranteed by the Brazilian Federal Constitution.

**Keywords:** Judicial activism. Expansion of the Judiciary. Political powers. Democracy. Political representativeness.

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Aspectos técnicos e formais do ativismo judicial brasileiro. 3 A representatividade política no direito brasileiro como garantismo democrático. 4 O ativismo judicial: ruptura à democrática representatividade política brasileira? 5 Considerações Finais. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A proeminente participação ativa do Poder Judiciário em matérias decisórias de cunho politicamente legislativas tem se tornado corriqueiramente perigosa com a intromissão constante de um poder perante o outro. Diante do evento atual descrito, cumulado com uma crise representativa, o Poder Judiciário é provocado a decidir sobre assuntos de alçada que, em sua forma real, não são de sua competência, tendo em vista haver o Poder Legislativo e Executivo atributos para tal.

Sobre o argumento disposto, é cabível deliberar sobre o tema e as diversas decisões ativistas que surgem repetidamente em jurisprudências brasileiras. A proliferação constante do Ativismo Judicial acaba por realçar, de forma altamente proeminente, o *status majoritário* do Poder Judiciário em contrapartida aos outros Poderes. A interferência não é considerada prejudicial quando garante necessidades básicas do povo e concretiza o andamento legal com o anseio geral, porém deve ser observada de forma excepcional, tendo em vista que os direitos devidos deveriam ser concretizados pela participação do Poder Legislativo, que representa politicamente o povo no regime democrático de direito.

Nesse contexto se faz um paralelo entre ativismo judicial e a crise de representatividade política garantida pela Constituição Federal, colocando aspectos diversos sobre as doutrinas atuais e sua quebra de paradigma da velada separação de poderes.

Ademais, deve-se inferir que o ativismo judicial é um fato, e não somente uma mera suposição doutrinária. O Poder Judiciário, por intermédio do Supremo Tribunal Federal, tem atuado proativamente em detrimento dos outros Poderes, inovando de forma criativa e ultrapassando sua esfera de julgador no papel de legislador positivo. Inúmeros são os casos concretos em que o órgão agiu de tal forma e o faz com o intuito de possibilitar que as normas acompanhem as súplicas sociais.

Desta maneira, é necessário fazer uma correlação entre o ativismo judicial – sua inovação normativa – diretamente com uma representatividade política apática e omissa. Como o Poder Judiciário não pode se negar a julgar, matérias complexas de atribuições legislativas são levadas a ele na busca de solução.

A representatividade ineficiente, no entanto, é um fator educacional, tendo em vista que os representantes do povo são eleitos por voto popular. Não obstante, portanto, o ativismo judicial seja uma salvaguarda da população, ele só existe em razão de um poder político apático que é influência direta da crise democrática e informacional.

Assim, o presente artigo inicia com a desmistificação do ativismo judicial brasileiro, seu conceito, técnica e forma, atribuindo ao mesmo os pontos positivos e negativos descritos na doutrina atual. Seguindo, o texto apresenta aspectos sobre a representatividade política brasileira, a crise atual com suas causas, consequências e a convergência entre a representatividade política com a descrença na democracia. Por fim, o artigo aborda como o ativismo judicial possui um engrandecimento por meio de uma representatividade inerte e desregular.

A metodologia utilizada para apresentação do problema é a teórico-jurídico com raciocínio dedutivo, tendo como sua quebra de paradigma a correlação entre as notáveis e crescentes decisões ativistas com uma alta crise na representatividade política brasileira.

## 2 ASPECTOS TÉCNICOS E FORMAIS DO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

Na fase do neoconstitucionalismo brasileiro na Constituição Federal de 1988, com seus princípios basilares e garantias fundamentais, o Poder Judiciário passa de um órgão totalmente técnico entrando na esfera política. A redemocratização, vista com as características dispostas na Constituição, abre espaço para a população pleitear seus direitos sociais com uma postura mais dinâmica e assistencialista. Da mesma forma que o país possui um exacerbado positivismo, os operadores jurídicos são chamados a saírem do seu tecnicismo entrando em questões que deveriam ser solucionadas pelos órgãos políticos dadas suas atribuições diretas (típicas) ou primárias.

O ativismo judicial é uma espécie da judicialização da política, sendo descrito como “uma atitude, ou seja, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (ABREU, 2013, p. 140). Esse autor, sobre o tema, relata que, “enfim, podemos concluir que o ativismo judicial se mostra como a ampliação do poder dos tribunais no controle dos demais poderes, pelo viés constitucional” (p. 142).

Não obstante o ativismo judicial seja encontrado com maior facilidade na Corte Suprema, o instituto pode ser visto também em outras instâncias, embora menos frequentes. Nos ensinamentos, Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes dispõe que o ativismo judicial pode ser dividido em judicial ou extrajudicial, posto que “o primeiro é realizado na prestação jurisdicional dos magistrados, sobretudo da Corte Constitucional”; Fernandes (2012) continua relatando que “o segundo, refere-se à forma como os magistrados se portam perante os demais Poderes, a sociedade e a opinião pública, como, por exemplo, quando concedem entrevistas, discursos e outras formas de pronunciamento externo ao processo” (p. 106).

O fenômeno do ativismo judicial é tema atual e de constantes discussões jurídico-filosóficas, em que tendem a se instalar quando o Poder Legislativo, órgão típico na atribuição da promulgação das leis, se mostra inerte ou omisso perante a sociedade quando a mesma clama por mudanças ou inovações normativas. Quando o Poder Legislativo ignora algumas questões que a sociedade civil necessita alterar, o Poder Judiciário é provocado a decidir, e, não podendo se eximir, acaba inovando na ordem jurídica e legislativa sobre tal assunto.

O que ocorreu e o que vem ocorrendo em *terrae basilis*: as decisões dos Tribunais são proferidas de acordo com a visão de cada componente, soçobrando, com isso, a legislação e, o que é pior, a Constituição. Sob pretexto de o juiz não ser mais o “juiz boca da lei” (positivismo primitivo), agora temos o juiz (tribunal), para quem (para qual) a lei é apenas – como diriam alguns doutrinadores adeptos de teorias voluntaristas – a ponta do iceberg. E, por vezes, nem mesmo isso...! No fundo, volta-se ao velho positivismo fático, versão voluntarista do realismo jurídico: a lei é aquilo que os Tribunais dizem que é (como que a repetir a famosa frase do juiz Oliver Holmes) (STRECK, 2013, p. 314).

Nas ideias de Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial manifesta-se com as seguintes características: a) “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”; b) “a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”; e c) “a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (BARROSO, 2019, p. 6).

O ativismo judicial é caracterizado em dois aspectos: quando invade a esfera do poder legislativo e proativamente inova no ordenamento jurídico, retirando do cidadão o seu direito democrático de ser representado por aquele que elegeu, e quando o juiz, vislumbrando uma lacuna legislativa, se utiliza desse aspecto para suprir a omissão de forma aparente a criar um novo precedente.

Percebe-se que o juiz poderia ter decidido utilizando o direito posto, e a isso se inclui as normas, jurisprudências, súmulas e demais outros tantos aparatos que lhe valem; no entanto, inova no ordenamento jurídico, o que em palavras simples se traduz na conclusão de que o magistrado se portou como legislador positivo, matéria típica do Poder Legislativo, órgão político e representado democraticamente por cidadãos eleitos.

Tipicamente cabe ao Poder Legislativo a inegável garantia constitucional de editar leis. O Brasil encontra-se doutrinariamente num país “codicístico”, no qual se vê a grande necessidade de edição de normas para fundamentar uma situação, como se isso fosse garantir ao cidadão sua mais grandiosa “justiça”.

Nesse sentido, o ativismo judicial ultrapassaria os limites impostos pela Constituição Federal, adentrando na esfera do Legislativo, perfazendo um conflito jurisdicional. Assim, “os juízes não são eleitos, bem como não são responsáveis perante os eleitores, como ocorre com os legisladores, logo não poderiam criar leis” (ABREU, 2013, p. 229).

Nesse ínterim, com o ativismo judicial e o Poder Legislativo, surge o conflito existencial, se o Poder Judiciário, ao inovar no ordenamento jurídico brasileiro, estaria legislando, infringindo e suprimindo o princípio da separação dos poderes descrito explicitamente no artigo 2º da Constituição Federal. Relatando opiniões sobre o assunto:

O magistrado, por vezes, ao realizar sua tarefa exegética, exerce atividade típica de um legislador (sem o ser), suprindo as lacunas da lei e recheando-as com elementos mais humanos e garantidores da plena realização da justiça. Quando nos referimos ao ativismo judicial, não há porque se falar em ofensa à separação dos poderes estatais, em que tal ativismo seja exercido com respeito às regras e princípios constitucionais. Ao contrário do que se possa parecer, este fenômeno hermenêutico, inerente do Poder Judiciário, passa, pouco a pouco a

ser ferramenta fundamental para harmonização dos poderes, reforçando a previsão constitucional, gerando reciprocidade e fortalecendo o elo pacificador e necessário entre as funções políticas estatais (CAMARGO; DOMINGOS, 2012, p. 72).

Sobre o crescimento atual do ativismo judicial, percebe-se que uma das primeiras e principais causas é a inércia e/ou ineficácia do Poder Legislativo no cumprimento de suas atribuições típicas. O ativismo judicial tem como causa a prática ou abstenção do poder político legiferante em sua atuação. Diante dessa premissa, o cidadão, necessitando ter acesso a normas mais contemporâneas, busca, por meio do Poder Judiciário, as soluções de suas controvérsias.

Assim, na democracia, uma lei somente pode deixar de ser aplicada em seis hipóteses [...]: (a) quando a lei for inconstitucional, aplicando-se os mesmos mecanismos de controle de constitucionalidade; (b) na hipótese em que, na relação texto e norma, for cabível uma interpretação conforme a Constituição; (c) quando for caso de nulidade parcial sem redução de texto; (d) quando se tratar de resolução pelo critério das antinomias – com os devidos cuidados, é claro; (e) quando for caso de inconstitucionalidade parcial com redução de texto e (f) quando for uma hipótese de uma regra se chocar com um princípio constitucional, claro que com os cuidados relacionados ao pamprincipiologismo. *Fora dessas hipóteses, se o julgador quiser elaborar uma nova lei – e digo isso com toda a lheaneza e respeito – deve se candidatar a uma vaga no Parlamento. Simples, pois* (STRECK, 2015, p. 162) (Grifo nosso).

Fatores positivos e negativos no aspecto teórico sobre o ativismo judicial sempre irão surgir. Colocar um freio no Poder Judiciário engessaria algumas questões suplicadas pela população. É nessa perspectiva que a avaliação da representatividade política no direito brasileiro torna-se um fator primordial para a continuidade da presente pesquisa.

### 3 A REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA NO DIREITO BRASILEIRO COMO GARANTISMO DEMOCRÁTICO

A ideia de representatividade política começa a ter maior ímpeto na modernidade a partir da passagem do regime monárquico para uma soberania popular, quando a classe burguesa batalhou por seus direitos perante o rei, visando, assim, a uma derrocada nos Estados Absolutistas. Assim, “é neste contexto, que um novo significado de representação adquire um papel essencial no esboço de reestruturação do espaço do Político, devidamente adequado às novas exigências impostas pela forma de reprodução social da modernidade” (VIEIRA, 2006, p. 21).

Atualmente, a representatividade política no Direito Brasileiro é classificada como indireta e nomeada cláusula pétrea, sendo devidamente prevista no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, qual seja, “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico” (BRASIL, 1988). Complementando o dispositivo, resta inferir que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (BRASIL, 1988).

Desta forma, fica claramente evidente que o povo será representado politicamente por cidadãos eleitos democraticamente, que fazem parte de instituições políticas que são encarregadas de administrar os entes federativos a fim de garantir os direitos e deveres democráticos de todos. Resumidamente, “a representação democrática é autorização outorgada pelo povo a um órgão soberano, institucionalmente legitimado pela constituição, para agir autonomamente em nome do povo e dos interesses destes” (SOARES, 2011, p. 234).

Há muito vêm se falando, entretanto, sobre uma determinada crise de representatividade política que se alarma no regime democrático não somente brasileiro, mas sendo esse um fenômeno mundial. Conforme disposto anteriormente, a forma representativa democrática é cláusula pétrea, não havendo possibilidade de mudanças por meio de emenda constitucional. O que se questiona na atualidade, porém, são as péssimas escolhas políticas que acarretam uma degringolada frustração social.

O voto, sendo este um sufrágio universal e direito de todos os cidadãos, salvo os constitucionalmente dispensados e/ou impedidos, antes considerados uma forma de mudança e orgulho, modernamente é algo desacreditado e uma possibilidade de barganha para alguns brasileiros. A crise na representatividade política faz decair o sentimento democrático de maior amplitude numa nação, qual seja, a possibilidade de transformações iminentes e claras no país por intermédio de um direito amplo amparado constitucionalmente.

Mediante a crise de representatividade política, o próprio regime democrático tem sido constantemente questionado. Conforme disposto, “a Democracia é o direito positivo de qualquer pessoa – qualquer pessoa representa ‘o povo’ e deverá ser tratada de modo que o Estado possa ser legitimamente qualificado de ‘democrático’” (MULLER, 2013, p. 111).

Como o poder encontra-se nas mãos de poucos e estes por inércia, omissão ou “jogada política”, não são ativos legislativamente, prolifera assim a atuação crescente do Poder Judiciário. Desta forma, o regime democrático brasileiro tem se revelado de forma excludente e limitadora a determinados grupos (elites) que atingiram o ápice do poder político, o qual foi determinante para a continuidade desse poderio por vários mandatos e inúmeras gerações vindouras. Fica claro que tais elites possuem o espírito democrático, porém não são compostas para beneficiar a população.

De outro lado, a mesma crise de representatividade política tem implicações sociais. Num país fadado a injustiças e corrupções, e onde o assunto corriqueiro tornou-se o “mensalinho”, “mensalão”, lava jato e delação premiada, a população sente-se desamparada diante a ausência de poderes ou órgãos que lhe garantam seus mínimos direitos. É assim que o Poder Judiciário, não obstante também praticar alguns atos criticáveis, ainda é visto como uma chance de consolidar que o direito ande juntamente com os anseios da sociedade.

Nessa visão inconstante de uma democracia representativa que claramente não representa politicamente o povo, é que o Poder Judiciário se sobressai dando um amparo social ante a inércia e/ou omissão dos Poderes Políticos que, teoricamente, deveriam garantir à população em geral suas perspectivas constitucionais.

“Povo” nunca deve funcionar como metáfora. O povo sempre deve aparecer como sujeito político empírico, inclusive na esfera da Justiça. O conceito aqui elaborado não necessita de um “povo” como expressão que não obriga a nada e cobre tudo; ele não necessita de nenhuma “vontade geral” que não se deixasse verificar e identificar na política empírica; mas, pelo contrário, de um *povo* que possa, no plano das instituições, efetivamente entrar em cena como destinatário e agente de controle e de responsabilidade: eleição/destituição do mandato por votação, bem como votação livre como componente democrático do cerne da Constituição (MULLER, 2013, p. 110).

A crise da representatividade no Direito Brasileiro trouxe à tona o tema-chave discutido no presente artigo, sendo esse a possibilidade de o Poder Judiciário ter voz e vez perante os Poderes Legislativo e Executivo que possuem a representatividade democrática, sendo estes os representantes do povo e para o povo. Desta modo, até mesmo a forma democrática é questionada: Que democracia é esta quando o regime descrito pelo país não coaduna com os princípios constitucionalmente nele inseridos? Nessa perspectiva, Soares (2011) descreve que “o regime democrático deve propiciar oportunidade para todos, em uma conquista cotidiana” (p. 240).

Percebe-se, desta forma, que a crise na representatividade política se encontra atrelada a uma crise democrática. A democracia participativa, constitucionalmente prevista, deu lugar a grandes grupos que se instituíram ao poder e nele continuam por longos anos sem questionamentos ou manifestações populares. Alguns partidos, após graves escândalos, obtiveram baixas na popularidade, porém resta claro que os mesmos ainda continuam dentre os partidos que mais detêm orçamentos.

Lamentavelmente, o discurso constitucional, que sustenta o Estado democrático de direito brasileiro, é uma utopia, distante da realidade constitucional, a qual apresenta instituições políticas carcomidas pela ineficiência e pela corrupção, conspurcando o processo democrático. Os costumes excludentes dos segmentos privilegiados do povo brasileiro, ao englobar sua mentalidade e seus valores, se opõem à igualdade política e à igualdade de condições dignas de vida.

[...]

A democratização do Brasil depende, nesse sentido, das possibilidades de mudanças nos costumes e nas mentalidades de classe dominante em uma sociedade estigmatizada pela experiência do mando, do favor, da exclusão e do privilégio (SOARES, 2011, p. 241).

Resta inferir que a representatividade política é causa e consequência direta da participação popular. Infelizmente o Brasil é moldado por cidadãos que barganham sua supremacia universal do voto por favores políticos. Enquanto o cidadão atuar direta e indignamente em prol de seus interesses, tal continuísmo será proliferado e constante.

## 4 O ATIVISMO JUDICIAL: RUPTURA À DEMOCRÁTICA REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA BRASILEIRA?

Percebe-se, atualmente, uma tendência excessiva no enaltecimento do Poder Judiciário com a capacidade de resolução de toda e qualquer questão, o que retira das esferas Legislativas e Executivas as suas típicas competências. A população, por dúvida ou questionamento da capacidade do Poder Legislativo, inclina-se a judicializar a matéria.

Essa exponencial idealização de que o Poder Judiciário é o centro da resolução de conflitos acaba por retirar do Poder Legislativo o que lhe fora dado pelo regime democrático de direito por meio do voto popular como representante da população.

Em razão de tais críticas, a sua aplicação no Brasil implicará a aceitação de ativismo judicial nefasto, que mascara arbitrariedades judiciais consubstanciadas na imposição do ponto de vista dos juízes sobre quais valores substantivos sejam mais adequados para que a comunidade política alcance a justiça e a igualdade social. Tal conduta, sem sombra de dúvida, promoverá o esvaziamento funcional da atividade parlamentar, em prejuízo da manifestação da vontade popular na tomada de decisões fundamentais para a sociedade, através do debate público (SOUZA; GOMES, 2015, p. 125).

Assim, a discussão sobre determinadas questões passa do Poder Legislativo, em que há um processo democrático da representatividade do povo, para o Poder Judiciário, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, magistrados não eleitos. O debate posto em xeque, então, é realizado de forma única, exclusiva e irrecorável pelo órgão máximo do Poder Judiciário.

Uma crítica a ser exposta, portanto, é o fato de o *Supremo Tribunal Federal* (STF), órgão judicial, realizar atribuições que regem o país sem a devida representatividade política para tanto. Nestes termos, “juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2012a, p. 27-28).

Comumente é vista a interferência do Poder Judiciário em anular atos típicos dos Poderes Legislativo e Executivo. Nesta perspectiva, o órgão máximo judicial está realizando um ato eminentemente político e, assim, surge a teoria denominada “dificuldade contramajoritária” (BARROSO, 2012b, p. 12). O que se resume no contexto exposto é: os agentes políticos, devidamente eleitos democraticamente pelo voto popular, têm seus atos cassados por um Poder Judicial em que os membros não políticos exercem a função não por vontade do povo, o que contraria a democracia representativa garantida pela Constituição Federal.

Thamy Pogrebinschi (2012) conceitua o contramajoritarismo sobre aspectos críticos, e dispõe que são “aqueles nos quais o STF não apresenta preocupação em preservar a vontade majoritária expressa na norma legislada pelo Parlamento, porém, ao contrário, em nome da guarda da Constituição, não se intimida em fazer substituir a vontade do legislador pela sua” (p. 120).

Claramente no que fora dito, o Supremo Tribunal Federal pode anular os atos dos outros poderes; no entanto, nenhum órgão é falível de erros. Quem, portanto, cassaria as decisões errôneas proferidas pelo órgão maior? A supremacia do Poder Judiciário pode ir de encontro com a vontade popular mediante a representatividade dos membros políticos devidamente eleitos? Uma decisão do poder político, democraticamente representantes do povo, pode ser invalidada por um órgão não representativo?

Várias críticas e inúmeras indagações são apontadas nas doutrinas atuais sobre o assunto ativismo judicial e suas incongruências democráticas. O STF, neste cenário, torna-se um órgão hegemônico e soberano passando por cima de toda a democracia alcançada por meio do voto popular. Assim, “nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes” (BARROSO, 2012b, p. 16).

A acessibilidade dos indivíduos, que deveria ser por intermédio dos representantes políticos eleitos, estaria sendo violada por meio da usurpação do Poder Judiciário ante o Poder Legislativo, infringindo o regime democrático. A questão levada a juízo e não ao Legislativo passa a responsabilidade ao magistrado, que age em nome da coletividade.

Os juízes não devem criar novo direito, mas aplicar o direito já criado por outras instituições. Embora tal assertiva seja o ideal a ser perseguido, muitas vezes, na prática, não pode ser plenamente concretizada. [...] Os juízes, portanto, seja de forma dissimulada ou explícita, às vezes, devem criar um novo direito. Quando assim agem, na verdade, devem agir como se fossem delegados do Poder Legislativo, pois devem solucionar o caso concreto da maneira que o legislador promulgaria uma lei caso estivesse diante desse problema. Ou seja, os juízes criam leis, em resposta a fatos e argumentos, da mesma natureza daqueles que levariam o Poder Legislativo a criar, caso estivesse agindo por iniciativa própria. Entretanto, na realidade, os juízes não são legisladores delegados e eles não legislam quando vão além das decisões políticas já tomadas por outras pessoas (ABREU, 2013, p. 228-229).

No mais, os juízes possuem a capacidade teórico-jurídica sobre uma questão, não portando o entendimento técnico, econômico, científico e outros específicos de determinadas áreas (multidisciplinaridade), o que faz com que os resultados das decisões sejam imprevisíveis, configurando-se uma insegurança jurídica.

O magistrado normalmente não possui capacidade que não seja a jurídica. Outros profissionais de áreas específicas possuem conhecimento maior em determinada questão discutida. Sendo assim, na maioria das vezes o magistrado necessita de um apoio técnico para a resolução de um problema. É o que dispõe acertadamente o trecho a seguir:

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas (BARROSO, 2012b, p. 16).

Não se está afirmando, neste contexto, que o Poder Legislativo teria melhores condições de resolver uma matéria do que o Poder Judiciário. Afirma-se, no entanto, que o Legislativo está legitimamente amparado pelo processo democrático representativo, o que daria condão de avaliar melhor a questão visando o interesse da população em geral, não intentando somente os aspectos jurídicos do fato.

O Supremo Tribunal Federal não representa democraticamente a população. Os Poderes Legislativo e Executivo (órgãos políticos) sim, possuem a representatividade eletiva. Se, portanto, a democracia advém da representatividade, o ativismo judicial (devidamente realizado pelo Poder Judiciário) é, em determinados termos, antidemocrático.

A Constituição Federal de 1988 deixou claro o regime adotado por uma democracia representativa, em que o mandato político é outorgado pelo povo por meio do voto universal, direto e secreto. É o que dispõe o parágrafo único do primeiro artigo, relatando que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (BRASIL, 1988). Desta forma, os magistrados não representam democraticamente a população, e dar este poder a eles, por intermédio do ativismo judicial, ultrapassa o modelo democrático representativo.

Outro enfoque necessita, entretanto, ser realizado. A exponencial judicialização é um fator diretamente relacionado à inércia e/ou omissão do Poder Legislativo e, desta forma, configura uma crise de representatividade. A delegabilidade do Poder Legislativo em suas funções típicas em detrimento do Poder Judiciário, pressupõe uma falta de compromisso com o seu próprio labor e uma insuficiente vontade política.

Os assuntos levados ao Poder Judiciário são, em regra, de relevância ímpar e com opiniões destoantes pelas mais diversas classes sociais. Deixar o problema para que o Poder Judiciário encontre uma decisão, portanto, exime o Poder Legislativo de embates junto a população. O que se percebe é que essas demandas são complexas, críticas e enfrentam opiniões divergentes. Por esperteza ou por uma simples jogada política, provocar o Poder Judiciário para decidir sobre a matéria tira um fardo do Poder Legislativo.

[...] Certos temas envolvem questões polêmicas e, por terem um custo político muito alto para quem toma determinada posição sobre a matéria, não são decididas pelos Poderes Executivo e Legislativo de forma proporcional, já que estes têm receio da reação da opinião pública. Isto posto, essa inércia deliberada acaba, muitas vezes, levando ao Poder Judiciário, que não depende da vontade dos eleitores, a missão de solucionar tais questões (FERNANDES; NELSON, 2014, p. 461).

Em muitos casos o que se vislumbra é que existem projetos de leis tramitando sobre as mais diversas matérias acerca de assuntos delicados que envolvem religião, moral, fatores econômicos, sociais e, por que não, íntimos e, nestes casos, o Poder Legislativo cumpre um posicionamento esquivando-se de legislar. Na sequência, o Poder Judiciário é provocado e, como não pode se eximir de deliberar, como fazem os demais Poderes políticos, inova criativamente no ordenamento.

Este ciclo vicioso entre ativismo judicial e sua causa possui reação imediata na crise de representatividade. O ativismo existe por inatividade dos parlamentares em eximir-se de discutir assuntos que possam impactar categoricamente em sua posição política numa possível reeleição.

Destarte, para boa parte dos membros das duas Casas do Poder Legislativo, mais do que o desinteresse de legislar em relação a certos temas, existe, na verdade, o interesse em não legislar; interesse em evitar temas polêmicos em que a assunção de determinada posição pode afastar parcela de votos do eleitorado que o elegeu. E, no sistema proporcional, onde poucos candidatos ultrapassam o quociente eleitoral, cada voto é importante. Essa omissão consciente do Poder Legislativo é denominada, por alguns autores, de “delegação estratégica” (de questões polêmicas) ao Poder Judiciário (RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 38-39).

Infelizmente, a causa descrita como crise de representatividade é dos cidadãos. É pelo ato democrático do voto que a população escolhe os seus representantes políticos. Se existe uma crise, inércia, ócio, apatia ou “esperteza política” para que os projetos de leis fiquem adormecidos até que o Poder Judiciário seja provocado a decidir, o problema está no momento de eleger os representantes.

Referidas pesquisas e reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra deferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores? (STRECK, 2014, p. 164).

Certamente a questão em análise é levada ao Poder Judiciário principalmente pelo fator celeridade – o que é discutível tendo em vista a demanda excessiva que abarrotaria o órgão. Mesmo assim, é pelo motivo temporal que várias matérias são judicializadas, pleiteando por uma tramitação processual mais ágil do que o seria por meio do procedimento legislativo, estigmatizando ainda mais este órgão perante a população.

Outra consideração a ser apontada é que, havendo o ativismo judicial, realizado pelo STF, existe a possibilidade de erro. O Pretório Excelso não é um órgão soberano imune de falhas e, caso ocorra, a nova regra terá eficácia até que o mesmo órgão mude o entendimento. Resumidamente, mesmo havendo um possível erro no ativismo realizado pelo órgão máximo, os Poderes Legislativo e Executivo não têm a competência para retirar a regra.

Na verdade, o STF vem assumindo o perfil de um verdadeiro Tribunal Constitucional, mais preocupado em resolver grandes questões do país, e, por isso, passou a indicar qual é o direito a ser aplicado mesmo na falta de leis. O problema é saber justamente se a Constituição outorga esse poder ou se ele foi criado pelo próprio STF. O certo é que existe essa tendência no Tribunal, e, pelos últimos julgamentos da Corte, pode-se concluir que é uma tendência irreversível, a curto prazo (MEDEIROS, 2013, p. 207).

Conforme explanado em alguns momentos, a Constituição Federal é extensa e prolixia. O mesmo acontece com as legislações em vigor, tendo vista a gama de leis e, com isso, a grande possibilidade de o magistrado utilizar aquela norma ou outra a depender do caso concreto. Neste ínterim é que se origina a discricionariedade jurídica do magistrado, dando ao mesmo a oportunidade de escolha da legislação adequada ao fato.

Resta ainda inferir que, quando o Poder Judiciário emprega o ativismo judicial criativamente e inova no ordenamento jurídico, dando sentido outro ao texto constitucional, acaba por violar o Poder Constituinte Originário, que é o responsável pela criação da Constituição Federal regente de todo o sistema jurídico brasileiro.

Quando determinada questão chega ao STF para que o mesmo desenvolva uma resolução sobre o aparente problema, este o deve fazer de forma a interpretar conforme a Constituição Federal. O impasse encontra-se mesmo na interpretação do tribunal e, por isso, tantas discordâncias dentro de um mesmo órgão. Assim, citamos Lenio Luiz Streck (2014), que, de forma jocosa, relata: “a Constituição é aquilo que o STF diz que é” (p. 141).

Pensando friamente sobre o assunto, o dito autor foi muito feliz na sua exposição. Como o surgimento do ativismo judicial realizado pelo STF, em sua maioria, advém de provocações por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), o órgão máximo acaba sendo a *ultima ratio* na decisão sobre a interpretação de determinado assunto descrito na Constituição Federal. Assim, além de guardião da Constituição, o Pretório Excelso é o enunciador da interpretação a ser dada a ela.

Há que se destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao ativismo judicial e à participação proativa em prol de um senso comum com a possibilidade de interpretação criativa e inovadora, quando lhe for provocado a julgar matéria de cunho social, moral e político, características que se enquadram no processo de judicialização e, em razão da forma de julgar, adentram na esfera ativista. Tal orientação do órgão de cúpula do Poder Judiciário pode ser retirada do julgamento da ADI 1.351-3/DF, no voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes sobre o tema crítico que decidiu sobre a filiação partidária, no que passa a expor:

Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional (STF. ADI 1.351-3/DF, Relator: Min. Marco Aurélio, p. 145. Tribunal Pleno. Data de Julgamento, 7/12/2006. DJ 30/3/2007).

Em artigo intitulado *Supremocracia*, nome bastante sugestivo, Oscar Vilhena Vieira (2008) destaca a expansão exponencial do Pretório Excelso e dos tribunais em geral ante o parlamento, colocando aquela Corte no centro do sistema político brasileiro. Na descrição do artigo citado, o autor explana que, com a ampliação de seus poderes, o órgão máximo do Poder Judiciário, em suas decisões, substitui as escolhas majoritárias que deveriam ser exercidas por órgãos representativos de natureza democrática (VIEIRA, 2008, p. 441-464).

Esse sintoma de ser tudo levado a soluções do Supremo Tribunal Federal, reflete uma crise de representatividade já anteriormente descrita. A tendência em judicializar matérias políticas é uma forma de deixar claro que os outros Poderes estão aquém de suas principais atribuições. Desta forma, a população se vê acuada quanto à falta de garantias mínimas e recorre ao Poder Judiciário como uma salvaguarda de seus direitos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi exposto, a carência da população em ter representantes políticos ativos com vontade de contribuir e realizar suas funções de forma proba, traz uma sobreposição do Poder Judiciário, que se transforma em um salvador da sociedade ao garantir o mínimo de direitos descrito na Constituição Federal. Desse modo, o Judiciário assume um valor mais elevado, haja vista a deficiência dos outros Poderes, havendo, assim, uma ligação direta entre o exacerbado ativismo judicial e a crise de representatividade política.

Os críticos ao ativismo judicial reconhecem um Supremo Tribunal Federal altamente proativo, que se atribui de funções legislativas e perpassa os limites primários descritos na Constituição Federal. De outro lado, os defensores do Instituto relatam ser o ativismo judicial um fato concreto, tendo em vista a omissão dos outros Poderes ao não reagirem às implicações sociais. Assim, o Poder Judiciário seria a *ultima ratio* na possibilidade de os cidadãos garantirem seus direitos.

Tristemente, em vários momentos os poderes políticos têm sua atuação desaprovada. Tal crítica é correta, uma vez que, num país fadado a injustiças, corrupção, utilização de verba pública em benefício próprio e outros tantos desgostos vislumbrados cotidianamente, a população sente-se desamparada ante a ausência de Poderes ou órgãos que lhe garantam seus mínimos direitos. Neste caso, o Poder Judiciário, não obstante também praticar alguns atos criticáveis, ainda é visto como uma chance de garantia da consolidação de direitos previstos no ordenamento jurídico.

Diante da inércia dos poderes políticos, a judicialização transformou-se numa alavancada possibilidade de a população fazer parte do sistema, trazendo como efeito o abarrotamento dos órgãos com ações e recursos repetitivos, pleitos desnecessários e subsunção de custo elevado ao Estado em razão da alta carga processual, quando não há servidores suficientes para suprir a demanda. Se, entretanto, o elevado ativismo judicial é a *ultima ratio*, tendo em vista a apatia política, a demora legislativa e a carência de bons representantes – e

que este seja realizado com probidade e segurança e, por fim, que garanta igualdade de tratamento processual, celeridade no procedimento e acesso ao Poder Judiciário a todos que dele suplicarem por preservação de garantias – este encontra-se escasso.

Ainda é cedo para afirmar qual o rumo do ativismo judicial e suas consequências diante da inérgia política, porém não é possível imiscuir do julgamento e, nesta ocasião, a proatividade do Judiciário acode no presente momento os anseios por justiça.

## 6 REFERÊNCIAS

- ABREU, João Paulo Pirôpo de. *A autonomia financeira do Poder Judiciário: limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos poderes*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista [Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012a. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 9 abr. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD – Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012b. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em: 9 abr. 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 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: 19 mar. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.351-3/DF. Partido político – funcionamento parlamentar – propaganda partidária gratuita – fundo partidário [...] Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, 30 mar. 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758756/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1351-df/inteiro-teor-100474925?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- CAMARGO, Daniel Marques de; DOMINGOS, Fernanda Cristina Rosseto. Ativismo Judicial: limites, possibilidades e reflexos na efetivação de direitos humanos fundamentais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (org.). *Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional*. São Paulo: Editora Boreal, 2012. p. 67-85.
- FERNANDES, Rafael Laffitte; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: (re)analizando o dogma do “legislador negativo”. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí: Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, v. 9, n. 1, p. 450-476, quadrimestre de 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/5763/3140>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Revista Confluências*, Niterói, v. 12, n. 2, p. 106-128, out. 2012. Disponível em: <https://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/viewFile/121/145>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- MEDEIROS, Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. Do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. *Revista de Informação Legislativa*, a. 50, n. 200, p. 189-210, out./dez. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502943/000991834.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 204, p. 25-42, out./dez. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509926>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, Direito e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. Novos paradigmas em face da globalização. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- SOUZA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. *Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito*. Como o senso comum pode nos enganar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. V. 2.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito*. Nas brechas da lei. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. V. 3.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

# DESIGUALDADE ECONÔMICA E DIREITOS POLÍTICOS NA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS: Uma Análise a Partir de Thomas Scanlon

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.252-264>

Recebido em: 12/2/2020

Modificações solicitadas em: 20/4/2020

Aceito em: 20/7/2020

***Sandra Suely Moreira Lurine Guimarães***

Autora correspondente. Faculdade Faci Wyden – Wyden Educacional. Travessa Tupinambás, 461 – Batista Campos. CEP 66025-610. Belém/PA, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/5446022928713407>. <https://orcid.org/0000-0002-8835-7420>. [sandra.lurine@yahoo.com.br](mailto:sandra.lurine@yahoo.com.br)

***Heitor Moreira Lurine Guimarães***

Universidade Federal do Pará. Belém/PA, Brasil.

## RESUMO

O presente artigo, de natureza bibliográfica, pretende problematizar a maneira como a questão das desigualdades socioeconômicas e dos direitos políticos são tratados na teoria da justiça originalmente formulada por John Rawls. Sabe-se que Rawls, na década de 70, revolucionou os debates sobre justiça distributiva com a formulação da teoria que ficou conhecida como equidade, que se baseia na proposição de dois princípios de justiça, o primeiro tendo prioridade em relação ao segundo, destinados a regrer a estrutura básica da sociedade. Muito recentemente, contudo, uma série de desafios teóricos à tradição liberal igualitária, da qual Rawls é um grande expoente, foi lançada por Thomas Scanlon, em sua proposta de atribuir à igualdade um valor intrínseco. O objetivo deste trabalho é mostrar como uma das questões levantadas por Scanlon, referente à questão da participação política, pode ser capaz de comprometer seriamente a proposta original de Rawls de tal forma que a distribuição indicada como justa pelos próprios princípios acabaria por quebrar a prioridade estabelecida entre eles. Primeiramente, faremos um estudo sistemático de como Rawls elabora seus dois princípios de justiça e qual o lugar da igualdade dentro deles, com ênfase para os elementos relevantes para a análise posterior. Em seguida, tentaremos demonstrar, a partir do ponto de vista oferecido por Scanlon, como é possível encontrar em Rawls uma tensão entre a garantia de igual direito de participação política a todos, de um lado, e a permissão de desigualdades socioeconômicas, de outro.

**Palavras-chave:** Justiça. Desigualdade. Participação.

**ECONOMIC INEQUALITY AND POLITICAL RIGHTS IN RAWLS' THEORY OF JUSTICE: AN ANALYSIS FROM THOMAS SCANLON**

## ABSTRACT

The present article, of bibliographical nature, intends to problematize the way the issue of how socioeconomic inequalities and political rights are dealt with in the theory of justice originally formulated by John Rawls. It is well known that Rawls, in the decade of 1970, performed a revolution in the debates about distributive justice with the formulation of the theory that became known as justice as fairness, which is based in the proposition of two principles of justice, the first having priority over the second, in order to rule society's basic structure. Very recently, however, a set of theoretical challenges to the liberal egalitarian tradition, to which Rawls is a major figure, was presented by Thomas Scanlon, in his proposal of attributing equality an intrinsic value. The work aims to show how one of the issues raised by Scanlon, concerning political participation, can be capable of seriously compromising Rawls's original proposal, in a way that the distribution prescribed by the principles themselves would break the priority between them. Firstly, we shall make a systematic study of how Rawls elaborates his two principles of justice and what is the place of equality within them, emphasizing the relevant elements to the subsequent analysis. Then, we shall try to demonstrate, starting from the point of view offered by Scanlon, how it is possible to find in Rawls a tension between the guarantee of a right to equal political participation to all, on the one hand, and the permission to socioeconomic inequalities, on the other.

**Keywords:** Justice. Inequality. Participation.

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A teoria da justiça de Rawls. 2.1 Os dois princípios de justiça. 3 A proposta de Scanlon. 3.1 Quebra da prioridade lexical. 4 Conclusão. 5 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

No campo da filosofia política e do Direito, uma das questões mais antigas, porém ainda sem solução definitiva, diz respeito à admissibilidade da desigualdade social. Mais especificamente, o problema gira em torno de determinar se é moralmente aceitável que dentro de uma sociedade diferentes indivíduos detenham porções desiguais dos recursos disponíveis, e, caso o seja, com base em que critério pode-se indicar quais são as desigualdades justificadas.

Na verdade, a questão das desigualdades, como problema jurídico e filosófico, insere-se em uma temática mais ampla, a saber, a determinação de qual é a maneira justa de distribuir os recursos produzidos e explorados pela sociedade. Contemporaneamente, a resposta mais importante dada a essa pergunta foi aquela formulada por John Rawls, em sua grande obra *A Theory of Justice* (1971). Nesse livro Rawls propôs que a sociedade fosse vista como um sistema de cooperação entre os indivíduos, cuja estrutura básica seria regida por princípios gerados a partir de um experimento mental dotado de imparcialidade.

Nesta perspectiva, o objetivo deste texto, por meio de um estudo de caráter bibliográfico, é mostrar como uma das questões levantadas por Scanlon, concernente à questão da participação política, pode ser capaz de comprometer seriamente a proposta original de Rawls de tal forma que a distribuição indicada como justa pelos próprios princípios acabaria por quebrar a prioridade estabelecida entre eles. Primeiramente, faremos um estudo sistemático de como Rawls elabora seus dois princípios de justiça e qual o lugar da igualdade dentro deles, com ênfase para os elementos relevantes para a análise posterior. Em seguida, tentaremos demonstrar, a partir do ponto de vista oferecido por Scanlon, como é possível encontrar em Rawls uma tensão entre a garantia de igual direito de participação política a todos, de um lado, e a permissão de desigualdades socioeconômicas, de outro.

É amplamente sabido que a proposta de Rawls não foi pacificamente aceita à época. Pelo contrário, ela suscitou uma reanimação das discussões sobre justiça social e atraiu críticas de todos as perspectivas possíveis, desde aquelas vindas de seu próprio nicho ideológico (o liberalismo igualitário), até aquelas baseadas em sua concepção de indivíduo e de racionalidade.

Assim, o espectro da Filosofia do Direito contemporânea após Rawls se reestruturou de tal forma que as discussões sobre a admissibilidade de desigualdades passaram a ser discussões, primordialmente, sobre por que é moralmente obrigatório (ou não) que uma sociedade seja igual no quesito socioeconômico. Em outras palavras, os debates quanto a essa questão majoritariamente são debates em que se argumenta sobre se é necessário que o valor da igualdade seja instaurado ou não.

Nunca antes, contudo, havia sido feita uma abordagem que procedesse da forma contrária. Isto é, nunca antes algum autor preocupou-se não em defender porque deve existir igualdade, mas sim quais são os motivos para se rejeitar a desigualdade. É exatamente essa proposta inovadora que pode ser encontrada no recente livro de Thomas Scanlon, que tem por título *Why Does Inequality Matter?* (2018). Scanlon pretende examinar seis tipos de desigualdades que podem existir entre os indivíduos – algumas das quais muitas vezes não abordadas nos debates mais frequentes sobre o tema – e apontar em cada uma qual a sua problemática moral. Trata-se de obra recentíssima e cujo teor é de grande relevância para discussões relativas à legitimidade das instituições sociais, sobretudo do Direito.

Em última instância, Scanlon tentará mostrar que as desigualdades por si mesmas são moralmente objetáveis, de sorte que a única opção política coerente seria aquela em que a igualdade é tratada como valor intrínseco. Neste artigo, tentaremos mostrar como um dos argumentos formulados por Scanlon, concernente à questão da desigualdade entre os indivíduos no poder de influência política que cada um possui, pode ser utilizada para problematizar a resposta de Rawls sobre os critérios de aceitabilidade das desigualdades sociais.

Rawls havia proposto que toda e qualquer desigualdade, para ser admissível, precisa, antes de tudo, não interferir na igualdade entre os indivíduos quanto aos direitos e liberdades básicas. O texto pretende sustentar que, com base na argumentação de Scanlon, como algumas das desigualdades, a princípio aceitáveis para Rawls, acabariam por produzir a mesma iniquidade política que ele pretendia afastar. Assim, por meio de um exame bibliográfico, e com o emprego do método dedutivo, a argumentação a ser desenvolvida segue os seguintes passos.

Em primeiro lugar, será feita uma exposição da teoria da justiça como a equidade tal como originalmente elaborada por Rawls, ao longo da qual tenta-se explicitar exatamente como a questão da desigualdade socioeconômica é tratada e como é traçada a relação entre direitos políticos e a prioridade lexical do primeiro princípio sobre o segundo. Após isso, procede-se a uma análise do argumento de Scanlon sobre como disparidades socioeconômicas entre os indivíduos têm como consequência praticamente inevitável a produção de disparidades correspondentes da capacidade que cada um possui de influenciar o processo de tomadas de decisão dentro das instituições sociais.

Por último, busca-se conectar essas duas partes em uma argumentação sobre como a abordagem de Scanlon abre caminho para uma crítica direta a Rawls. Mais especificamente, defende-se que a prioridade lexical entre os dois princípios de justiça, tal como elaborada pelo filósofo estadunidense, permitiria a existência de desigualdades entre os indivíduos que, no longo prazo, tenderiam a corroer a distribuição perfeitamente igualitária de direitos políticos estabelecida pelo primeiro princípio.

## 2 A TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS

Está para além de qualquer dúvida que a teoria da justiça formulada por John Rawls foi a mais criativa e inovadora abordagem sobre justiça distributiva surgida no século 20. Em relação a todas as outras concepções de justiça que a antecederam, sejam as antigas, medievais ou modernas, a teoria de Rawls possui um diferencial que a torna única. Trata-se do fato de que ela não pretende apenas ser convincente em suas teses ou coerente quanto as suas premissas. De fato, nela podemos encontrar preocupações de dois tipos distintos: uma de ordem teórica e a outra de ordem política.

Com efeito, a própria estrutura da escrita do autor em seu primeiro grande livro, *Uma Teoria da Justiça* (1971), deixa bastante evidente a presença de uma preocupação em estabelecer de forma clara os pressupostos a serem considerados e definir inequivocamente o escopo das afirmações ali feitas. É importante lembrar que isso precisa ser levado em consideração não apenas para a análise que pretendemos aqui desenvolver, mas também por qualquer um que pretenda criticar ou endossar o pensamento rawlsiano. Existe ainda, entretanto, uma outra preocupação até então inédita, a saber, a preocupação de que a teoria poderia ser racionalmente aceita do ponto de vista de todos os envolvidos.

Segundo Catherine Audard (2007), importante estudiosa da obra de Rawls, a teoria da justiça como equidade carrega consigo elementos oriundos tanto de seu contexto político como de seu contexto filosófico. Historicamente falando, a proposta de Rawls é forjada no período em que o mundo se encaminha para o ápice da polarização global entre o bloco capitalista e o bloco socialista, momento este em que, exatamente em razão da disputa entre esses dois modos de produção, os temas da propriedade privada, da acumulação do capital e distribuição de renda desportam como cerne das discussões na esfera pública.

Deve-se lembrar, ainda a título de contextualização temporal, que também na década de 70 do século 20, o mundo havia assistido à ascensão de movimentos sociais reivindicando tanto reparações para grupos historicamente oprimidos (mulheres, negros, etc.), quanto questionamentos das formas de vida vigentes (movimento *hippie*), quanto oposição a atitudes institucionais (movimento contra a Guerra do Vietnã). Tais eventos reverberaram na filosofia política na medida em que suscitaron novos problemas, por exemplo: Quais os limites de atuação legítimos das instituições? Que regime de direitos e deveres deve ser atribuído a cada cidadão? Qual o papel do Estado dentro da economia? E, finalmente, qual é a maneira justa de se distribuir recursos e oportunidades entre as pessoas?

Já no que se refere a correntes filosóficas, a teoria de Rawls (1971) pretende servir como alternativa viável às duas outras formas de se pensar a justiça distributiva que até então possuíam maior proeminência, porém enfrentavam um momento de certa estagnação e esgotamento. Trata-se do utilitarismo, de um lado, e do intuicionismo, de outro.

Hegemônico no mundo anglo-saxão, pelo menos desde a segunda metade do século 19, o utilitarismo apresentou-se como uma teoria capaz de distinguir o moral do imoral, o justo do injusto, por meio de um critério pretensamente palpável e mensurável, a saber, o bem-estar humano. Inicialmente foi formulado como parte de um projeto político reformador de larga escala, cuja pretensão principal era apontar como as instituições que regem a sociedade, notadamente o ordenamento jurídico, deveriam ser modificadas de maneira a se tornarem mais racionais, menos dependentes da tradição e da superstição e menos comprometidas com

os interesses de específicos grupos sociais aristocráticos. De caráter teleológico, a tese central do utilitarismo moderno quanto à justiça comum e todas as suas acepções é de que é justa aquela medida institucional que produz o maior bem-estar para o maior número de indivíduos (MULGAN, 2012).

Em contrapartida, o intuicionismo advoga exatamente a noção contrária. Em vez de também formular um critério para dizer o que se pode considerar como justo, o intuicionismo simplesmente adota a posição de que nossos juízos sobre a justiça são pautados em intuições que todos possuem. Essas intuições são várias e diferenciadas entre si. Dentro de situações concretas, o que acontece é que essas mesmas intuições podem conflitar entre si. Quando isso ocorre, uma delas terá precedência e prevalecerá sobre a outra. Para o intuicionismo, contudo, não há, em última instância, nenhum parâmetro com o qual seja possível determinar qual será a intuição prevalente, de tal sorte que não há que se falar em uma regra definitiva e geral sobre o que conta como justo ou injusto.

Com estas observações contextuais, temos reunidos vários dos pontos relevantes para nossos propósitos neste artigo. Já sabemos, pelas circunstâncias históricas, que a teoria de Rawls tem como centro de suas atenções a questão da definição do rol de direitos e deveres que assistem a cada indivíduo e a possibilidade de distribuição desigual de recursos econômicos. E pelas circunstâncias filosóficas, sabemos que a forma como o autor deseja responder a esses problemas é tal que não recaia nem, primeiro, na redução da justiça aos critérios da moral na esfera individual (como o utilitarismo), nem, segundo, em uma situação em que falte um critério objetivo e preciso (como o intuicionismo).

Em outras palavras, a tarefa que Rawls toma para si consiste em harmonizar a busca de cada um pelo seu próprio projeto de vida com uma concepção de justiça que não se confunde com qualquer desses projetos de vida. Não apenas isso, porém. Tem de ser, ainda, uma concepção que encontra uma forma de comportar aquelas intuições cotidianas que nos parece inaceitável violar, no entanto não se resume a uma mera justaposição entre elas. É exatamente dessa dupla necessidade teórica – de frear as concepções de bem pessoais e de não se perder na pluralidade das intuições existentes – que surge a questão da prioridade lexical que queremos abordar (RAWLS, 1971).

Esse ponto é fulcral para que se possa compreender adequadamente por que Rawls simplesmente não coloca seus dois princípios de justiça como verdades evidentes ou derivadas da razão. Em vez disso, sua proposta trata-se de uma tentativa de apresentar princípios que poderiam ter sido eles próprios escolhidos pelos indivíduos de cuja sociedade irão reger. Como, no entanto, aquilo que cada um considera justo ou injusto é afetado por seus próprios interesses e sua posição social atual, a única forma de determinar qual é a distribuição justa de recursos é aquela em que o critério de distribuição não seja informado por qualquer uma dessas contingências.

O procedimento concebido para levar a cabo tal projeto é a famosa posição original. Trata-se de uma situação fictícia em que os indivíduos se encontram em posição de equidade em relação uns aos outros. Isso porque todos estão sob o chamado véu da ignorância, uma circunstância na qual ninguém sabe nada a respeito de sua própria identidade ou sobre as condições da sociedade em que vivem. Ninguém sabe qual sua idade, profissão, religião, metas pessoais ou patrimônio, assim como também desconhecem o local onde moram, o clima, as características geográficas e os recursos naturais de sua região. Assim colocados, os indivíduos terão à sua disposição uma lista de princípios de justiça possíveis, dos quais deverão escolher de forma unânime aquele que irá reger sua sociedade (RAWLS, 1971).

A ideia por trás da posição original é que, se nenhum dos participantes possui qualquer informação específica sobre si mesmo ou sobre seus interesses, então é impossível que qualquer escolha assim feita favoreça uns em detrimento de outros. Como todos possuem o mesmo nível de desinformação a respeito de si e de seu contexto social, qualquer escolha que traga um benefício para alguém estará potencialmente beneficiando todos ao mesmo tempo. Em outras palavras, a posição original é projetada de tal maneira que os princípios de justiça dela derivados serão seguramente imparciais e dispensarão a todos o mesmo tratamento.

Como observa Samuel Freeman (1996), há algo de kantiano na posição original. Ao conceber os indivíduos como desconhecedores de suas próprias concepções de bem e aspirações, Rawls produz um contrato imaginário no qual estão representados apenas aqueles traços que os definem enquanto agentes morais, a saber, sua racionalidade, sua capacidade de obedecer a uma concepção justiça, etc. É possível interpretar,

nesse sentido, que, assim como Kant (2007) concebera que a moralidade só surge com o afastamento das inclinações, Rawls teria dito que os princípios de justiça só podem ser alcançados quando as contingências econômicas históricas e culturais são postas de lado.

Destarte, toda a justiça como equidade pode ser lida como a defesa de uma ideia fundamental: a ideia de que o destino de um indivíduo dentro da sociedade não pode ser determinado por outra coisa senão suas próprias escolhas. Equidade, nesse sentido, significa aquele estado de coisas em que as pessoas, por mais distintas que sejam suas origens, não tenham menos ou mais chances do que outras de realizar suas próprias concepções de bem. Politicamente, o que Rawls tem em vista é uma concepção de justiça que controle o modo como as principais instituições atribuem encargos e benefícios (a assim chamada estrutura básica da sociedade),<sup>1</sup> a fim de que a influência das contingências da realidade social sejam minimizadas.

## 2.1 Os dois princípios de justiça

Dadas essas informações, podemos passar para uma análise sucinta do conteúdo dos dois princípios de justiça. Entre todas as opções disponíveis – incluindo o princípio de utilidade em sua forma original, o princípio de utilidade com modificações, o princípio de perfeccionismo moral, etc. – Rawls considera que os indivíduos na posição original acabariam por escolher seus dois princípios de justiça. Aquilo que os dois princípios se encarregam de distribuir são o que Rawls denomina de bens primários,<sup>2</sup> as coisas as quais seria razoável presumir que todos os indivíduos desejam para si, por serem necessárias para a realização de qualquer concepção de bem.

O primeiro princípio trata da distribuição de direitos e liberdades, ao passo que o segundo ocupa-se da distribuição de bens econômicos (riqueza, renda, patrimônio, etc.). Analisemo-los por ordem. Todos os dois princípios são colocados por Rawls primeiro em uma forma preliminar e passam por sucessivas mudanças até atingir uma formulação acabada. No caso do primeiro princípio essa formulação pode ser encontrada em:

Cada pessoa terá igual direito ao mais amplo esquema total de iguais liberdades básicas compatível com um sistema de liberdade semelhante para todos.

### Regra de prioridade

Os princípios de justiça serão elencados em ordem lexical, de forma que a liberdade possa ser restringida apenas em prol da própria liberdade. Há dois casos: (a) uma liberdade menos extensa deve fortalecer o sistema total de liberdades compartilhado por todos, e (b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para todos aqueles com liberdade reduzida (RAWLS, 1971, p. 250, tradução livre).

O texto por si só já é bastante didático. O que o primeiro princípio de justiça nos revela é que não é aceitável que uma pessoa tenha uma carga menor de direitos e liberdades básicas do que outra, a menos que isso seja plenamente justificado dentro de certas hipóteses predeterminadas. Liberdades básicas é a expressão que Rawls usa para se referir a um conjunto de liberdades que não é exaustivamente delimitado – ou seja, liberdades que não podem formar um rol fechado e finito, uma vez que mudanças nas circunstâncias sociais podem gerar a necessidade de se proteger juridicamente liberdades que antes não o eram – mas cujos exemplos dados pelo próprio Rawls permitem inferir que dizem respeito àquelas liberdades que desde o começo da modernidade estiveram no centro das pautas liberais. Liberdade de expressão, liberdade de pensamento, liberdade de locomoção, a possibilidade de ser titular de propriedade, entre outras.

Desse modo, o primeiro princípio expressa, com uma linguagem mais sofisticada e alguns novos detalhes, a máxima típica de teorias liberais, segundo a qual todos são iguais em direitos e deveres. O motivo mais direto pelo qual um princípio como este seria escolhido na posição original é que não seria razoável que

<sup>1</sup> Há certa indeterminação em *Uma Teoria da Justiça* sobre exatamente quais instituições fazem parte da estrutura básica da sociedade. O que se pode ter certeza é que o Estado e o mercado o são, mas há certa dúvida, por exemplo, sobre se a família como instituição também seria. Inclusive, a questão da relação entre família e justiça social é um dos aspectos-chave para o debate entre a teoria rawlsiana e o feminismo em suas diversas versões. A esse respeito, é interessante a exposição de Roberto Gargarella (2008).

<sup>2</sup> É interessante observar que o conceito de bens primários é anterior à teoria madura de Rawls, remontando ao período em que ele ainda apresentava em versões fragmentadas à comunidade acadêmica na década de 60. Já naquele período Rawls (mais especificamente, em um artigo de 1968) considerava que os bens primários são: direitos, liberdades, renda, riqueza, oportunidades e o autorrespeito, este último dotado de uma complexidade especial que não pode ser analisada aqui.

as partes do contrato acordassem uma disposição diferente. Nenhum indivíduo dotado de plena consciência e um mínimo de raciocínio prospectivo concordaria com uma distribuição desigual de direitos e liberdades previamente estabelecida, pois sempre haveria a possibilidade de que este indivíduo, dentro da sociedade operante, fosse um daqueles com uma parcela de direitos reduzida.

O primeiro princípio, no entanto, também possui um significado político mais sutil que não pode ser descartado: a atribuição de um igual e mais amplo esquema de liberdades básicas que cumpra a função de produzir em cada um senso igual de cidadania. Quer dizer, o caráter igualitário da distribuição de direitos e liberdades serve ao propósito de fazer com que os membros da sociedade se reconheçam como detentores do mesmo valor na condição de cidadãos. Trata-se de fazer uma equiparação entre as pessoas, de sorte que, mesmo quando elas sejam desiguais economicamente, ainda sejam plenamente iguais como sujeitos de direito.

Por essa razão, toda e qualquer organização de caráter estamental ou em castas resta excluída pelo primeiro princípio. O conjunto das liberdades básicas também constituem as condições necessárias para que cada um formule e persiga sua própria concepção de bem. O esquema tem de ser “o mais amplo” a fim de que ao indivíduo seja assegurado um certo rol de escolhas que somente ele pode fazer por si e jamais qualquer outra pessoa em seu lugar, nem mesmo quando todos os demais poderiam se beneficiar da restrição de sua liberdade.<sup>3</sup>

Disso se pode extrair uma informação relevante. A maneira como Rawls concebe direitos e liberdades é estritamente negativa. Significa dizer que direitos e liberdades, na teoria rawlsiana, são pensados apenas como limites que outros não podem ultrapassar, não mais do que proteções contra a interferência de terceiros. Tal concepção é um equivalente quase exato daquilo que Constant (2019) caracteriza como “liberdade dos modernos”.

Nesse sentido, Thomas Pogge (2007) ressalta que a noção rawlsiana de direitos e de liberdade possui apenas duas dimensões: a extensão (*extent*) e a proteção (*security*). A extensão diz respeito ao escopo do direito/liberdade em questão, isto é, refere-se àquilo que eles permitem ao indivíduo fazer. A proteção, por sua vez, tem a ver com as medidas adotadas pelas instituições para efetivamente evitar que o exercício do direito/liberdade seja afetado por coerção ou violência indevida.

Não há, na concepção de direitos e liberdades de Rawls, uma preocupação material sobre se o indivíduo dispõe ou não dos meios e das condições necessárias, e sim uma preocupação formal sobre se o direito é reconhecido pelas instituições e se elas tomam providências contra interferências indevidas. Quando uma pessoa tem menos habilidade ou menos condições do que outra de exercer certa liberdade, para Rawls, não significa que ela tenha liberdades diferentes, mas sim que as suas liberdades têm um *valor* diferente, o que por si só não é algo inadmissível. Rawls afirma várias vezes que é preciso especialmente que as liberdades relacionadas à política tenham valor igual ou equitativo para todos, aspecto que exploraremos logo adiante (SCANLON, 1973).

Por sua vez, o segundo princípio, como já referimos, é o responsável por regular a distribuição de bens econômicos. É com base nele que se determina como os indivíduos podem atingir diferentes posições de liderança e chefia dentro da sociedade e quais desigualdades podem existir. É, pois, um princípio voltado ao mercado como instituição componente da estrutura básica da sociedade, impondo-lhe os freios necessários para que o estado de coisas resultante seja sempre justo. A formulação completa deste princípio é dada por Rawls da seguinte forma:

Desigualdades sociais e econômicas devem ser configuras de tal forma que sejam tanto:

- a. Para o maior benefício dos menos favorecidos, consistentemente com o princípio das economias justas e
- b. Vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades (1971, p. 302, tradução livre).

<sup>3</sup> A concepção dos direitos individuais como as fronteiras últimas que nem a sociedade civil inteira nem o Estado podem ultrapassar não é específica de Rawls. Na verdade, pode ser encontrada de uma forma ou de outra em praticamente todos os autores liberais, tendo um de seus desenvolvimentos mais importantes em Dworkin, com sua famosa concepção de direitos como trunfos.

Novamente, a redação de Rawls é de notável clareza. Em linhas gerais, o que o segundo princípio pretende estabelecer é que não podem existir quaisquer desigualdades sociais. Afastando-se de concepções de justiça socialistas, Rawls admite que a sociedade justa possa ter disparidades econômicas entre seus membros, mas essas disparidades só serão aceitáveis se atenderem àquele par de critérios supracitado, mas de forma alguma é possível se confundir com utilitarismo, uma vez que a permissibilidade dessas desigualdades em absoluto tem a ver com a produção de simples bem-estar para a maioria.

Em vez disso, Rawls elabora um critério de complexidade consideravelmente maior. Mais precisamente, são duas as partes que compõem o segundo princípio, uma tendo novamente prioridade sobre a outra, na seguinte ordem.

O primeiro subprincípio estabelece que só poderá haver uma desigualdade socioeconômica se ela deriva de cargos e posições abertos a todo em igualdade equitativa de oportunidades. Aqui há tanto uma dimensão formal quanto uma dimensão material. A dimensão formal é que ninguém pode ser impedido de disputar ou concorrer a um desses cargos. Exclui-se, assim, qualquer hipótese de privilégio econômico em razão do nascimento ou da origem. A dimensão material é que todos os interessados em atingir um mesmo cargo ou posição precisam dispor das mesmas condições de preparação para tal, sem que um seja colocado em desvantagem desde o começo por possuir menos recursos que o outro.

O segundo subprincípio, famoso como princípio da diferença, coloca ainda um outro filtro para as desigualdades. Não basta que elas derivem de cargos acessíveis com oportunidades equitativas. É preciso, além disso, que a existência dessa desigualdade coloque os menos favorecidos na melhor situação possível. Em outros termos, uma desigualdade socioeconômica, para ser aceitável, deve beneficiar não apenas aqueles que forem diretamente favorecidos por ela; devem, também, gerar resultados positivos para os que não são por ela contemplados.

Na prática, o princípio da diferença de Rawls quer expor que as desigualdades jamais podem ser aleatórias. Antes, elas precisam servir a algum papel dentro da sociedade. Uma profissão ou uma certa carreira só poderia receber remuneração melhor do que outras se esta remuneração diferenciada de alguma forma beneficia inclusive os que não fazem parte dela.

Rawls acredita que a escolha desses dois subprincípios para, juntos, compor o segundo princípio de justiça, também se fundamente no tipo de raciocínio autointeressado que as partes na posição original teriam. Se, uma vez assegurados plenamente seus direitos, os indivíduos notarem que certas desigualdades são capazes de melhorar suas circunstâncias individuais, não haveria razão para não admiti-las. Pressupondo que nenhum deles se incomoda com as condições do outro desde que a sua não seja afetada, o mais racional seria que todos concordassem em permitir aquelas desigualdades que trouxessem algum benefício para todos individualmente.

Obviamente, nenhum indivíduo plenamente racional aceitaria ser sumariamente excluído da possibilidade de gozar daquelas posições privilegiadas. Por isso todos acordariam que essas desigualdades precisariam ser tais que todas as pessoas pudessem almejar alcançá-las, ou seja, abertas à livre concorrência entre os indivíduos. Tampouco admitiriam que meras contingências, como nascer pobre, pudessem afetar as chances nessa competição, do que se deriva a exigência de igualdade equitativa de oportunidades.

E de que forma poderia uma desigualdade ser benéfica para todos? A resposta de Rawls (1971) a essa questão tem a ver com o fato de que recompensas diferenciadas poderiam funcionar como incentivos. Aquelas cargos, ofícios e profissões mais difíceis, exigentes e custosos em termos de preparação e treinamento precisariam ser mais bem recompensados para que os indivíduos pudessem sentir-se estimulados a participar deles. Ademais, quanto mais indivíduos envolvidos nessas posições, mais resultados positivos seriam gerados para a sociedade como um todo.

Assim, no entender de Rawls, se o mercado remunera melhor o médico do que o faxineiro, isso funcionaria como um atrativo para que mais indivíduos decidissem enveredar pela carreira médica. Isso, por sua vez, tende a elevar o nível dos serviços de saúde disponíveis na sociedade, o que favorece os interesses inclusive dos indivíduos que não são médicos. Provavelmente, a maior inovação que se pode encontrar aqui é a defesa de que a desigualdade não pode simplesmente ser permitida; ela precisa impreterivelmente servir às pessoas (FREEMAN, 2007).

Com efeito, pode-se perceber um certo ideal ético presente nessa proposta, que torna bastante explícito o caráter deontológico da teoria de Rawls. Não importa o quanto grandiosos sejam os resultados que poderiam ser obtidos pelo afrouxamento das regras do mercado, é preciso abrir mão deles se não se conformarem aos requisitos do segundo princípio. Dito de outro modo: no que respeita à distribuição de renda e riqueza, a eficiência sempre deve se curvar à justiça, que prevalece como valor supremo no funcionamento das instituições.

### 3 A PROPOSTA DE SCANLON

Feitas essas colocações, nosso primeiro objetivo foi alcançado. Ao estabelecermos a dimensão político-moral de cada um dos princípios de Rawls, podemos perceber de que maneira o valor da igualdade se faz presente. A justiça, em Rawls, não tem a ver com criar um estado de coisas em que os indivíduos possuem um mesmo nível de recursos; mas sim, como havíamos mencionado, com criar um estado de coisas em que o seu grau de sucesso ao perseguir uma concepção de bem não seja determinado por fatores contingentes e alheios à sua vontade.

Então, um dos sentidos da distribuição rawlsiana é fazer uma alocação de recursos que, do ponto de vista de indivíduos com posições distintas dentro da sociedade, seja recíproca. Um recebe um benefício (como um salário maior), e outro recebe um outro benefício correlacionado (como a possibilidade de dispor de um serviço importante). Tudo isso, é importante lembrar, sem que a igualdade plena no plano dos direitos e liberdades seja afetada, conforme estabelece a prioridade lexical entre o primeiro e o segundo princípio. Não é possível admitir qualquer desigualdade se ela tem como efeito diferenciar as pessoas também quanto aos direitos e liberdades de cada uma.

Esta ideia, da admissibilidade das desigualdades estar condicionada às iguais liberdades permanecerem intactas, já foi alvo de críticas em mais de uma ocasião. Entre elas, certamente merece destaque a crítica dirigida pelo ex-professor de Rawls, H. L. A. Hart (1973), com base no argumento de que escolha por essa regra de prioridade só faria sentido para alguém que já adotasse um liberalismo deontológico. Segundo esse raciocínio, a teoria da justiça como equidade estaria comprometida com uma certa ideologia política desde o começo, prejudicando assim sua pretensa capacidade de imparcialidade.

A hipótese que queremos apresentar, contudo, é de que também é possível encontrar uma outra tensão entre os dois princípios de Rawls e a relação de prioridade entre eles quando a justiça como equidade é olhada pelo prisma das questões recentemente levantadas por Thomas Scanlon.

Scanlon é um autor já antigo no debate sobre teorias da justiça. Desde a década de 70 esteve entre aqueles que fizeram as primeiras análises e tentativas de exegese da teoria da justiça de Rawls. Suas próprias contribuições para o campo da filosofia política normalmente tendem a levar a comunidade acadêmica a classificá-lo também como um liberal igualitário (como Rawls, Dworkin e Sen) e com estratégia argumentativa neocontratualista (como Rawls e Gauthier), com nuances em relação a outros autores das mesmas linhas.

Apesar de toda a produção considerável de Scanlon ao longo de sua carreira, nossa atenção centrar-se-á em sua última obra publicada, que tem como título *Why Does Inequality Matter?* (2018). Antes de fazer qualquer consideração sobre os argumentos que nele se encontram, é importante ter em mente qual é sua proposta. Scanlon está ciente de que muitas das discussões sobre justiça distributiva giravam em torno da questão da igualdade, de seu valor, da necessidade de sua realização, etc. Com seu mais recente livro, Scanlon pretende reconfigurar o foco da investigação. Em vez de questionar por que devia haver igualdade, sua proposta é interrogar o que há de errado na desigualdade.

As questões parecem ser iguais, mas essa é uma identidade apenas aparente. Se perguntar pela igualdade equivale a investigar por que não devia haver diferenças, perguntar pela desigualdade equivale a analisar o que está incorreto quando as diferenças estão presentes. Scanlon então procederá a uma análise detida sobre seis formas diferentes de como pode haver desigualdade entre os indivíduos e assim expor quais são as razões morais pelas quais cada uma dessas desigualdades são objetáveis. Nas palavras do autor:

Precisamos de uma abordagem clara sobre as razões para nos importarmos com igualdade e desigualdade. Também necessitamos de uma tal abordagem para compreender o que há de errado com leis e instituições que promovem desigualdade, e como mudanças nessas instituições a fim de produzir igualdade social podem

ser justificadas. Mesmo que fosse algo bom que os pobres estivessem em melhores condições, ou se fosse bom que as diferenças entre pobres e ricos diminuíssem, ainda poderia ser que a consecução desses objetivos por meio da redistribuição fosse algo errado (SCANLON, 2018, p. 3, tradução livre).

Claramente não é possível aqui fazer alusão aos argumentos de Scanlon para os vários tipos de desigualdade que são estudadas em seu livro. Nessa perspectiva, é importante deixar claro, a abordagem de Scanlon se distingue da de Rawls porque, diferentemente deste último, o autor tem como pretensão elaborar uma teoria da justiça unificada que forneça critérios capazes de solucionar todas as questões de justiça distributiva no âmbito das instituições sociais. Em vez disso, como mencionado anteriormente, trata-se muito mais de fazer um levantamento de quais são os principais contextos da vida social em que a desigualdade socioeconômica se faz presente de forma saliente para então demonstrar por qual ela seria moralmente objetável segundo as especificidades daquela situação em particular.

A pluralidade temática e a diversidade de ângulos de análise encontradas na obra de Scanlon tornam seu estilo de fazer filosofia política sensivelmente diferente do de Rawls. Se este tinha a pretensão de deduzir quais os critérios para a distribuição de benefícios e encargos que poderia ser aceita em uma posição hipotética de equidade, aquele está muito mais preocupado em saber quais são as repercussões concretas da existência da desigualdade nas mais diversas esferas da vida social, elucidando como elas se combinam para produzir situações de desvantagens comparativas cada vez maiores entre os indivíduos.

Essa diferença metodológica entre os dois autores, um de orientação mais normativa e abstrata e o outro de orientação mais prática e concreta, é um elemento que torna a análise de um à luz do outro ainda mais interessante. Assim, a abordagem de Scanlon proporciona as informações empíricas necessárias com as quais seria possível avaliar até que ponto a proposta de Rawls é capaz de produzir o estado de coisas que ele considera como ideal.

Destarte, no bojo de suas análises, Scanlon (2018) será levado a se debruçar sobre uma diversidade de questões de justiça ao longo de sua obra. A distribuição desigual dos benefícios gerados por políticas públicas, a questão do mérito e do esforço pessoal no mercado de trabalho, assim como os critérios de seleção para cargos oficiais remunerados são algumas das problemáticas abordadas no livro. Embora todas essas discussões concentrem-se no mesmo aspecto, a saber, a desigualdade socioeconômica, cada uma delas incorpora premissas próprias, fazendo com que delas resultem argumentos que possuem certo grau de autonomia.

Exatamente em virtude desse caráter eclético e variado do pensamento de Scanlon, é mais adequado, metodologicamente falando, selecionar apenas o argumento mais pertinente para a temática tratada neste artigo. Para nossos fins, o que importa de fato é aquilo que o autor tem a dizer sobre a questão da equidade no campo da política, ou seja, no exercício dos direitos políticos, de votar e de ser votado. Até mesmo este argumento, que pode ser encontrado em sua melhor versão no capítulo 6º da obra, possui certa complexidade por si mesmo, o que nos obriga a selecionar apenas algumas de suas premissas e etapas para tornar mais precisa nossa discussão.

Em primeiro lugar, Scanlon quer deixar clara a distinção entre analisar a igualdade dentro da política e analisar a igualdade dentro de outros postos ou cargos dentro da sociedade. Instituições de natureza não diretamente política e não eletiva, como universidades, bancos, hospitais, entre outros, possuem uma forma de justificação estruturalmente diferente daquela que é válida para instituições políticas.

Instituições como essas primeiras se justificam na medida em que tenham algum papel a desempenhar ou alguma utilidade (não no sentido do utilitarismo) para oferecer. Precisam servir a algum propósito relevante. Mais do que isso, os indivíduos selecionados para operar essas instituições precisam ser tais que a sua presença nelas de fato concretize o propósito para o qual foram criadas.

Nesse viés, a seleção de um indivíduo para ocupar um lugar em uma instituição como essa (para ocupar uma vaga de emprego, por exemplo) é justificada apenas quando os critérios dessa seleção são exatamente aquelas qualidades necessárias que alguém precisaria ter para conferir funcionalidade àquela posição e, consequentemente, àquela instituição. Aqui, a relação com a igualdade equitativa de oportunidades rawlsiana é clara: toda seleção dessa espécie é injustificada quando os indivíduos possuem oportunidades diferentes para se prepararem para ocupar aquela posição.

Já nas instituições de natureza política e preenchidas pela via eleitoral, temos uma configuração com diferenças importantes. Para cargos eletivos, o que importa também é que a pessoa ocupante tenha sido preferida e desejada para estar lá pelos membros da comunidade, do contrário não se pode falar que há representação genuína de ninguém por parte de ninguém.

Por outro lado, Scanlon (2018) observa que um governo também é atacável quando as escolhas dos governantes atendem apenas aos interesses daqueles que o elegeram. Isso porque todas as ações governamentais afetam diretamente a capacidade dos indivíduos de realizarem sua própria concepção de bem, entre as quais uma não pode ser reputada como mais valiosa que outra. Se o governo age de tal forma a beneficiar apenas os que estão a seu favor, ele lhes dispensa uma consideração desigual, o que é moralmente inaceitável.

Scanlon reúne essas premissas, que se acumulam de suas análises anteriores, com alguns dados obtidos por pesquisas empíricas a respeito da influência que as desigualdades econômicas podem exercer sobre questões políticas, como votação de projetos de lei, processos de licitação, etc. Em linhas gerais, o que essas pesquisas apontam é que a distribuição desigual de renda e riqueza dentro da sociedade faz com que os mais ricos tenham maiores possibilidades de ver seus interesses atendidos pelos governantes do que os mais pobres.

Por qual razão, todavia, exatamente isso seria moralmente objetável? Para Scanlon (2018), o problema moral com a disparidade econômica se alastrar para a política está no fato de que entre ricos e pobres há desacordos tão importantes a ponto de afetar a vida de grupos inteiros dentro da sociedade. Em praticamente todas as questões que envolvem alocação de recursos – como impostos, programas sociais, serviços públicos – é altamente provável, para não dizer inevitável, que as opiniões entre mais abastados e menos favorecidos divirjam completamente.

Ora, continua Scanlon, se nesse cenário for verdade que o grupo dos ricos possui mais poder para levar a cabo suas pretensões em detrimento dos pobres, então estamos falando de uma situação em que alguns (os mais pobres) perdem boa parte de sua possibilidade de fazer as instituições políticas agirem em seu favor. Perdem, portanto, parte de sua capacidade de controlar seus próprio bem-estar e seu próprio destino.

Assim, o caráter moralmente objetável da desigualdade na política gerada pela desigualdade econômica de fundo deve-se ao fato de que esta última desigualdade confere aos mais ricos um poder de controle sobre a esfera pública que lhes permite manuseá-la de uma forma que os mais pobres não podem. Scanlon admite que esse seja um fato de caráter contingente. É possível conceber um mundo em que haja pessoas pobres e ricas sem que estas usem o poder derivado de sua riqueza para conduzir a política em rumos desfavoráveis a aquelas. O próprio autor, contudo, também observa que todas as evidências a respeito da realidade mostram o quanto implausível é acreditar que possa haver um mundo assim. Na verdade, é praticamente impossível desvincilar uma coisa da outra (SCANLON, 2018).

Não bastasse isso, Scanlon chama a atenção também para a maneira como a desigualdade socioeconômica pode afetar inclusive o pano de fundo no qual se dão as tomadas de decisão no campo político. Para que qualquer pessoa seja capaz de formular um juízo sobre qual candidato ou partido mais corresponde às suas preferências, é preciso, no mínimo, que ela esteja bem informada sobre a situação atual da sociedade e das implicações de cada tipo de plano político, critério este que não pode ser igualmente atingido por todas as pessoas se elas não gozarem das mesmas possibilidades de acesso a uma formação educacional de qualidade.

De outro lado, é impossível que qualquer um seja bem-sucedido na competição por um posto no âmbito da política se não tiver condições de fazer com que suas propostas e sua perspectiva sejam conhecidas por todos os demais e amplamente difundidas entre os cidadãos. Na realidade, isso se traduz, por exemplo, na questão do financiamento eleitoral. Quem dispuser de menos recursos para esse fim inevitavelmente terá chances menores perante os concorrentes que possuem mais. Novamente, a questão da distribuição de renda e riqueza não esconde sua extensão para a política.

### 3.1 Quebra da prioridade lexical

Os passos aduzidos anteriormente levarão Scanlon à conclusão de que o valor equitativo das liberdades políticas de que falava Rawls precisa ser entendido por uma perspectiva diferente da interpretação usual. Normalmente, comprehende-se que Rawls teria querido dizer que todos os indivíduos devem ser politicamente capazes das mesmas coisas, ou seja, que todos deveriam possuir as possibilidades de influenciar os rumos da

política a seu favor. Para que a questão das liberdades na política, no entanto, possa ser compatibilizada com as outras problemáticas levantadas por Scanlon, é preciso atribuir um novo sentido, como podemos ver nos termos do próprio autor:

Se os ricos tivessem maior probabilidade de sucesso nesses quesitos porque a maioria dos votantes particularmente admira pessoas ricas e confia em seus julgamentos, isso não indicaria uma ausência de equidade das instituições políticas, o que quer dizer que isso possa nos dizer sobre a sabedoria do eleitorado. Uma falta de equidade haveria, no entanto, se os ricos tivessem maior probabilidade de obter cargos e influenciar políticas porque sua riqueza maior os tornam muito mais capazes de concorrer a cargos e participar da política de outras formas, como apoiando outras campanhas políticas.

Concluo a partir disso que o ponto de Cohen sobre a igual oportunidade de influência política deveria ser entendido como igual acesso aos *meios* para atingir cargos e, de forma mais geral, influenciar a política pelo processo eleitoral (SCANLON, 2018, p. 80, tradução livre).

Scanlon, então, concordando com Joshua Cohen, enfatiza que a verdadeira igualdade no campo da influência política só pode existir se todas as pessoas possuírem os mesmos meios para exercer sua influência, os mesmos recursos que permitem que essa influência seja praticada. O que é curioso a respeito dessa conclusão é que havia partida da ideia de igual valor das liberdades políticas de Rawls, mas veio a assumir uma conotação quase que totalmente diferente daquela que Rawls dá a essa ideia.

Destarte, como mencionamos anteriormente, Rawls é bastante claro ao explicar que o seu igual esquema de liberdades básicas não significa que todas as pessoas ao mesmo tempo precisam ter tudo aquilo que é preciso para exercer plenamente essas liberdades. Um indivíduo continua sendo livre para ir e vir mesmo que suas atuais circunstâncias o privem dos recursos necessários para que ele pudesse se deslocar até determinado local de sua preferência. Isso decorre, vale enfatizar, do caráter negativo que o conceito rawlsiano de direito e de liberdade possui. A exceção mais importante enfatizada por Rawls, vale repetir, é a das liberdades políticas.

Se é verdadeira, o entanto, a conclusão de Scanlon, e não há outra forma de entender coerentemente o igual valor das liberdades políticas a não ser como equiparação quanto aos meios de influência, parece surgir uma contradição na teoria de Rawls. Isso porque, novamente, todas as desigualdades de influência na política têm suas raízes em desigualdades econômicas e sociais. Segue-se disso que a eliminação dessas desigualdades de influência política implicaria a eliminação das desigualdades sociais que as geraram.

Ocorre que essas desigualdades socioeconômicas poderiam elas mesmas ser aprovadas pelo segundo princípio de justiça de Rawls. Se isso for verdade, então aparentemente estamos diante de um duplo paradoxo: por um lado, um conceito rawlsiano (o de igual valor das liberdades políticas) não admite ter outro conteúdo coerente com a realidade a não ser um que se opõe à ideia inicial de Rawls; e, de outro, uma desigualdade econômica que poderia ser aceita à luz do segundo princípio acabaria por gerar justamente o desnível em termos das liberdades que o primeiro princípio havia proibido. De toda sorte, torna-se impossível sustentar a prioridade lexical entre os dois.

Para que possamos efetivamente entender a existência desse paradoxo, há um argumento que se faz necessário imediatamente afastar. Trata-se do argumento segundo o qual a teoria rawlsiana excluiria as desigualdades que produziriam aquelas disparidades de influência política. Um raciocínio como esse estaria embasado em uma interpretação de Rawls que não se sustenta. É mais do que evidente que o segundo princípio não admite toda e qualquer desigualdade, mas nada leva a entender que as desigualdades por ele admitidas não possam ser consideráveis.

Em outras palavras, nada na teoria de Rawls parece sugerir que uma desigualdade não seria aceita apenas por ser grande. Uma desigualdade pode ser bastante considerável e ainda assim respeitar os dois subprincípios, da igualdade equitativa de oportunidades e da diferença. Na verdade, dependendo de qual sociedade se esteja falando, é possível inclusive que o princípio da diferença só possa ser satisfeito se a desigualdade entre um grupo e outro for muito elevada (POGGE, 2007).

Uma situação como essa não é nem mesmo difícil de conceber. Poderíamos simplesmente imaginar uma sociedade em que a agricultura fosse absolutamente essencial para todos, e apenas um décimo dos indivíduos possuísse uma aptidão excepcional para um cultivo eficiente do solo. Acrescente-se, contudo, que

esse cultivo seja especialmente difícil, cansativo, demorado e custoso. Resguardados os mesmos direitos para todos e a mesma possibilidade de todos tentarem a carreira de agricultor, a solução rawlsiana provavelmente seria que os agricultores precisariam ter um patamar muito elevado em relação aos outros para que se sentissem suficientemente estimulados ao ofício, de modo que uma desigualdade elevada seria aceita.

Assim, posto que a teoria de Rawls regula as desigualdades, mas não impossibilita que elas sejam de dimensão considerável, as desigualdades apontadas por Scanlon não seriam prontamente excluídas apenas por serem grandes. Pelo contrário, elas poderiam perfeitamente ser aceitas, de uma maneira que tem a ver com como Rawls concebe a instituição de seus princípios de justiça.

De fato, Rawls (1971) não considera que os dois princípios, mais a regra de prioridade que controla a relação entre eles, possam ser diretamente aplicados pelas autoridades simplesmente por terem sido escolhidos a partir da posição original. Antes, eles precisam ser gradualmente introduzidos na sociedade. Primeiro, devem ser incorporados ao ordenamento jurídico como um todo, sendo acrescentados ao texto constitucional ou às normas que têm *status* equivalente ao de normas constitucionais.

Após isso, precisam ganhar concretude e incorporados às leis e às demais normas, até que todo o sistema já esteja plenamente regulado pela concepção de justiça que os dois princípios juntos constroem. Só então eles poderiam ganhar aplicação prática a casos concretos envolvendo distribuição de bens primários. A regra de prioridade, dentro desse processo, funcionaria como espécie de parâmetro, com base no qual a aplicação e instituição do segundo princípio é afastada se ainda o primeiro não tiver sido efetivado.

A questão é que, em um processo como esse, é possível que desigualdades como as apontadas por Scanlon surgissem e a princípio fossem reputadas como aceitáveis. Isso porque a relação entre desigualdades sociais e desigualdades de nível de influência na política é de natureza contingente, e não necessária. Assim, no curso das etapas da justiça de Rawls, primeiro os direitos e liberdades seriam todos registrados e estabelecidos de forma segura, como normas constitucionais, para que só depois o conjunto das instituições permitisse que alguns indivíduos passassem a gozar de uma parcela de renda e riqueza maior que a de outros. Essas desigualdades econômicas, uma vez permitidas, começariam a produzir paulatinamente as desigualdades problemáticas de influência na política.

A título de ilustração, poderíamos pensar em uma atividade que demandasse anos de preparo e treinamento, como a neurocirurgia. Em uma sociedade em que os indivíduos fossem iguais em direitos, e em que todos tivessem igual possibilidade concreta de se tornar neurocirurgião, a teoria rawlsiana apontaria como justa a distribuição na qual neurocirurgiões ganhassem bem mais que outras profissões, de modo que esse incentivo permitiria aos membros da sociedade gozarem de mais profissionais qualificados na área.

O problema que queríamos abordar é que o regime de remunerações diferenciadas já seria suficiente para que aqueles mais bem remunerados adquirissem poderes de influência sobre as decisões políticas em grau maior que os outros. Na prática, uma pessoa ter mais influência política que outra significa que sua opinião e seus interesses têm maior peso que os dos outros, o que por sua vez equivaleria a ter mais direitos políticos que os outros. O ponto é que essa disparidade quanto aos direitos políticos é uma desigualdade, pelo primeiro princípio de Rawls, inaceitável. Em outras palavras, as desigualdades que o segundo princípio legitima teriam o condão de desfazer o esquema igualitário de direitos e liberdades instituído pelo primeiro.

Nesse sentido, está-se diante de um processo de autodestruição. A regra de prioridade de Rawls exige que a distribuição igualitária do primeiro princípio seja respeitada para que qualquer desigualdade possa surgir. Mesmo assim, contudo, algumas das desigualdades posteriormente autorizadas pelo segundo princípio têm como consequência gerar um desequilíbrio que para o primeiro princípio é inadmissível, na medida em que a desigualdade de influência política seria o equivalente a alguns indivíduos possuírem mais direitos políticos do que outros. Uma vez que isso acontecesse, a relação de prioridade teria sido violada.

## 4 CONCLUSÃO

Se todos os argumentos aduzidos até aqui forem convincentes, resta concluir que existem pelo menos algumas desigualdades, aquelas quanto aos meios de informação e comunicação, que passam no crivo de Rawls para desigualdades socioeconômicas, conforme fixado no segundo princípio, mas que têm como efeito

a violação do primeiro princípio de justiça, que em tese deveriam respeitar. Em última instância, isso poderia significar a necessidade de uma atualização dos princípios de justiça rawlsianos, para que eles se tornassem capazes de dar conta desse fenômeno.

Não se trata de dizer, contudo, que Scanlon refutou Rawls por completo, ou que evidenciou a total inutilidade de suas proposições. Em verdade, o que ocorre é que a forma de abordagem de Scanlon, que se situa muito mais no terreno de ética prática, consegue apresentar um maior aprofundamento em questões particulares. Como foi possível observar na argumentação desenvolvida, isso deve-se ao fato de que Scanlon se diferencia metodologicamente de Rawls na medida em que todas as suas análises são construídas a partir de informações empiricamente constatáveis a respeito das sociedades capitalistas ocidentais.

Nesse sentido, a contribuição que se pretendeu dar com este artigo foi muito mais no sentido de uma tentativa de identificar de que forma teorias normativas formuladas a partir de abstrações – em Rawls, a posição original – podem encontrar certas dificuldades ao se aplicarem a casos particulares. Em se tratando de uma abordagem normativa como a justiça como equidade, é seguro afirmar que problemas de aplicação prática dessa natureza sejam reflexos do fato de a teoria em si ser elaborada por meio de uma metodologia essencialmente baseada em raciocínios abstratos.

Uma deficiência dessa natureza só poderia ser resolvida por uma teoria da justiça que já fosse, desde suas premissas iniciais, pautada em um diagnóstico a respeito das formas de dominação historicamente presentes na sociedade à qual ela se aplicaria. Ou seja, uma teoria temporalmente situada e sociologicamente enriquecida, de modo a possuir o potencial crítico de captar eventuais injustiças que poderiam advir da concretização de seus princípios.

## 5 REFERÊNCIAS

- AUDARD, C. *John Rawls*. London: Acumen Publishing, 2007.
- CONSTANT, B. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*: discurso pronunciado no Ateneu de Paris em 1819. São Paulo: Edipro, 2019.
- DWORKIN, R. Rights as Trumps. In: WALDRON, J. (org.). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1985.
- FREEMAN, S. Original Position. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 1996. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/original-position/>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- FREEMAN, S. *Rawls*. New York: Routledge, 2007.
- GARGARELLA, R. *As Teorias da Justiça depois de Rawls*: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- HART, H. L. A. Rawls on Liberty and its Priority. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 40, n. 3, p. 534-535, 1973.
- KANT, I. *Fundamentação à metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.
- LEUNG, K. W. Why Does Inequality Matter? T. M. Scanlon. *Journal of Applied Philosophy*. 2018. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/japp.12338?af=R>. Acesso em: 19 jul. 2019.
- MULGAN, T. *Utilitarismo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.
- POGGE, T. *John Rawls: His Life and Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Cambridge: The Belknap Press, 1971.
- RAWLS, J. Justice as Fairness. *Philosophical Review*, Durham, v. 67, n. 2, p. 164-194, abr. 1958.
- RAWLS, J. Distributive Justice: Some Addenda. *The American Journal of Jurisprudence*, South Bend, v. 13, n. 1, p. 51-71, jun. 1968.
- SCANLON, T. *Why Does Inequality Matter*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- SCANLON, T. Rawls' Theory of Justice. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 120, n. 5, p. 1.020-1.069, 1973.
- ZAMBAM, N. J. *Introdução à Teoria da Justiça de John Rawls*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

# NOVOS DIREITOS, ONDAS RENOVATÓRIAS E JURISDIÇÃO CIVIL

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.265-277>

Recebido em: 19/11/2019

Modificações solicitadas em: 20/4/2020

Aceito em: 9/11/2020

***Thiago Feiten Nunes***

Autor correspondente. Universidade Federal de Santa Maria. Av. Roraima, nº 1000 – Cidade Universitária – Bairro Camobi, CEP 97105-900. Santa Maria/RS, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/6172492223216753>. <https://orcid.org/0000-0002-6668-6119>. [nunes\\_127@hotmail.com](mailto:nunes_127@hotmail.com)

***Cristiano Becker Isaia***

Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria/RS, Brasil.

## RESUMO

Este trabalho apresenta uma possibilidade de adequação da jurisdição processual civil à modernidade. Por meio de um estudo teórico, procurou-se demonstrar as incongruências ideológicas havidas no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro em contraposição à eclosão de novos direitos em pleno século 21. Em que pesem as reformulações legislativas recentes, o modelo processual, ora vigente, congrega valores individualistas, patrimonialistas e liberais, com nítida crença em um rito ordinizado como caminho necessário à produção de uma decisão coerente. Por outro lado, tem-se as ondas renovatórias como conjunto proposto para efetivar o acesso à Justiça dentro do sistema jurídico. O propósito do questionamento a ser levantado nesta obra é de que o objetivo de todos os movimentos de acesso à Justiça é humanizar o mecanismo processual, além de atender aos anseios do Estado Democrático de Direito e buscar extinguir métodos que dificultem o acesso por parte da população. O que se vislumbra, assim, é a necessidade de aprimoramento de tal sistema jurisdicional, com a elaboração de procedimentos sumarizados e democratizados. O trabalho está dividido em dois tópicos, tratando, respectivamente sobre: (i) o diagnóstico do estado da arte do processo civil brasileiro e as ondas renovatórias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth; (ii) os caminhos para o protagonismo da jurisdição processual por meio de tais ondas. Salientando, nesta obra, que o acesso à Justiça não perfaz apenas a busca por mecanismos de provocação ou exercício do direito de ação, mas também de tutela jurisdicional rápida, efetiva e compatível materialmente com o Direito questionado em juízo. A estratégia metodológica tem caráter hermenêutico-fenomenológico.

**Palavras-chave:** Jurisdição. Ondas renovatórias. Constituição.

**NEW RIGHTS, RENEWAL WAVES AND CIVIL JURISDICTION**

## ABSTRACT

This paper presents a possibility of constitutionalization of civil procedural jurisdiction. Through a theoretical study, we tried to demonstrate the ideological incongruities in the Brazilian civil procedural law as opposed to the valuation charge provided for in the 1988 Federal Constitution. In spite of recent legislative reformulations, the procedural model, now in force, congregates individualistic, patrimonial and liberal values, with a clear belief in an ordinized rite as the necessary path to the production of a coherent decision. Moreover, the same system derives from the bourgeois ideals of the seventeenth century, in which the judge /interpreter would merely declare the law without the awareness of its effective realization in the empirical world. What can be seen, therefore, is the need to improve such a jurisdictional system, with the elaboration of summarized and democratized procedures, where there are spaces for effective action by the Judiciary, always in the concern to safeguard and give effectiveness and cohesion to rights. and fundamental guarantees. The work is divided into two chapters, dealing respectively with: the diagnosis of incongruities between constitution and civil process (the emergence of neoconstitutional reading and the state of the art of the Brazilian civil process) and the ways of (re) approximation between them, especially with the mention of the renewing waves of Mauro Cappelletti and Bryant Garth. Emphasizing, in this work, that the access to justice is not only the search for mechanisms of provocation or exercise of the right of action, but also of a fast, effective and materially compatible judicial protection with the right questioned in court.

**Keywords:** Jurisdiction. Renewable waves. Constitution.

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Novos direitos, processo civil e acesso à justiça. 2.1 O estado da arte do processo civil brasileiro. 2.2 Acesso à Justiça e Ondas Renovatórias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. 3 Aplicação da segunda e terceira onda como caminhos de (re)aproximação do processo civil ao seu desiderato. 3.1 A atuação da segunda e terceira Onda Renovatória como condição de possibilidade para o protagonismo da jurisdição processual civil. 4 Conclusão. 5 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A civilização humana e o próprio Direito por ela produzido – e a ela aplicado – vêm sofrendo suas constantes adaptações aos novos contornos sociais emergentes de uma sociedade globalizada e multifacetada. Tal enredo, por sua vez, constantemente alterado pelo processo de complexização das relações intersubjetivas e dos mecanismos de produção, pugna por um campo jurídico atrelado ideologicamente, em um contexto de contínua adaptação.

Sob o ponto de vista dos direitos fundamentais não é diferente. Na linha evolucional de tais direitos, diante do contexto sociopolítico pujante, exsurge uma nova perspectiva quanto a seus titulares, no qual a democracia, a solidariedade e o caráter difuso se fazem presentes, representando verdadeiros baluartes em uma sociedade toda globalizada e conectada.

Nesse prisma, estas referidas pretensões fundamentais, sobretudo transindividuais, quando violadas necessitam de uma jurisdição estatal apta a tutelá-las. É nesse enfoque que, no âmbito jurídico, o papel do Direito Processual Civil assume relevante importância, perfazendo-se um ramo específico destinado a regulamentar o processo de atuação jurisdicional-estatal desencadeado pelo exercício do direito de ação previsto constitucionalmente (artigo 5º, XXXV). Tal área assume relevante papel teleológico ante o disposto no texto constitucional, uma vez que se consubstancia no mecanismo necessário à obtenção da tutela de direitos e garantias, principalmente na atual configuração estatal vigente por parte do poder Judiciário.

Ocorre que, a partir de um estudo preliminar acerca do referido ramo do Direito, sobretudo da análise da obra *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*, de Ovídio Baptista da Silva (2006), constata-se que o processo civil brasileiro, em que pesem as recentes tentativas de reformulação legislativa bem-vindas, ainda está mergulhado em uma crise. Isto, pois, pelo aprofundamento teórico inicial para o desenvolvimento do presente trabalho, percebe-se a existência de um déficit democrático na jurisdição processual, a qual, inserida nos moldes patrimonialistas e liberais do século 17, mostra-se distante da real historicidade emergente, marcadas de transformações filosóficas, políticas e jurídicas ocorridas no seio do direito constitucional mundial no segundo pós-guerra.

Por outro lado, nesse cenário caótico, imprescindível é deixar emergir as influências advindas dos movimentos de acesso à Justiça, oriundos da década de 70 do século 20, nos quais o processo deve ser acessível e as técnicas processuais democratizadas, reforçando a tese de que o Direito Processual Civil deve ater-se às condições de tempo e espaço, a fim de se compatibilizar com o Direito pleiteado em juízo. A pretensão material, sem dúvidas, mostra-se, em tempos de direitos emergentes, mais volátil, acelerada, significativa e longe do rito e da ordinariedade ainda marcantes na formulação científica do processo civil.

O cerne do trabalho, então, estará em demonstrar que diante das modificações enfrentadas pela sociedade o Direito Processual Civil, como alavanca para a prestação jurisdicional e, consequentemente para a tutela do objeto litigioso, não pode mais coadunar-se com a temática individualista, conservadora e autoritária de dominação dos séculos anteriores. Necessária, portanto, é (re)leitura do acesso à jurisdição, calcado na obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a fim de buscar parametricidade entre processo civil e a real efetivação dos direitos materiais tutelados no bojo do procedimento.

Estruturalmente, o presente trabalho é dividido em dois tópicos. Na primeira parte demonstrar-se-á a existência de novos direitos, a inconsistência paradigmática do atual sistema processual civil posto, sobretudo mediante a abordagem da influência individualista, e a existência de ondas renovatórias de acesso à Justiça. Já no segundo item, com base nas constatações feitas, procurar-se-á elucidar alternativas de releitura à jurisdição processual civil, com ênfase nas Ondas Renovatórias de acesso à Justiça.

## 2 NOVOS DIREITOS, PROCESSO CIVIL E ACESSO À JUSTIÇA

Desde o início da evolução da racionalidade humana, a declaração e a consagração dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico foram frutos de uma longa evolução da sociedade, sobretudo mediante perenes lutas e disputas entre governantes e governados. Ademais, essa gama histórica de garantias e direitos normatizados, ante a consolidação do positivismo provocada nos séculos 17 e 18, no curso natural do tempo, passou a exteriorizar-se por meio do processo de constitucionalização ocorrido no mundo, principalmente na sua esfera ocidental. Nesse viés é a primorosa formulação de José Gomes Canotilho:

Mediante a positivização de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se em autêntica “reserva de justiça”, em parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal [...] sendo o fundamento de validade da constituição e a dignidade de seu reconhecimento como ordem justa e a convicção, por parte da colectividade, da sua bondade instrínseca (CANOTILHO, 1998, p. 115).

Oportunamente, aduz Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 306) que “todo cidadão, com efeito, não pode desconhecer que existe uma lei suprema, imposta aos povos e a seus governantes, da qual resulta a dignidade humana e dela direitos fundamentais, inalienáveis e imprescritíveis.” Nesse viés, para uma melhor compreensão do processo histórico e evolutivo pelo qual passou a humanidade, exteriorizar-se-á de forma muita sucinta a tão conhecida evolução dos direitos fundamentais. Tal iter evolutivo tem a intenção de propiciar apenas uma reflexão sobre as naturais e inevitáveis mudanças, sob as quais está condicionado o Direito, não nos revelando outra conclusão senão a de que os direitos fundamentais são valores, frutos de processo político e social, que recebem uma moldura jurídica com a finalidade de resguardo e não regresso.

Reforçando o sentido exposto são as palavras de Pérez Luño:

Los derechos humanos, en su acepción estricta, surgieron en el clima cultural ilustrado de la Modernidad. Fueron formulados entonces como categorías que pretendían expresar las exigencias intemporales y perpetuas de la naturaleza humana; como un conjunto de facultades jurídicas y políticas propias de todos los hombres y en todos los tiempos. Ese paradigma eleático concebía los derechos humanos como unas verdades, cuya evidencia podía demostrarse a través de los dictámenes de la recta razón (2006, p. 13).

Sem prejuízo da diversidade de classificações existentes a respeito do número de gerações de direitos fundamentais,<sup>1</sup> conforme afirma Paulo Bonavides, inegavelmente o lema da Revolução Francesa profetizou a sequência histórica da gradativa institucionalização dessa espécie de direitos, do qual decorre sua divisão em três gerações,<sup>2</sup> sucessivamente: direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade (BONAVIDES, 2009, p. 562). Tais gerações manifestaram-se perante a ordem institucional de forma sequencial, traduzindo, verdadeiramente, um processo gradual, cumulativo e qualitativo, e assumindo, na medida em que foram evoluindo, uma postura cada vez mais concretizadora e efetiva em contradição à abstrativização antigamente vigente.

Assim, quanto à classificação, os direitos de primeira geração correspondem aos direitos da liberdade, referindo-se aos direitos civis e políticos, e tendo como titular o indivíduo. São direitos de resistência ou oposição contra o poder público, de modo a pressupor uma separação entre Estado e sociedade, na qual esta última exige daquele apenas uma abstenção, ou seja, uma obrigação negativa visando à não interferência na liberdade individual.<sup>3</sup>

Já os direitos da segunda geração são os sociais, culturais e econômicos. Tal espécie é advinda da coletividade em si, pois derivam do princípio da igualdade, e apresentam seu surgimento aliado ao Estado social. São pretensões que exigem determinadas prestações estatais, fato que inevitavelmente ocasiona interrogações a respeito de sua aplicabilidade imediata, pois nem sempre o organismo estatal possui meios suficientes para cumpri-los.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> A existência de variáveis doutrinárias, quanto ao número de gerações de direitos fundamentais, é facilmente detectada pelas obras de Antonio Enrique Pérez Luño, Paulo Bonavides, Ingo Wolfgang Sarlet e José Luís Bolzan de Moraes.

<sup>2</sup> No presente trabalho utilizar-se-á o vocábulo “geração” como sinônimo de “dimensão”, sem adentrar no conflito terminológico promovido pela doutrina especializada, em que há o posicionamento por um ou outro termo em razão da manutenção da historicidade entre as gerações. O que resta evidente, importante frisar, é que gerações de Direito não significam a sobreposição de uma sobre a outra, fadando a mais remota ao esquecimento, mas sim, uma existência concomitante, diferenciando-se apenas quanto ao momento de sua inserção no Direito posto.

<sup>3</sup> Podem ser citados como exemplos de direitos fundamentais de primeira geração os direitos à vida, à liberdade e à igualdade, previstos no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Derivados de tais direitos, também podem ser destacados como direitos de primeira geração na Constituição brasileira as liberdades de manifestação (artigo 5º, IV), de associação (artigo 5º, XVII) e o direito de voto (artigo 14, caput).

<sup>4</sup> Como exemplo da segunda geração de direitos fundamentais, a Constituição brasileira prevê no artigo 5º, §1º a autoaplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Na Carta Magna de 1988 tais direitos estão elencados em capítulo próprio, denominado “Dos direitos sociais”, onde estão descritos diversos direitos fundamentais, entre os quais os direitos à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança e previdência social (artigo 6º, caput).

Nesta esteira evolutiva, novos conceitos de direitos fundamentais passam a ser objetivados. Novamente, segundo Paulo Bonavides, “o Estado passou a ter a obrigação de criar pressupostos fáticos para a realização dos direitos, indispensáveis ao pleno exercício da liberdade, sobre os quais o indivíduo já não tem propriamente o poder. Tais pressupostos começam a inspirar também a legislação de direitos fundamentais constante de tratados, pactos e convenções internacionais” (BONAVIDES, 2009, p. 573). Assim sendo, a globalidade torna-se personagem importante nesse desencadeamento evolutivo de valores mínimos a serem tutelados, de modo que a atuação jurídica em prol da normativização de tais fundamentos começa a pertencer a uma comunidade de Estados e não mais a um Estado em particular.

Ademais, seguindo esse curso histórico, assentados sobre os valores da fraternidade e solidariedade, surgem os ditos direitos fundamentais de terceira geração, de natureza difusa, os quais visam à proteção do ser humano em si, e não apenas do indivíduo ou do Estado em nome da coletividade. Nas palavras de Ingo Sarlet, a nota distintiva dessa dimensão de direitos reside na titularidade coletiva, muitas vezes indeterminada ou indefinida, a qual, em que pese possa ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção, o que se revela, a título de exemplo, no direito ao meio ambiente (SARLET, 2010, p. 49).

Com efeito, são identificados alguns exemplos não taxativos de direitos fundamentais de terceira geração, podendo, entretanto, surgirem outros direitos pertencentes a essa mesma geração, à medida que o processo universalista for se desenvolvendo: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o de comunicação, o direito do consumidor, a biotecnologia, a nanotecnologia, a bioengenharia, etc.

Ainda, apenas a título de complementação, alguns autores têm admitido a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais. Nesse sentido, enaltece Bonavides:

Em meio a uma sociedade que caminha rumo a uma globalização econômica neoliberal, cuja filosofia de poder é negativa e intenta a dissolução do Estado Nacional debilitando os laços de soberania, os direitos de quarta geração surgem junto à globalização política na esfera da normatividade jurídica. São eles os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Tais direitos formam o ápice da pirâmide dos direitos fundamentais (2009, p. 580).

Assim, diante do panorama histórico resumidamente tracejado, resta evidente a proliferação e fixação, entre o rol de direitos fundamentais, de uma série de pretensões transindividuais, dinâmicas, redimensionadas pelas contingências do nosso mundo global atual. Nesse diapasão, levando em consideração o atual paradigma de Estado Constitucional de Direito, e a força normativa relegada à Constituição, ocupando posição de supremacia absoluta dentro do ordenamento jurídico, imperiosa é a adequação/reformulação de toda atuação jurisdicional e da legislação infraconstitucional vigente no país a fim de resguardar, dar efetividade e, de fato, materializar a proteção dos respectivos direitos fundamentais transindividuais.

## 2.1 O estado da arte do processo civil brasileiro

Diante do contexto de surgimento de novos direitos, sobretudo os transindividuais, conforme já ressaltado nas linhas anteriores, surgem maiores desafios à atuação jurisdicional ante a complexidade e/ou a extensão das demandas colocadas a seu crivo decisório. Assim, em um diapasão ainda mais específico, o papel da legislação processual civil, disciplina do Direito formal/instrumental, desponta como protagonista no cenário jurídico, desfrutando de condição inigualável de responsável por orientar a temporalidade existente entre o exercício de uma pretensão, no âmbito judicial, e a real efetivação da mesma por uma decisão do poder Judiciário.

A necessidade do processo judicial representa um custo para todos os titulares de direitos ou de outros interesses legalmente protegidos pela ordem jurídica estatal, à medida que, estabelecido o monopólio da jurisdição, como uma decorrência natural da formação do Estado, afasta-se definitivamente a possibilidade das reações imediatas tomadas pelos titulares para a pronta observância e realização do próprio direito (SILVA, 2000, p.13).

Ao fim e ao cabo, o Direito Processual Civil visa a resguardar a própria ordem jurídica, atuando não sómente na pacificação de conflitos e manutenção do império da lei e da paz social, mas também como veículo de proteção aos direitos individuais (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 4). É pela observância dos ditames da legis-

lação de processo que o Estado põe em prática sua exclusividade no monopólio da jurisdição, disciplinando suas modalidades de atuação, instituindo órgãos de função jurisdicional e estabelecendo um leque de regras aos possíveis e reais demandantes.

Ocorre que, como todo e qualquer outro ramo da Ciência, o Direito também não está imune às contingências históricas, teóricas e sociais de evolução da humanidade, pelo contrário, parte da dinamização ocasionada pelo tempo para se alcançar a sua constante e ilimitada lapidação. Lamentavelmente, conforme se verá adiante, na atual quadra da História, em solo brasileiro desfruta-se de um ordenamento processual civil dissociado de historicidade, o qual guarda estreita relação com os ditames autoritários e patrimonialistas marcantes do Estado liberal do século 17 (SILVA, 2007, p. 90).<sup>5</sup> Como bem salienta Cristiano Becker Isaia (2010, p. 19) a respeito dessa carga histórica, a sobreposição da razão como meio de acesso às verdades absolutas – ideário iluminista – influenciou invariável e diretamente tanto o Direito quanto o processo civil, de modo a confinar juristas a um mundo jurídico totalmente desvinculado do mundo da vida, do mundo social.

Antes, no entanto, de se procurar compreender as contingências racionalistas e liberais presentes no Direito Processual Civil brasileiro, necessário é o conhecimento, sob o ponto de vista histórico, sobre dois grandes acontecimentos que marcaram a humanidade na derrocada do mundo medieval anterior ao século 17 e no surgimento da modernidade: a) o Renascimento – período marcado por transformações em muitas áreas da vida humana, sobretudo na economia, na política e na religião, caracterizando a transição do feudalismo para o capitalismo – e, b) a Reforma Religiosa. Ambos os acontecimentos representaram marcos históricos que serviram de releitura e questionamento de tudo aquilo que se produziu anteriormente, além de inaugurar um novo paradigma cultural para a humanidade.

Na época, o aparato econômico gerado pela sociedade burguesa, aspirante de riqueza no século 17, não poderia ficar servindo de amparo e fomento ao privilégio daqueles que possuíam diversas formas de decisão e condução do Estado – nobreza e clero. Era preciso criar mecanismos que assegurassem um respaldo maior à classe ascendente, como a normativização de direitos e deveres fundamentais. Assim sendo, a imposição de leis, regulamentos, consubstanciados no discurso de igualdade, liberdade e fraternidade, eram caminhos que a burguesia detinha para que se regulassem as relações de poder, a organização entre os cidadãos e, movernete, a constituição de uma nova mentalidade de Estado, baseado na lei.

No mesmo sentido, complementa Eduardo Capellari:

Com isso, iniciou-se na tradição jurídica ocidental a prática de criação dos manuais, as obras exegéticas do direito codificado, que acabou por promover a inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo, desconstituindo o direito natural; fortalecendo uma concepção rigidamente estatal do direito; reivindicando que a interpretação da lei deve ter como critério a intenção do legislador; a identificação completa do direito com a lei escrita, trazendo o culto ao texto da lei (2004, p. 46).

Embora, todavia, tida como garantidora de obrigações e pressuposto para segurança jurídica, essa normativização buscada pela sociedade emergente na Idade Moderna escondeu escopos tiranos, sobre os quais os detentores de poder, principalmente econômico, perfizeram do Direito seu instrumento de dominação. Isso se explica, pois, além de aspirar ao poder, a classe burguesa fez do corpo de leis um meio/instrumento para que não mais se perdesse esse império de poder, algo dotado de perenidade, que não permitisse retrocessos que abalassem suas prerrogativas já conquistadas.

No ponto, novamente, as palavras são de Ovídio Baptista da Silva:

Aqui, como em outros pontos, é necessário considerar que o predomínio do valor segurança, que constituiu sem dúvida o elemento preponderante na formação do conceito moderno de Direito, já estava presente, como a principal preocupação de legisladores dos séculos IV e V da era cristã [...] Nesse particular, a revolução cultural formadora do mundo moderno valeu-se de elementos medievais, não significando, portanto, como à primeira vista poderia parecer, um rompimento definitivo e radical com os valores da Idade Média (2007, p. 102).

<sup>5</sup> A título exemplificativo, tal paradigma, como menciona Ovídio Baptista, serve como fator fundamental para a ordinariedade processual que hoje se conhece, a qual não aceita a ideia de “execução” sem “cognição” antecedente, pois executar antes de conhecer seria uma forma de permitir que o juiz julgassem com base em simples verossimilhança, outorgando tutela a quem na realidade não fosse titular do direito.

Assim, o predomínio absoluto do valor segurança, em detrimento do valor justiça, como polaridades antagônicas, tanto na constituição do Direito como na formação do espírito científico, resultou na completa submissão do pensamento jurídico aos métodos e princípios das ciências da natureza, ou das ciências lógicas, como a Matemática (SILVA, 2007, p. 89). O ponto da discórdia, com efeito, está no fato de que as ciências comprometidas com a História, com a cultura, e que pressupõem uma compreensão hermenêutica não podem se submeter a métodos puramente dogmáticos, artificiais historicamente e cartesianos, como sugere a corrente filosófica racionalista-liberal em comento.

Sob o viés técnico-prático, a aceitação do pressuposto de que a lei teria “vontade” de sentido unívoco é o que legitima, por exemplo, a presença de certos dispositivos legais em nosso Código de Processo Civil Brasileiro, como os artigos 1.036,<sup>6</sup> 1.035, §8º,<sup>7</sup> e 1.040, inciso I<sup>8</sup> (BRASIL, 2015), uma vez que se evidencia um empreendimento a conferir imutabilidade – sentido único – a posicionamentos/decisões judiciais, ocasionando, nesse sentido, uma tentativa de manutenção do poder pelo próprio Direito, no caso, o processual. De plano percebe-se o grau de subjetividade e estandardização capaz de ser propiciado pelos mencionados dispositivos, perfazendo-se, com certeza, um verdadeiro mecanismo de controle, sobretudo no âmbito recursal do Direito Processual Civil, o qual se rege pelo conservadorismo e pela dificuldade em aceitar a mudança.<sup>9</sup>

Como bem exaltou o professor Lenio Streck a respeito do tema:

Todos os recursos contrários à “jurisprudência dominante”, por exemplo, estarão, de plano, condenados ao arquivamento, provocando o “congelamento” da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, em especial, do Supremo Tribunal Federal, destinatário do recurso extraordinário-constitucional, bem como dos demais tribunais, a partir do fato de que também eles podem negar seguimento a recursos que contrariem suas próprias “jurisprudências dominantes (STRECK, 2002, p. 398).

No mesmo sentido, segundo Adalberto Hommerding (2007, p. 277), é preciso que se denunciem as reformas legislativas *ad hoc*, que têm levado, sistematicamente, à concentração do poder nos tribunais superiores. É nesse aspecto que se faz presente um dos problemas do acesso à Justiça, sonegando a partir de mecanismos como os constantes no artigo 932, “monocratizando” as decisões de segundo grau, que impedem o acesso aos tribunais superiores. O referido artigo transfere a competência originariamente dada ao colegiado para um relator, ímpar, a fim de fulminar a demanda com alto grau de subjetividade.

Ademais, quanto ao rito procedural atualmente vigente na legislação processual brasileira, observações, no que tange à influência racionalista e liberal, também hão de ser feitas. Eis que este é o caminho de exercício natural da atividade jurisdicional, perfazendo-se também mecanismo encontrado pelo legislador para, ao mesmo tempo, abrigar alguns dogmas inautênticos que foram se agregando na construção do pensamento jurídico moderno e garantir formalmente uma objetividade no resultado. Constata-se, pela forma como foi concebido, que o procedimento ordinário – fase a fase<sup>10</sup> – revela-se expoente de ordinariedade, tendo como principais postulados a necessidade de uma cognição exauriente e um intocável contraditório prévio, ritualístico, cartesiano, como forma única de atingir a verdade, revelada na sentença.

Não se pugna, de maneira alguma, eliminação total da ordinariedade como saída ao processo civil brasileiro do século 21, mas sua adequação aos ditames expostos pelo Direito material, uma vez que é em prol desse último que se materializa a função de ser do Direito Processual. As novas espécies de direitos emergentes,

<sup>6</sup> Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>7</sup> Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhacerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

<sup>8</sup> Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do Tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

<sup>9</sup> Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigmático:

<sup>10</sup> – o presidente ou o vice-presidente do Tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

<sup>11</sup> São exemplos disso: artigo 120, parágrafo único; artigo 285-A, artigo 469, II, artigo 515, §3º, artigo 527 I, artigo 557, caput e §1º-A, todos do Código de Processo Civil Brasileiro.

<sup>12</sup> Vide artigos. 282 a 475 do Código de Processo Civil Brasileiro.

juntamente com a eclosão de pretensões transindividuais do segundo pós-guerra, por exemplo, acarretam a necessária edição de normas procedimentais diferenciadas, com certa flexibilização no grau de sua cognição e diferenciação de seu contraditório prévio, conforme se verá mais adiante.

Por outro lado, já no que respeita à variedade de procedimentos, o Código de Processo Civil Brasileiro, por exemplo, confere uma proteção especial à propriedade, à posse e ao crédito,<sup>11</sup> deixando evidente sua característica individualista, patrimonialista e mantenedora de riqueza, sempre priorizando a classe dominante economicamente, indelével resquício trazido lá do século 17. Em que pese a importância dessas espécies de procedimentos, necessária é a reformulação da concepção de processo, de modo a materializar o texto constitucional sob outro aspecto, qual seja, a efetivação de direitos e garantias fundamentais. Referidos bens jurídicos, em um Estado Democrático de Direito, devem ocupar lugar de predominância diante dos anseios materialistas ora vigentes, o que, de fato, não ocorre no sistema processualista brasileiro.

O Direito Processual Civil vigente, portanto, não pode ficar preso aos ditames racionalistas do século 17, em que, além da utilização do Direito como mecanismo de manutenção do poder, a cognição exauriente e o contraditório prévio eram requisitos elementares – e nessa influência ao nosso sistema ainda são – para se desvendar a verdade sobre cada caso concreto. O primeiro deles, indubitavelmente é responsável pelo aprisionado do juiz ao procedimento, impossibilitado de efetivar direitos incompatíveis com tal, e o segundo impede uma tutela mais efetiva, rápida e eficaz ao sujeito ativo da relação processual.

Assim, consubstanciando-se cerne para o presente trabalho, essa readequação necessária do sistema jurisdicional aos valores e ideais constitucionais, com a inerente preocupação de se tutelar os novos direitos oriundos principalmente do pós-Segunda Guerra mundial, figura-se como protagonista do caminho de adaptação e vitalidade do Direito Processual Civil no século 21. É preciso haver uma compatibilização do direito formal, com as peculiaridades de urgência e extensão advindas do direito material emergente, de modo que uma série de desafios democratizantes, neste momento, sejam lançados à jurisdição processual civil na tentativa de readequá-la às complexas demandas que lhe exigem uma tutela satisfatória.

## 2.2 Acesso à Justiça e Ondas Renovatórias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth

Especificamente sobre o tema de acesso à Justiça, tal nicho ganhou destaque na década de 70, quando estudiosos do Direito, e de várias outras áreas, concretizaram um projeto específico, levando em consideração diversas realidades mundiais. O resultado oriundo desses acontecimentos sociointelectuais restou conhecido como “Projeto Florença<sup>12</sup>” e as principais conclusões foram expostas na obra *Acesso à Justiça*, de autoria de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), que dividiram em três ondas os principais movimentos renovatórios do acesso à Justiça.

Cada dita “onda” representou um plexo de ideias, surgidas em lapsos temporais sucessivos, mas todas possuindo correlações. Na mencionada obra observou-se a preocupação dos autores com o problema do acesso dos indivíduos mais pobres ao poder Judiciário, à respectiva representatividade, por meio de advogados públicos ou privados, bem como a uma decisão justa e efetiva. A doutrina, à época, também previu o incentivo à adoção de políticas públicas e judiciárias voltadas para a tutela dos direitos difusos e coletivos, assim como o estímulo à solução alternativa de conflitos e à reestruturação ou criação de novos tribunais.

Com efeito, em termos legais/constitucionais, em âmbito brasileiro, o acesso à Justiça está consagrado no artigo 5º, XXXV da CRFB nos seguintes termos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (BRASIL, 1988).

<sup>11</sup> Vide artigos. 554 e seguintes a respeito da Ação Possessória; artigos. 610 e seguintes a respeito do Inventário e Partilha; artigos. 674 e seguintes a respeito dos Embargos de Terceiro; e artigos. 700 e seguintes a respeito da Ação Monitória.

<sup>12</sup> O “Projeto Florença” para o Acesso à Justiça foi elaborado com o escopo de estudar, sob um enfoque multidisciplinar, temas relevantes sobre acesso à Justiça. O “Projeto Florença” representou um novo paradigma epistemológico no estudo do Direito Processual, uma vez que não foi resultado de uma visão essencialmente teórica e hermeticamente fechada, trazendo ao leitor uma ótica positivamente influenciada pelo caráter sociológico do fenômeno jurídico.

Além da Constituição Federal, o artigo 8º da 1ª Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos – São José da Costa Rica – da qual o Brasil é signatário, também garante:

Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza (OEA, 1969).

Observa-se que a Justiça brasileira, como a de outros países, também sofre, há considerável tempo, com o problema da ineficiência, especialmente na questão do acesso à Justiça, tanto no que diz respeito à representatividade e aos custos, quanto ao tempo de duração do processo. Necessário, a partir deste ponto, a apresentação sumária de cada uma das Ondas Renovatórias citadas anteriormente, a fim de desvendar se alguma delas pode ser útil ao exercício da jurisdição brasileira e de que forma podem ser efetivas no seu desiderato de acesso à Justiça. Passamos a analisá-las.

A primeira diz respeito à assistência judiciária aos pobres e está relacionada ao obstáculo econômico do acesso à Justiça. A segunda refere-se à representação dos interesses difusos em juízo e visa a contornar o obstáculo organizacional do acesso à Justiça. Já a terceira, denominada de “o enfoque do acesso à Justiça”, detém a concepção mais ampla de acesso à Justiça e tem como escopo instituir técnicas processuais adequadas e melhor preparar estudantes e aplicadores do Direito.

### 3 APLICAÇÃO DA SEGUNDA E TERCEIRA ONDA COMO CAMINHOS DE (RE)APROXIMAÇÃO DO PROCESSO CIVIL AO SEU DESIDERATO

No presente esboço, em razão do que foi mencionado anteriormente, então, são propostos desafios, que nada mais é do que um ponto de questionamento tendente a alcançar uma remodelagem da jurisdição processual civil que atualmente vigora. Tal provocação, com o fito sempre mediato de, por meio da processualística, buscar-se a melhor e mais adequada tutela jurisdicional, se consubstancia na possibilidade de potencializar o acesso à Justiça como condição de possibilidade para se chegar a um processo mais efetivo e democrático, principalmente aos direitos sociais, coletivos, de meio ambiente, por exemplo, tidos como incongruentes ao atual paradigma processual.

Tal análise, diga-se de passagem, não surge de forma autônoma ou descabida, mas está atrelada aos próprios ditames oriundos da força normativa da Constituição e sua garantia fundamental de acesso à Justiça. Isso, pois, em meio ao contexto global atualmente evidenciado no âmbito do Direito, no qual o protagonismo judicial ganha relevante importância,<sup>13</sup> é suprema a necessidade de que exista um Direito Processual alinhado ideologicamente a tal paradigma em vigor. Se não fosse assim, estaríamos fadados ao retrocesso. A previsão de um Direito Processual programático, vagaroso e não efetivo, e sobretudo inacessível, remeteria todas as evoluções alcançadas no âmbito constitucional lá para os primórdios do Positivismo, em que a prenúncio legislativo era tido como um fim em si próprio.

Com efeito, leciona Dierle Nunes:

Nos termos postos, não se torna mais possível pensar no processo civil em perspectiva dogmática e técnica, eis que, além de permitir a resolução de conflitos privados, ele se presta a viabilizar o exercício de direitos fundamentais. Ademais, não se pode mais realizar interpretações do sistema processual sem tomar por base o “modelo constitucional de processo” e sem perceber que além de se buscar a eficiência (geração de resultados úteis) há se de buscar uma aplicação que implemente a percepção dinâmica das normas constitucionais, lidas de modo a permitir participação e legitimidade em todas as decisões proferidas (NUNES, 2011, p. 37).

<sup>13</sup> Ante a inéria e omissão legislativa, demandas tratando-se de direitos fundamentais são levadas aos tribunais a fim de que possam ser postas em prática: vide ADPF nº 54 – que trata do aborto de anencéfalos – e ADPF nº 132 e ADIN nº 4.277 – as quais abordam a união estável por pessoas do mesmo sexo.

Assim, diante das constatações traçadas no tópico anterior, elucidando os traços liberais que ainda afetam o Direito Processual Civil brasileiro como um todo, faz-se importante questionar, então, alguns possíveis desafios para constitucionalizar a jurisdição processual civil. Tal análise partirá do apontamento de prováveis incongruências, marcantes no seio do ramo processual, reforçando-se a importância de se prestigiar as Ondas Renovatórias de acesso à Justiça trazidas da década de 70 por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

### 3.1 A Atuação da Segunda e Terceira Onda Renovatória Como Condição de Possibilidade Para o Protagonismo da Jurisdição Processual Civil

Como é sabido, o processo<sup>14</sup> tem vínculo direto com os fins da jurisdição e com os direitos dos cidadãos, assumindo inegável papel de mecanismo de exteriorização da ideologia estatal que prepondera (SILVA, 2000, p. 34). Assim, no atual Estado Democrático de Direito deve destacar-se por seu caráter transformador, sendo relegado a instrumento de pacificação, efetividade social e protetor de direitos fundamentais (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 2).

Segundo Adalberto Hommerding (2007, p. 90), inserido na tradição liberal-individual-privatista e normativista, própria do Estado Liberal, o processo civil pátrio, em pleno Estado Democrático de Direito, não tem sido efetivo, na medida em que sua instrumentalidade não foi desvelada. Argumente o autor, na sequência, que o processo civil ainda não consegue atender à realização dos direitos fundamentais, na medida em que a estabilização jurídica que propicia é uma segurança voltada para o passado, sem qualquer compromisso com o presente ou com o futuro. Numa sociedade caracterizada pela rapidez das trocas econômicas, pelo risco pelas incertezas, o compromisso de tal ramo deveria ser com a efetividade, conciliando celeridade e segurança.

Assim, sem apresentar um esgotamento do tema, a partir de uma análise de contrapontos, procurar-se-á evidenciar a contribuição de cada uma destas ditas “ondas” para obter-se uma aproximação entre a jurisdição processual civil e os anseios atuais, sem prejuízo, contudo, de advertir que não existe uma única linha teórica para tanto. De fato, observar-se-á que as Ondas Renovatórias de acesso à Justiça trazidas lá da década de 70 por Mauro Cappelletti e Bryant Garth contribuem para esse processo de parametrização ideológica do processo civil com a modernidade.

Isto posto, o atendimento mais efetivo aos direitos fundamentais oriundos da modernidade perpassa por modificação nos atores processuais (2<sup>a</sup> Onda Renovatória) e das técnicas processuais utilizadas até hoje (3<sup>a</sup> Onda Renovatória). Como se observa, ao tratar sobre a representação dos interesses difusos em juízo e técnicas processuais, a segunda e a terceira Onda Renovatória trazem consigo ampla correlação com o exercício da jurisdição civil e sua inerente função de resguardar direitos. Ao fim e ao cabo, a aplicabilidade do Direito Processual Civil a casos envolvendo cada vez mais titulares difusos, utilizando-se, sobretudo, de técnicas procedimentais diferenciadas, apresenta-se como um grande desafio à jurisdição civil no século 21.

Passamos, pois, à análise sucinta de cada uma delas.

Denominada doutrinariamente de “segunda onda”, a “Representação dos interesses difusos” detém o foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, forçando a reflexão sobre noções básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. A preocupação desta segunda onda resultou da incapacidade de o processo civil tradicional, de cunho individualista, servir para a proteção dos direitos ou interesse difusos ou também denominados de coletivos. É que o processo civil foi sempre visto como campo de disputa entre particulares, tendo por objetivo a solução de controvérsia entre eles a respeito de seus próprios interesses individuais.

De acordo com Michele Damasceno Marques Mello,

(...) Tal onda renovatória permitiu a mudança de postura do processo civil, que, de uma visão individualista, funde-se em uma concepção social e coletiva, como forma de assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos. (...) Essa nova concepção do direito pôs em relevo a transformação do papel do

<sup>14</sup> No presente trabalho os conceitos de processo e procedimento não se confundirão. Para “processo”, ter-se-á a noção de meio pelo qual se vale o Estado para cumprir a função jurisdicional, sendo, assim, o instrumento da jurisdição. Já o “procedimento” considerar-se-á o conjunto de atos concatenados, de que se constitui o processo, com base em disposições legais e que dizem respeito à forma, à sequência, ao lugar e à oportunidade.

juiz, no processo, e de conceitos básicos como a citação e o direito de defesa, na medida em que os titulares de direitos difusos, não podendo comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar em uma determinada região – é preciso que haja um “representante” adequado para agir em benefício da coletividade. A decisão deve, em tais casos, ser efetiva, alcançando todos os membros do grupo, ainda que não tenham participado individualmente do processo” (2010).

Com efeito, atualmente, em pujante esperança, a referida segunda Onda Renovatória encontra seus reflexos no Direito Processual brasileiro por meio de mecanismos havidos para tutelar os direitos transindividuais, entre eles: a ação popular, mandado de segurança coletivo, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública. Sem prejuízo, também são exemplos da influência do Projeto Florença, a Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais Estaduais), Lei nº 10.259/01 (Juizados Especiais Federais) e Lei nº 9.307/96 (Arbitragem).

Como se constata o plexo de informações trazidas pela 2<sup>a</sup> onda “cappellettiana”, além de propiciar o acesso à Justiça a direitos transindividuais, enaltece o caráter democrático do processo civil, pois proporciona o exercício de pretensões contramajoritárias, tidas por pessoas com menos acesso a ele. Ainda, as inovações legislativas trazidas por ela, mencionadas anteriormente, provocou uma adaptação dos sistemas normativos contemporâneos, permitindo a expansão da representação processual coletiva e difusa.

Já a Terceira Onda, denominada de “Acesso à representação em juízo”, visa a uma concepção mais ampla de acesso à Justiça, e um novo enfoque de acesso a ela. Esta Onda formou-se e ainda não se esgotou, buscando a superação do chamado “obstáculo processual”. Nesta Onda, Mauro Cappelletti e Bryant Garth demonstram algo muito além do que foi tratado na primeira e segunda onda, trata-se de inovações, revelando-se importantíssimo trazer à baila a figura dos Juizados Especiais *“criados não apenas para desafogar o Judiciário, mas também para abrir portas para o acesso à Justiça nos casos de menor complexidade”* (1988, p. 15).

A criação de Juizados Especiais, na contramão do procedimento ritualizado e ordinário, visou a incluir casos frequentemente marginalizados, de lides advindas de pessoas sem condições de serem representadas por advogados particulares. Ademais, proporcionam um incremento de oralidade a um nicho calcado e desenvolvido na linguagem formal, escrita e com bordões distantes da grande sociedade. Eis o texto, quiçá garantia, trazida pelo artigo 98 da Constituição Federal de 1988:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados crião:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para conciliação, o julgamento e execução das causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (BRASIL, 1988, p. 127).

Em suma, a Terceira Onda busca ao movimento de acesso à Justiça novas alternativas para resolução de conflitos que não restritas ao ordenamento processual, normalmente causador de paixões e conflitos. Contempladas no plano do pluralismo jurídico, constata-se que algumas destas alternativas já estão sendo aceitas para dirimir litigiosidades, por exemplo, a mediação, a conciliação e a arbitragem, entre outras. Opera, assim, uma possível sinalização inicial de reformulações – ainda insubstinentes como se passará a ver – que podem indicar o início da ruptura com o paradigma individualista e formalista de processo civil.

Frisa-se, todavia, que não apenas a utilização de modos alternativos, mas também a reformulação do iter procedural, também defendido pela Terceira Onda, será capaz de atrelar jurisdição à efetividade na tutela de direitos emergentes. É preciso retirar a processualística brasileira, conforme já explorado, do culto ao rito ordinário-plenário, o qual tradicionalmente afasta o juízo do caso concreto, fazendo com que sua percepção se dê “fase a fase” (ISAIA, 2010, p. 86), gradativa e, por consequência, sem uma compreensão conjunta com a aplicação do Direito. Nesse mesmo sentido, a respeito do assunto, leciona Jânia Maria Lopes Saldanha:

Admitindo-se que nenhum direito pode ser absolutizado, a situação pode ter outro enfoque ao se agregar à própria noção de cidadania um sentido substancial. No lugar dos pobres limites das relações obrigatoriais, o que a Jurisdição tem recebido são demandas em que, na ordem do dia, estão reivindicações ligadas aos direitos humanos de segunda e terceira geração, como moradia, saúde, educação, proteção ao meio ambiente, direitos das minorias e tantas outras categorias de direitos que impõem uma diversa perspectiva de proteção jurisdicional para serem atendidas com eficácia (2011, p. 204).

Não seria de bom alvitre, portanto, deixar que um procedimento de contraditório prévio e cognição exauriente, calcado no ideário individualista, fosse o caminho de instalação de uma série inovadora de direitos sociais fundamentais, destinados à proteção do gênero humano, como o são o meio ambiente, a autodeterminação dos povos, o direito de comunicação e o direito derivado das relações de consumo. Preocupado com a efetivação dos direitos é a contribuição de Luiz Guilherme Marinoni:

Para tal análise é evidentemente necessário identificar o fundamento do procedimento diferenciado, ou melhor, a necessidade de se restringir a alegação do réu para se permitir a tutela do direito. O direito material que está sendo tutelado de forma diferenciada deve justificar a restrição da defesa. Essa restrição deve encontrar amparo na necessidade de tutela dos direitos e na Constituição Federal (2000, p. 445).

Desse modo, o que se pretende apontar aqui, salvo melhor juízo, é a necessidade de construção, via alteração legislativa, de espaços de sumarização processual, consistentes na abertura de um momento no iter procedural, ainda na fase postulatória, em que, mediante exacerbação da oralidade, se possa garantir prerrogativas equânimes para autor e réu, com a necessária e imprescindível aproximação do intérprete/juiz às circunstâncias pulsantes do caso concreto.<sup>15</sup> Trabalha-se aqui, com um contraditório concomitante e diferente, de maneira muito semelhante à justificação prévia, oriundas das Ações Possessórias de posse nova,<sup>16</sup> ou à atual audiência de conciliação ou de mediação, prevista no atual Código de Processo vigente.

A título de exemplificação, Adalberto Hommerding, questiona: Como explicar ao cidadão, detentor de um direito, que este mesmo direito só poderá ser usufruído daqui a alguns anos, apesar de ter ficado demorado no processo que é ele quem tem razão? Ou, como explicar que a sentença, em que pese ter condenado seu adversário a lhe pagar, ainda não deu o direito que pretende, podendo, a mesma, ainda ser “embargada”? Ou pior, como explicar que, segundo o “entendimento majoritário” ou a “jurisprudência dominante”, o seu recurso não será analisado por quem deveria ser? Ou, por fim, que o juiz adotou a “corrente forte” do Tribunal e desconsiderou a singularidade do seu caso? (ISAIA, 2010, p. 95-96).

Apenas a reformulação desta ordinariedade – procedimento plenário-cognitivo – vigente, acompanhada da reestrutura da própria concepção de processo, jurisdição e relação processual, é que podem acarretar a devida e esperada constitucionalização do Processo Civil brasileiro (MARINONI, 2000, p. 412). Tal assertiva se justifica na medida em que a jurisdição efetiva simboliza garantia de uma constituição pujante, a qual, por seu turno, representa uma democracia fortalecida. A ineficiência ou inefetividade da tutela jurisdicional provoca, ato contínuo, a própria descrença nos poderes do Estado e na própria disposição presente no ordenamento vigente, de modo a também acarretar reflexos na força da democracia.

Um Estado que resista em abandonar a ideologia liberal, contentando-se com uma prestação jurisdicional exclusivamente embasada no modelo processual inspirado no individualismo e no liberalismo que marcaram indelevelmente o século 19, sem nenhum comprometimento com a garantia do acesso à Justiça, e que dependa de antiquadas e obsoletas estruturas institucionais, será impotente relativamente ao anseio do alcance da justiça social e jamais viabilizará a formação do verdadeiro Estado Democrático (CARNEIRO, 2000, p. 17-18). É necessário aproximar as partes da máquina estatal decisória e a real percepção do Direito alegado por aquelas.

Logo, o Direito Processual, como ciência atrelada à historicidade, permeável pelas contingências evolutivas próprias sociedade, como verdadeiro produto desta, há de estar em consonância com esta, pois de nada adianta a provisão formal de uma gama de direitos, inclusive estes alicerçados na base democrática do Estado, sem termos um Direito Processual Civil mergulhado do mesmo paradigma. Justamente, esta constitucionalização do referido ramo do Direito, seja mediante uma readequação legislativa ou propriamente judicial, perfaz-se o objetivo que se tentou demonstrar nas linhas antecedentes.

<sup>15</sup> Proposta parecida foi elaborada por Cristiano Becker Isaia, o qual teceu considerações sobre ser possível se pensar em novos *loci* processuais sumarizados, relacionados a um Judiciário difundido, que aprenda a reconhecer as diferenças por meio de um poder compartilhado por todos os sujeitos do processo, numa funcionalidade compatível às exigências constitucionais, tanto no que se refere a seu conteúdo substancial quanto o que toca ao respeito às garantias processuais constitucionais. *In: ISAIA, Cristiano Becker. op. cit., 2010, p. 128.*

<sup>16</sup> Terminologia dada às Ações Possessórias propostas há menos de um ano e dia da turbação ou do esbulho.

## 4 CONCLUSÃO

A partir da elaboração do presente trabalho, constatou-se que existem, de fato, mazelas deixadas pelo sistema processual civil vigente, principalmente na tutela de direitos transindividuais, uma vez que sua jurisdição está imersa em um déficit de realidade, oriundo principalmente da supervalorização do processo de conhecimento e seu corolário rito ordinário (por natureza, plenário e declaratório). Tal procedimento, ideologicamente, vem mantendo o processo no interior da tradição liberal preconizada no século 17 e exaltando, sem dúvida, a obsessão pelo encontro de certezas e verdades eternas no trato de direitos subjetivos individuais.

Considerando a contemporaneidade vivida pela sociedade atual, verificou-se a necessidade de readequação da jurisdição processual civil a esse novo paradigma de modernidade, no qual a solidariedade, a coletividade e a transindividualidade ganham proeminência. No ponto, mediante a influência das Ondas Renovatórias de acesso à Justiça elaboradas por Mauro Cappelletti, foi possível perceber a existência de potenciais caminhos a fim de promover a aproximação do processo e, logicamente, da própria jurisdição civil, aos valores trazidos pela Carta Política.

O acesso à Justiça, tanto sob a modificação do rito quanto ao emprego de técnicas processuais diferenciadas, com efeito, proporcionam um ganho de efetividade ao processo civil vigente, de modo a fortalecer, indiretamente, o próprio regime democrático, pois a judicialização exponencial advinda do século 20, com sua consequente tutela efetiva, fortalece o atendimento dos anseios representados pelas minorias. Dito isso, essa efetivação jurisdicional faz emergir a função contramajoritária do Direito Processual Civil, fazendo com que o referido ramo formal do Direito esteja, ideologicamente, contribuindo para a manutenção do tão sonhado Estado Democrático de Direito.

Por meio de uma reformulação procedural, com a abertura de espaços summarizados, nos quais haja a supervalorização da oralidade e a participação democrática dos envolvidos, é que se pode aproximar o Direito Processual Civil dos parâmetros constitucionais vigentes. Ademais, na senda de revitalização da jurisdição e do processo civil, diante dos direitos emergentes no século 20, fica evidenciado que as ciências derivadas da compreensão não podem nem devem ficar atreladas a juízos cartesianos que desejam torná-las demonstrativas e exatas, como antigamente se quis. A ciência do Direito há de estar atrelada ao tempo.

## 5 REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm). Acesso em: 18 dez. 2014.
- BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. 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: 24 mar. 2015.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- CAPELLARI, Eduardo. *A crise da modernidade e a constituição: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. *Acesso à justiça – juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2000.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HOMMERDING, Adalberto N. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: facticidade e oralidade*. Curitiba: Juruá, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Michele Damasceno Marques. 2010. *Considerações sobre a influência das ondas renovatórias de Mauro Cappelletti no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: [https://www.avm.edu.br/docpdf/monografias\\_publicadas/k212492.pdf](https://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212492.pdf). Acesso em: 29 out. 2019.

- NUNES, Dierle. *Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/es/council/AG/regular/46RGA/documents.asp>. Acesso em: 22 jan. 2019.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Editorial Universitas, 2006.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. Vol. 1.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Processo Civil brasileiro: no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

# JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS: Uma Análise do Processo Judicializante da Lei Maria da Penha à Luz de Theophilos Rifiotis

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.278-285>

Recebido em: 19/12/2019

Modificações solicitadas em: 20/4/2020

Aceito em: 21/7/2020

**Vivian Paes Galvani**

Universidade do Planalto Catarinense – Uniplac. Av. Mal. Castelo Branco, 170 – Universitário. CEP 88509-900. Lages/SC, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/8995172624574092>. <https://orcid.org/0000-0001-7742-0431>. [viviangalvani@hotmail.com](mailto:viviangalvani@hotmail.com)

**Mareli Eliane Graupe**

Universidade do Planalto Catarinense – Uniplac. Lages/SC, Brasil.

## RESUMO

O presente artigo objetiva refletir acerca dos processos de judicialização das relações sociais, mais especificamente sobre a Lei Maria da Penha, nº 11.340/2006, tendo por base os trabalhos do autor Theophilos Rifiotis. É importante compreender as origens do fenômeno da judicialização, das violências de gênero contra as mulheres e das reivindicações e manifestações da sociedade perante as situações de descaso estatal, em conformidade com a demanda de combate à impunidade. É uma pesquisa de abordagem qualitativa e foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, a partir do estudo do conceito de judicialização e de pesquisa documental, por meio da análise da Lei Maria da Penha. Os dados apontam que é importante questionar a proliferação da perspectiva primária penalizante e investir nas estratégias e nas ações de prevenção e enfrentamento da violência de gênero.

**Palavras-chave:** Violência de gênero contra as mulheres. Lei Maria da Penha. Judicialização.

**JUDICIALIZATION OF SOCIAL RELATIONS: AN ANALYSIS OF THE JUDICIALIZING PROCESS OF THE MARIA DA PENHA LAW IN THE LIGHT OF THEOPHILOS RIFIOTIS**

## ABSTRACT

This article aims to develop reflections about the judicialization process of social relationships, especially about the Maria da Penha Law, which is elucidated by Theophilos Rifiotis' works. The qualitative research leads to understanding its effects progression about gender violence against women. It either pretends to assimilate the origins of the judicialization phenomenon in social revindication and manifestation towards the state neglect, following the fight against impunity request. Therefore, a bibliographic and a documental review were conducted, through the study about the judicialization concept and the analysis of the Maria da Penha Law. The research points out that it is important to question the proliferation of the penalizing primary perspective and to contribute to the gender violence prevention actions.

**Keywords:** Gender violence against women. Maria da Penha Law. Judicialization.

## SUMÁRIO

1 Apresentação. 2 Discurso sobre judicialização. 3 Identificação do sujeito de direitos. 4 Judicialização dos conflitos de violência de gênero contra a mulher. 5 Desenvolvimento da judicialização a partir da criação da Lei Maria da Penha. 6 Considerações finais. 7 Referências.

## 1 APRESENTAÇÃO

O fenômeno da judicialização tornou-se objeto de estudo por autores que buscam identificar os sintomas da atuação dos operadores do Direito do poder Judiciário no que tange às relações sociais. Entre os autores, Theophilos Rifiotis destaca-se por sua abordagem a respeito da temática da judicialização.

Ao refletir sobre sua origem, Rifiotis identifica o caráter reivindicatório no desenvolvimento do processo de judicialização, uma vez que provém de manifestações e requerimentos sociais, pressupondo, portanto, que a conquista de direitos ocorre por meio do reconhecimento jurídico.

Nesse sentido, o presente artigo utiliza os métodos de pesquisa bibliográfica e documental, partindo dos estudos sobre o conceito de judicialização, aliados à análise do processo de criação da Lei Maria da Penha. Assim, abordam-se os efeitos do fenômeno da judicialização referentes às práticas dos juristas quando estes se deparam com os cuidados exigidos pelas complexidades dos litígios de problemas sociais, como é o caso da violência de gênero contra as mulheres.

Primeiramente, nas duas seções iniciais do texto, são introduzidos os estudos sobre o fenômeno da judicialização em conformidade com a identificação dos sujeitos de Direito, fundamentados pelo entendimento do autor Theophilos Rifiotis. Nas duas últimas seções faz-se uma análise do processo de judicialização atrelado à temática da violência de gênero contra as mulheres e ao desenvolvimento da Lei Maria da Penha, considerando que essas abordagens demandam flexibilidade do entendimento jurídico para evitar a padronização das relações de violência.

## 2 DISCURSO SOBRE JUDICIALIZAÇÃO

Segundo Theophilos Rifiotis (2012, p. 30-31), judicialização é o privilégio das leituras jurídicas como forma de resolução de conflitos interpessoais, ampliando a articulação do sistema judiciário e desvalorizando outras formas de dirimir litígios. Esse contexto desenvolve-se por meio de mecanismos que dinamizam a atuação do Estado perante as reivindicações de movimentos sociais. Logo, o requerimento por respaldo jurídico e pela criminalização torna-se um comportamento comum da sociedade quanto aos conflitos sociais gerados. De acordo com o entendimento de Rifiotis, Vieira e Dassi quanto à semântica desses termos:

De fato, a semântica jurídica e a criminalização têm uma forte capacidade catalisadora de movimentos sociais. Há grupos que reivindicam a criminalização do aborto, do uso de substâncias psicoativas, da homofobia, do *bullying* etc. Em uma palavra: volúpia punitiva num quadro de falência do sistema prisional (2016, p. 36).

Conforme se observa, o fenômeno sinalizado pelos autores acarreta a inflação do poder Judiciário quando se utiliza este como ente primário à solução de problemas, inclusive de esfera pública, contribuindo para a chamada “judicialização da política”. Nas palavras de Débora Alves Maciel e Andrei Koerner (2002, p. 114):

A judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da *policy-making* a deixá-la ao critério de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não decisão. Daí que a idéia de judicialização envolve tanto a dimensão procedural quanto substantiva do exercício das funções judiciais.

No caso assinalado pelos autores, a função do operador do Judiciário passa a ter um caráter mais arbitrário e distancia-se da característica da imparcialidade, consequentemente, da neutralidade, uma vez que, conforme o efeito da judicialização, os juristas acabam por atuar além das situações de caráter decisório, expandindo o método de decisão judicial nas disposições de caráter público. Nesse ensejo, “[...] a noção de politização da Justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes” (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 114).

Ainda segundo Maciel e Koerner, os juristas usam o conceito de judicialização para “[...] denominar a obrigação legal de um certo tema que é analisado judicialmente com um caráter normativo”, portanto, “[...] afirma-se que judicialização é o ingresso em juízo de determinada causa, que indicaria certa preferência do autor por esse tipo de via” (2002, p. 115).

A questão conflitante dos sinais da judicialização reside no fato de que o poder Judiciário, em realidade, busca sanar apenas conflitos interpessoais e privados, não sendo, este ente, o responsável por solucionar problemas estruturais da sociedade, como é o caso da violência de gênero contra as mulheres, por exemplo. Neste viés, a responsabilidade dos juristas torna-se o principal recurso utilizado pela sociedade, limitando o auxílio oferecido pelo Estado e reforçando a premissa de que o poder Judiciário é o ente sanador de todos os tipos de litígios.

### 3 IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITOS

Para compreender o fenômeno da judicialização, faz-se importante conhecer quem é o sujeito de direitos e o diferenciar dos direitos do sujeito. O primeiro não remete apenas a um indivíduo ou à pessoa. Conforme a conceitualização de Theophilos Rifiotis (2014a, p. 125), “[...] o sujeito não se reduz a um ator com um *background* a partir do qual ele organiza e realiza as suas práticas”. Em outras palavras, não se limita à especificidade de uma situação concreta, por englobar vivências interligadas aos problemas sociais decorrentes de uma conjuntura política e cultural.

Desse modo, distingue-se da concessão de direitos atribuída pelo Judiciário a quem este ente considera o sujeito do fato existente, pois “[...] o sujeito de direitos está intimamente ligado à própria constituição da legitimidade das relações sociais no mundo moderno” (RIFIOTIS, 2014a, p. 126).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por exemplo, ratifica o papel dos sujeitos de direitos em âmbito mundial, estabelecendo condições básicas às quais qualquer pessoa tem direito de dispor para viver minimamente bem na sociedade, tanto no que tange à questão da subsistência quanto da cidadania. De acordo com Rifiotis,

[...] a configuração do sujeito está em estreita correspondência com um jogo tácito, uma estratégia de estar no mundo que tem implicações sobre o exercício de cidadania e que não pode estar ausente no debate sobre direitos humanos (RIFIOTIS, 2007 *apud* RIFIOTIS, 2014a, p. 126).

Os conceitos relacionados pelo autor concernentes aos direitos sucedem no reforço da centralização do poder Judiciário, pois, na atualidade, a sociedade busca reivindicar seus direitos por meio do reconhecimento jurídico e entende a legislação de caráter punitivista como ferramenta de mudança social.

Um exemplo desse contexto corresponde ao recente debate sobre a criminalização da homofobia ocorrida no Supremo Tribunal Federal.<sup>1</sup> Como resultado das discussões, foi aprovado pelo referido órgão, por 8 votos a 3, que a conduta homofóbica seja punida nas formas da Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989). Esta prevê o crime como inafiançável e imprescritível, com a punição de 1 a 5 anos de prisão ou multa.<sup>2</sup> Alguns dos ministros explanaram que a inérvia dos órgãos legislativos em cuidar do tema e avaliar outros meios não punitivos para dirimir o problema da homofobia caracterizam a omissão desses entes, considerando-se que caberia ao poder Legislativo desenvolver mecanismos para evitar sua repercussão. De acordo com Rifiotis:

A centralidade no campo do Direito nos leva a considerar que nos arranjos jurídicos e processuais dominam leituras criminalizantes e estigmatizadas contidas na polaridade vítima/agressor que se estende em domínios cada vez mais amplos das relações sociais (RIFIOTIS, 2008 *apud* RIFIOTIS, 2014a, p. 128).

Por esse viés, há um recorrente discurso sobre o comportamento que o Supremo Tribunal Federal detém em legislar sobre questões que não são de sua responsabilidade, considerando-se que a esse órgão compete resguardar e interpretar as normas constitucionais.

Como visto, a inérvia dos entes competentes ocasiona na utilização do Judiciário como o meio principal em resolver conflitos. Assim, predispõe, consequentemente, o caráter punitivo do Estado, uma vez que a Corte Suprema do Judiciário apenas atua de forma interpretativa aos litígios que lhe são apresentados, mesmo quando não resolvidos anteriormente.

<sup>1</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, rel. Min. Celso de Mello, e Mandado de Injunção (MI) nº 4733, rel. Min. Edson Fachin

<sup>2</sup> Sanção patrimonial que pode ser cobrada de forma isolada ou cumulada com a pena de prisão.

Conforme essa percepção, é possível assimilar o fenômeno da judicialização<sup>3</sup> na seara da violência de gênero contra as mulheres,<sup>4</sup> tendo em vista que esse problema social demanda uma compreensão mais cautelosa do caso concreto e o seu respaldo jurídico se originou nas manifestações de combate à impunidade, como veremos posteriormente nesse artigo.

#### 4 JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER

De acordo com o estudo realizado por Theophilos Rifiotis, Regina Ingrid Bragagnolo e Mara Coelho de Souza Lago (2015), há disparidade entre alguns magistrados na condução de Audiências de Ratificação, cujo objetivo é decidir se a vítima de violência doméstica tem ou não interesse em prosseguir com o processo. Em audiências relativas a esses casos, foram constatados diferentes estilos no modo de produção de justiça pelos agentes do Judiciário, identificados como “tutelar”, “arbitral” e “reparação moral”, dos quais abordaremos os dois primeiros.

O estilo “tutelar” remete à mulher em situação de violência como sujeito incapaz e passivo, que precisa ser tutelado, distanciando a vítima do papel de sujeito de direitos [...] que atua diante de lógicas externas, avaliando-as, situando-as e operando concretamente com elas no seu cotidiano” (RIFIOTIS; VIEIRA; DASSI, 2016, p. 39). Dessa forma, o protagonismo do sujeito de direitos recorrentemente é afastado da mulher em situação de violência, reduzindo-a ao papel de mãe ou de “mulher de alguém”, com a sua imagem atrelada e dependente do comportamento social que lhe é cobrado pelo contexto em que vive.

Muitas vezes, esse costume social é repercutido pelos agentes que deveriam amparar a vítima, assim como é abordado pelo trabalho feito pelos autores ao verificar o estilo “arbitral” do magistrado, que tende a instruir e determinar o comportamento de homens e mulheres envolvidos no ambiente da violência a partir dos seus papéis sociais, o que inclui, ainda, a classe social dos sujeitos da conjuntura. Nas palavras de Rifiotis, Bragagnolo e Lago:

A própria causa algumas vezes era deixada para um segundo plano, quando se focava a representação da mulher e do homem atrelada ao desempenho dos papéis materno e paterno, por exemplo. Casos de “violência doméstica e familiar” contra a mulher foram, por vezes, reduzidos a questões de parentalidade e a outras questões morais, ficando em segundo plano o móvel que originou a própria audiência (2015, s.p.).

Destarte, considerando-se o exposto pelos autores, depreende-se que o desenvolvimento da judicialização cria polaridades no campo dos conflitos interpessoais, resultando na configuração de uma tendência de criminalização na análise da violência conjugal, por exemplo, a partir do estigma de vítima-agressor ou na figura jurídica do “réu” (RIFIOTIS, 2004 *apud* RIFIOTIS; VIEIRA, 2012).

Nesse caso, alguns mecanismos provindos do sistema judiciário demonstram a efetivação dos sintomas da judicialização, a exemplo da criação das polícias judiciais, por meio das delegacias especializadas em violência doméstica, as chamadas Delegacias da Mulher.<sup>5</sup> Estas adotam ações de amparo à vítima e buscam inibir a situação de violência, o que não impede a repercussão desse problema social, pois não configura dever do Judiciário, nem da polícia, o desenvolvimento de políticas públicas que visem a reeducar a sociedade.

Conforme Theophilos Rifiotis (2008), o descaso com a elaboração e efetivação de políticas públicas de prevenção das violências de gênero dificulta a atuação da polícia, por limitar, por exemplo, seu desempenho e criar um ciclo de violência conforme a reincidência de casos.

O fenômeno da judicialização na seara da violência de gênero contra a mulher é um tema delicado, haja vista que a maioria da sociedade entende o poder Judiciário como o órgão capaz para resolver todos os tipos de questões conflituosas. Essa percepção social deve-se à existência de poucas políticas públicas alternativas, cujo resultado consiste na continuidade do problema e na repetição da violência doméstica.

<sup>3</sup> Para aprofundamento sobre esse tema recomenda-se: *Um olhar antropológico sobre violência e justiça: etnografias, ensaios e estudos de narrativas* (RIFIOTIS; VIEIRA. Florianópolis. Ed. Da UFSC, 2012).

<sup>4</sup> Usamos a expressão violência de gênero contra as mulheres porque é um conceito amplo e inclui todas as formas de violência vivenciadas pelas mulheres no contexto privado e público.

<sup>5</sup> A primeira Delegacia de Defesa da Mulher (DDM) foi criada em 6 de agosto de 1985 no Estado de São Paulo.

Em decorrência dos fatores arrolados, constantemente a ofendida entende que levar o litígio para o Judiciário consiste em ferramenta de “correção” para o agressor, acreditando que as agressões podem cessar, situação decorrente da ausência de meios alternativos que viabilizariam a resolução dos conflitos. Esse comportamento, no entanto, acaba gerando um ciclo, pois não reeduca as partes envolvidas na situação de violência e, por consequência, reprisa as ocorrências dos processos judiciais.

Cumpre ressaltar que as lutas pela judicialização das violências de gênero são permeadas pelo reconhecimento da igualdade dos cidadãos. A Constituição Federal de 1988 caracteriza um marco neste contexto ao situar a gravidade da violência doméstica e normatizar a necessidade da efetivação da igualdade entre homens e mulheres. No texto Constitucional, o artigo 226 trata especificamente do fenômeno, em seu parágrafo 8º, ao ressaltar que “[...] o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988). Tendo isso em vista, na seção seguinte será aprofundado o estudo sobre os processos de judicialização das violências de gênero após a aprovação da Lei Maria da Penha.

## 5 DESENVOLVIMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO A PARTIR DA CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

A elaboração da Lei 11.340, de 2006, foi corroborada por meio da recomendação do Relatório anual n. 54/2001, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que tratou sobre o descaso do Estado brasileiro com a situação da violência conjugal à qual Maria da Penha Maia Fernandes esteve submetida. Esse documento advertiu sobre a importância do amparo e da proteção da vítima em caso de violência doméstica, bem como ratificou o tratamento desse tipo de violência como um problema estruturalmente social, não sendo configurado como casos privados e individuais da sociedade.

A Organização Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos recebeu a denúncia de Maria da Penha, conjuntamente com o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (Cejil) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem). Esses órgãos separam-se com a tolerância do Estado brasileiro em relação aos recorrentes episódios de violência cometidos por Marco Antônio Heredia Viveiros, então marido de Maria da Penha, que culminaram, entre outras agressões, em uma tentativa de homicídio e uma de eletrocussão.

A partir do Relatório, foi aprovada e sancionada a referida Lei, que legitima a criação de mecanismos que auxiliem na prevenção e evitem a deliberação desse problema social, bem como reconhece o tratamento jurídico específico que o problema demanda. Também definiu esse tipo de violência como qualquer tipo de ação ou omissão violenta baseada na discriminação de gênero.

Sendo assim, como consequência da necessidade de cuidados jurídicos na problemática da violência doméstica, além da ativa reivindicação popular ao combate da impunidade nesses casos, destacou-se a preponderância da concepção penal nas vias judiciais, desconsiderando a análise extrajudicial para solucionar conflitos dessa ordem. Nas observações de Rifiotis:

De um lado teríamos uma tendência, digamos, relacional, voltada ao trabalho com os agressores, a mediação, a busca de soluções extrajudiciais, etc. De outro, uma ênfase na dimensão penal, da responsabilização legal (RIFIOTIS, 2008b, s.p.).

Embora se tenha apresentado situações relativas à legislação concernente à violência contra a mulher, não configura objetivo deste artigo criticar os meios legais de punição aos agressores. Isso porque a Lei Maria da Penha resulta de diversas motivações, oriundas de variados grupos sociais que se posicionaram diante do cenário de descaso das autoridades ao tolerar os diferentes tipos de violência. Entende-se, portanto, que essa Lei demonstra avanços sociais no sentido de formalizar a condição da mulher como sujeito de direitos, portanto deve ser enaltecida como ferramenta de mudança social.

É válida, entretanto, a análise voltada ao fenômeno da judicialização nos desdobramentos dos efeitos da referida Lei desde sua promulgação, uma vez que foi sancionada num contexto social complexo, que buscava respostas para combater a impunidade. Por consequência, essa norma moldou o caráter pró-criminalizante dos mecanismos de prevenir e resolver esses conflitos e resumiu a Lei ao tipo de combate essencialmente penal. Em análise, para Machado:

O contexto nacional foi marcado por uma dimensão normativo-penal em que a demanda pró-criminalização cresceu e ganhou tanta evidência que, muitas vezes, a lei é referida como se resumida a esse nível de resposta à questão das violências doméstica e intrafamiliares contra mulheres (MACHADO, 2014, s.p.).

Cabe ressaltar que a judicialização sob o prisma da Lei Maria da Penha é caracterizada por um reforço na estrutura judicial ofertada pelo Estado quando se defronta com um caso concreto. Como exemplo, oferece apoio, por meio de delegacias especializadas em violência doméstica, bem como garante a celeridade do processo, uma vez que, em até 48 horas, o juiz deve receber a notícia do crime pela delegacia e expedir uma medida protetiva, caso necessário. Ainda, conforme a edição da Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019, permite-se que os próprios delegados ou policiais apliquem a medida protetiva de urgência em cidades que não sediam Comarcas, caso o risco seja iminente à mulher e/ou aos seus filhos.

Reitera-se que essa celeridade processual é o produto de reivindicações sociais que atuam para garantir os direitos das mulheres no Brasil. Tem, ainda, como característica principal, a rede de judicialização que ultrapassa o caráter meramente retributivo da Lei, pois também garante mecanismos de proteção.

Segundo Machado (2014), o problema da crítica jurídica feita à Lei Maria da Penha é o foco normativo-penal das leituras voltadas ao texto legal, uma vez que as dimensões de violência abrangem não só a esfera jurídica de caráter penalizante, pois não é exclusividade do Judiciário tratar sobre o problema de violência doméstica.

A crítica de Theophilos Rifiotis (2008) sobre a judicialização das relações sociais apresenta a dualidade dessa problemática. Evidente é que o reconhecimento jurídico representa uma visibilidade conquistada pelos respectivos movimentos sociais e legitima a luta desses grupos por seus protagonismos como sujeitos de direitos.

Esse fenômeno, todavia, também caracteriza a expansão do Judiciário e sua consequente criminalização primária da violência conjugal, estabelecendo o padrão do sistema de polarização desse tipo de violência, limitado pelo campo de “vítima-agressor”. Nesse prisma, Rifiotis entende que:

O processo penal domestica por assim dizer a conflitualidade, organizando-a numa polaridade excludente, típica do princípio do contraditório no processo penal, traduzindo em categorias jurídicas polares a complexidade das relações de gênero (2008, s.p.).

No contexto relacionado, o movimento feminista utilizou o reconhecimento jurídico como estratégia política para efetivar sua luta no meio Judiciário, pressionando o Estado a desenvolver uma lei específica que considere a violência doméstica como um problema social. A generalização dos mecanismos penais, contudo, torna-se uma estrutura problemática ao apresentar rigidez no tratamento das especificidades e complexidades das violências doméstica e de gênero.

Essa propagação penal, conforme entende Rifiotis, refere-se “[...] ao fato de o direito operar pela tradução de conflitos através de um equivalente geral (um tipo penal, por exemplo) e a partir dele definir uma modalidade de prova ou enfrentamento legal a ser seguida” (RIFIOTIS, 2008, s.p.).

Sob o viés apresentado, o processo da judicialização, nas palavras de Theophilos Rifiotis (2008, s.p.), “[...] não deve ser considerado um fim em si mesmo e tampouco os objetivos sociais projetados sobre ele se realizam automaticamente, devendo ser objeto de monitoramento contínuo, como condição necessária para a sua efetividade”.

Observa-se, nesse contexto, uma contrariedade advinda do comportamento espontâneo do Estado em judicializar de forma penalizante os problemas sociais reclamados e reivindicados por manifestações sociais, uma vez que “[...] a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade” (NUCCI, 2019, p. 27). À vista disso, o processo de judicialização deve ser apresentado como um último recurso do Estado em solucionar os litígios sociais, sendo monitorado para garantir sua eficiência.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao explanar sobre os efeitos da judicialização, apreende-se a fonte genitora desse fenômeno, uma vez que as reivindicações e demandas populares respaldam as exigências protestadas no ordenamento jurídico, por meio da criação de novas leis e normas que garantem o reconhecimento dos respectivos sujeitos de direitos.

As exigências de movimentos sociais para combater as violências de gênero contra as mulheres originam, por consequência, a inclinação penalizante e pró-criminalizante da compreensão jurídica sobre os litígios, desenvolvendo, os juristas, uma análise mais rígida e inflexível das complexidades que cada problema social sustenta. Como apresentado no presente trabalho, as especificidades que abrangem a relação de violência de gênero contra a mulher não se resumem aos polos vítima e agressor.

Segundo Theophilos Rifiotis (2008), a fragmentação dos sujeitos faz com que o reconhecimento esteja em movimento e necessite de novos modos de avaliar justiças e injustiças. Sendo assim, desenvolver ações de prevenção da violência de gênero contra as mulheres e que visem a estabelecer condições mais equitativas é de suma importância para constituir mecanismos eficazes que evitem a propagação da tendência criminalizante.

Destarte, não é objetivo neste estudo criticar a (in)eficiência do Direito e de seu ordenamento jurídico, pois ambos representam mecanismos de mudança social e acolhem requerimentos da sociedade. Com a finalidade, todavia, de manter sua plena eficiência e não se distanciar do caráter reivindicador, o Direito e os processos judicializantes devem ser objetos de monitoramento constante, assegurando, por assim dizer, sua competência em garantir os direitos e os deveres da sociedade.

Enfim, esta análise relaciona a importância da criação e instituição de políticas públicas de prevenção e enfrentamento às violências de gênero contra as mulheres nas diversas áreas do conhecimento, a exemplo, entre outras, da educação, da cultura, da religião, das mídias e da saúde. Isso porque entende-se que a construção das identidades de gênero deve prescindir de um modelo que reproduz o machismo, o patriarcado, a supremacia do homem e a submissão e inferioridade da mulher.

Esse modelo patriarcal não se compatibiliza com os princípios dos direitos humanos fundamentais para as mulheres, além de estar em conflito com o projeto de construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Consequentemente, a violência de gênero contra as mulheres afeta a família, as crianças, e causa sequelas e traumas nas vítimas, além de interferir na saúde física, mental e psicológica de toda a estrutura familiar.

Na tentativa de amenizar esse problema, entende-se a necessidade de investimentos em estratégias e ações de prevenção e enfrentamento de violências de gênero com o objetivo de construir, com as novas gerações, outros valores, comportamentos e cultura, cujos princípios orientem que meninas e mulheres sejam respeitadas como cidadãs e sujeitos de direitos em todas as instâncias da sociedade. Essas ações são importantes para que não reste às mulheres apenas a via judicializante da violência de gênero.

## 7 REFERÊNCIAS

- BRASIL. BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 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).
- BRASIL. Presidência da República. *Lei Nº 13.827, de 13 de maio 2019, Lei Maria da Penha*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm). Acesso em: 3 ago. 2019.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Organização dos Estados Americanos. *Relatório nº 54/01 Caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes – Brasil*. 4 abr. 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 1º ago. 2019.
- CORREA, Ranna Mirthes Sousa. *Lei Maria da Penha e a Judicialização da violência doméstica contra a mulher nos Juizados do Distrito Federal: um estudo de caso na Estrutural*. Brasília. UnB, 2014. Disponível em: [http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1401762653\\_ARQUIVO\\_ArtigoRBA.pdf](http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1401762653_ARQUIVO_ArtigoRBA.pdf). Acesso em: 1º ago. 2019.
- MACHADO, Isadora Vier. *Para além da judicialização: uma leitura da Lei Maria Da Penha (Lei nº 11.340/06) em três dimensões*. Feminismos, 2014. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/29977/17727>. Acesso em: 2 ago. 2019.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- RIFIOTIS, Theophilos; BRAGAGNOLO, Regina Ingrid; LAGO, Mara Coelho de Souza. Estudo dos modos de produção de justiça da Lei Maria da Penha em Santa Catarina. Florianópolis. *Revista Estudos Feministas*, v. 23, n. 2, p. 601-617, maio/ago. 2015.
- RIFIOTIS, Theophilos. *Judiciarização das relações sociais e estratégias de reconhecimento: repensando a “violência conjugal” e a “violência intrafamiliar”*. 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-49802008000200008&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802008000200008&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 31 jul. 2019.

RIFIOTIS, Theophilos. Judicialização dos direitos humanos, lutas por reconhecimento e políticas públicas no Brasil: configurações de sujeito. *Revista de Antropologia*, USP, São paulo, v. 57, n. 1, p. 119-144, 2014a.

RIFIOTIS, Theophilos; VIEIRA, Danielli; DASSI, Tatiana. *Judicialização das relações sociais e configurações de sujeito entre jovens cumprindo medidas socioeducativas em Santa Catarina*. Anuário Antropológico, on-line, I, 2016. Disponível em: <http://journals.openedition.org/aa/1564>. Acesso em: 5 ago. 2019.

RIFIOTIS, Theophilos; VIEIRA, Danielli. *Um olhar antropológico sobre violência e justiça: etnografias, ensaios e estudos de narrativas*. Florianópolis. Ed. Da UFSC, 2012.

RIFIOTIS, Theophilos. *Violência, Justiça e Direitos Humanos: reflexões sobre a judicialização das relações sociais no campo da “violência de gênero.”* 2014b. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n45/0104-8333-cpa-45-00261.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2019.