Ano 7, vol. 1

OAB SANTA CATARINA
Subseção Joinville

Revista Eletrônica



A Revista da Advocacia da Subseção de Joinville
Gestão 2019-2021

ISSN 2178-8693
revista.oabjoinville.org.br

REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

ISSN 2178-8693
revista.oabjoinville.org.br

CONSELHO EDITORIAL

Adriano Selhorst Barbosa
Advogado OAB/SC nº 39.740

Ma. Ana Catarina de Alencar
Advogada OAB/SC nº 46.101

Dr. Cláudio Melquiades Medeiros
Advogado OAB/SC nº 13.210

Ma. Janaína Silveira Soares Madeira
Advogada OAB/SC nº 18.597

Ma. Maria de Lourdes Bello Zimath
Advogada OAB/SC nº 6.802

Me. Thiago André Marques Vieira
Advogado OAB/SC nº 31.164

CONSELHO DE APOIO E PESQUISA DA REVISTA

Bárbara Madalena Heck da Rosa - Secretária
Advogada OAB/SC nº 49.343

Carlos Henrique Ribas Pereira
Advogado OAB/SC nº 43.816

Jonathan Maicon Francisco
Advogado OAB/SC nº 53.350

Marina Du Bois
Advogada OAB/SC nº 56.869

Valdir Bittencourt Júnior
Advogado OAB/SC nº 28.665

REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

v.1 n.7 2021 – Joinville/SC

ISSN 2178-8693

Revista Eletrônica da OAB Joinville	Joinville	Ano 7, vol. 1	p. 1/375	2021

REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

Diretoria OAB Joinville (2019/2021)
Maria de Lourdes Bello Zimath -Presidente
Óliver Jander Costa Pereira - Vice-presidente
Nicholas Alessandro Alves Medeiros - Secretário-geral
Tatiana Maria Ramos Virmond - Secretária-geral Adjunta
Nathalie Luiza Reis Stechinski - Tesoureira

Direção Geral
Maria de Lourdes Bello Zimath

Coordenação Editorial
Janaína Silveira Soares Madeira

Design Gráfico e Assessoria Editorial
Marina Du Bois

Desenvolvimento Web
Cristian Feldes

Contato
Rua Amazonas, 46 - Bairro Saguaçú
89221-050 - Joinville/SC - Brasil
revista@oabjoinville.org.br

Revista Eletrônica da OAB Joinville [recurso eletrônico] / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção Santa Catarina. Subseção de Joinville. - v. 1, n. 1 (jul./dez. 2010)-. - Joinville: OAB Joinville, 2010-

Intermitente até 2011.
Interrompida em 2012.
Periodicidade semestral a partir de 2019.
Versão online disponível em: https://revista.oabjoinville.org.br/
Numeração alterada: ano 7, n.1, 2021
ISSN 2178-8693

1. Direito – Periódicos. 2. Advocacia – Periódicos. I. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção Santa Catarina. Subseção de Joinville.

CDDir 340.05

Elaborado: Bibliotecária Alessandra Mara Schroeder CRB 14/679

SUMÁRIO

EDITORIAL
Maria de Lourdes Bello Zimath.....7

PERSPECTIVAS DE INOVAÇÃO EMPRESARIAL DIANTE DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS
Albano Francisco Schmidt e Talita Vieira Fagundes.....8

A ESSENCIALIDADE DA ADVOCACIA E AS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS PREVISTAS NA LEI Nº 8.906/94: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA PRISÃO CAUTELAR EM SALA DE ESTADO MAIOR
Aulus Eduardo Teixeira de Souza.....17

A SUSPENSÃO DE SEGURANÇA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
Eduardo Jonas Soares.....26

TORTURA: UM DIÁLOGO ENTRE A SISTEMÁTICA GLOBAL DE DIREITOS HUMANOS E O BRASIL
Eduardo Sandrini Torres e Fernanda Brandão Lapa.....39

ASPECTOS PRELIMINARES DA APLICAÇÃO DA SÚMULA 392 DO STJ: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO DE LITÍGIOS FISCAIS MUNICIPAIS POR MEIO DE PRINCÍPIOS
Felipe Cidral Sestrem e Vitor Bittencourt da Rosa.....59

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, A VEDAÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS HOMOSSEXUAIS E O JULGAMENTO DA ADI 5.543 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Gabriela Manarin e Giliane Lisboa dos Santos.....73

OS IMPACTOS DA CONCEITUAÇÃO DOS VALORES HUMANOS COMO REGRAS OU PRINCÍPIOS À LUZ DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY
Gabriella de Souza Madeira Alves e Albano Francisco Schmidt.....83

AFETO E TECNOLOGIA: DO *HOMOS SAPIENS* AO *VOICEBOT*
Giordani Flenik e Roberto Adam Ramos.....93,

O DIREITO À EDUCAÇÃO E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA APLICABILIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Gleidse de Oliveira Gonçalves e Luiz Cláudio Gubert.....105

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ACIDENTE SOFRIDO PELO TRABALHADOR AVULSO E SUA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO EMPREGO
Guilherme Henrique Hartwig e Cloves Fernandes Barbosa.....121

JUIZ, UM SER PSICANALÍTICO: REFLEXÕES SOBRE A TOMADA DE DECISÃO A PARTIR DA INTERSECÇÃO ENTRE O DIREITO E A PSICANÁLISE
Jean Rodrigues Salles.....139

A PROTEÇÃO JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO: ANÁLISE DO PROCESSO Nº 0001411-18.2017.5.12.0004 DA 1º VARA DO TRABALHO DE JOINVILLE
Katleen Iohraney Prass da Silva e Cloves Fernandes Barbosa.....156

IMIGRAÇÃO E O ATENDIMENTO JURÍDICO: OS DESAFIOS DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS
Kawanna Alano Soares e Sirlei de Souza.....174

POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O ENSINO JURÍDICO
Leonardo Ranieri Lima Melo e Macela Nunes Leal.....192

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MÉTODO AUTOCOMPOSITIVO EM MATÉRIA PENAL
Luanjir Luna da Silva.....206

O DIREITO À EDUCAÇÃO E SUAS PERSPECTIVAS DE EFETIVIDADE NO CONTEXTO DE PANDEMIA
Lucas Rocha Silva.....214

A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL DE BENS IMÓVEIS URBANOS
Maicon Zermiani e Claudio Melquiades Medeiros.....225

O DESPORTO INFANTIL E O TRABALHO: O CONFRONTO ENTRE A NATURALIZAÇÃO E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
Marlete Martins Bello e Janaina Silveira Soares Madeira.....239

FILHOS DE ABRIGO: REFLEXÕES ACERCA DA MOROSIDADE NO PROCESSO DE ADOÇÃO
Maysa Cristina Schulze e Anna Lethicia dos Santos.....256

O TRABALHO DE GESTANTES E LACTANTES EM AMBIENTE INSALUBRE APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 13.467/17 E SUA INCONSTITUCIONALIDADE
Rafaela Masson e Luís Felipe do Nascimento Moraes.....273

SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIREÇÃO SOB O ASPECTO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
Renan Eduardo da Silva e Monalisa Alberton Casagrande.....290

ABOLICIONISMO PENAL: REFLEXÕES SOBRE AS TEORIAS FENOMENOLÓGICA E MATERIALISTA HISTÓRICA A PARTIR DO COLAPSADO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO
Ricardo Alexandre de Freitas e Larissa Machado Barcelos.....303

HERMENÊUTICA JURÍDICA E AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO: UMA ANÁLISE À TESE FIXADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)
Salvio Gustavo Luz e Luiz Gustavo Assad Rupp.....330

EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS: UMA ALTERNATIVA AO PROBLEMA
Taciane Eliza Burger Rosa e Devino Geradi 347

A NATUREZA JURÍDICA DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS A PARTIR DA BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO
Victor Bambinetti Gonçalves.....361

EDITORIAL

Como observadores do nosso tempo não nos escapa o contexto histórico, de todos, talvez neste momento, o mais peculiar.

Após os gigantescos desafios do ano de 2020 em que se enfrentou a pandemia instalada pelo coronavírus, registrar o recrudescimento da crise sanitária é medida que se impõe.

Releva notar que, vinte e quatro (24) horas após a celebração dos 89 anos do sufrágio feminino no Brasil, outro fato, este tristemente marcante: o recorde de mortes pela Covid 19: mil e quinhentas e oitenta e duas vidas perdidas no dia 25 de fevereiro de 2021!

E é neste cenário que aporta a versão do primeiro volume do ano 7 da Revista Eletrônica, do ano do cinquentenário da OAB/SC subseção Joinville.

As narrativas dos autores e autoras que têm em seu radar a cena jurídica contemporânea trazem à lume aqui o perfil desse tempo único. Alguns temas recorrentes, mas com perspectivas ressignificadas, e, outros, com toque vanguardista se integram para nos brindarem com suas ideias neste locus de voz.

Vejam-se os recortes múltiplos de assuntos variados como: inovação empresarial diante da pandemia; a essencialidade da advocacia e a prisão cautelar em sala de estado maior; tortura em diálogo com a sistemática global de Direitos Humanos e o Brasil; suspensão de segurança no TJSC; aspectos preliminares da Súmula 392 do STJ e uma possível solução de litígios fiscais municipais com a adoção de princípios; o princípio da igualdade e a vedação da doação de sangue por homens homossexuais; os impactos dos valores humanos como regras(ou princípios) à luz das teorizações de Dworkin e de Alexy; afeto e tecnologia em uma abordagem do *homo sapiens* ao *voicebot*; responsabilidade civil e trabalhador avulso e sua estabilidade provisória do emprego; Juiz - um ser psicanalítico; proteção jurídica da pessoa com deficiência no mercado de trabalho; imigração e atendimento jurídico e os desafios da educação em Direitos Humanos; Justiça Restaurativa como método autocompositivo em matéria penal; política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos e sua contribuição para o ensino jurídico.

Aos temas supracitados acrescentam-se outros, de índole igualmente contemporâneas: direito à educação e a efetividade no contexto pandêmico; a usucapião urbana; o desporto infantil e o trabalho e o princípio da proteção integral da criança e do adolescente; filhos de abrigo e morosidade no processo de adoção; o trabalho de gestantes e lactantes em ambiente insalubre após a Lei n. 13467/2017; suspensão do direito de direção sob o aspecto da proteção dos direitos fundamentais; abolicionismo penal: reflexões sobre as teorias fenomenológica e materialista histórica a partir do colapsado sistema penitenciário brasileiro; hermenêutica jurídica e as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento em uma análise à tese fixada pelo STJ; embriões excedentários e uma alternativa ao problema, e, por fim, a natureza jurídica do rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS a partir da boa-fé objetiva e função social do contrato.

Que tenham todas e todos uma excelente leitura!

Maria de Lourdes Bello Zimath
Presidente da OAB/SC Subseção Joinville

PERSPECTIVAS DE INOVAÇÃO EMPRESARIAL DIANTE DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS

Albano Francisco Schmidt[1]
Talita Vieira Fagundes[2]

Resumo: O presente trabalho tem como escopo analisar e compreender os efeitos causados pela pandemia do Novo Coronavírus nas empresas, uma vez que esta tem sido autora de grande déficit financeiro em todos os blocos econômicos pelo mundo. Isto posto, procurou-se estudar e compreender como encontra-se as relações comerciais internacionais diante desse novo cenário, bem como as empresas no território nacional também vem sido afetadas. Na mesma linha, buscou-se elucidar aspectos relativos à (in)eficácia da adoção de alternativas como indicadores de desempenho através de planos estratégicos para melhor enfrentamento da pandemia do Novo Coronavírus**.** Dessa forma, observou-se alternativas da utilização de novos recursos tecnológicos, aliados com a capacitação e motivação de colaboradores como perspectivas de diminuição dos impactos negativos no setor financeiro das empresas trazidos pela nova crise sanitária global.

Palavras-chave: Direito empresarial. Inovação. Tecnologia.

INTRODUÇÃO

Ao analisar a história, pode-se notar que desde o princípio, em um determinado lapso temporal, a existência de várias situações geradoras de percalços em todas as partes do mundo. Seja recessões econômicas de ordem mundial, guerras, disputas comerciais ou pandemias.

Com a chegada do Novo Coronavírus, a vida conhecida pelos indivíduos foi alterada, mas não apenas em relação a saúde pública ou aos valores sociais, houve também sérios danos à ordem econômica pelo mundo todo.

Ocorre que as empresas fazem parte desse sistema e concomitantemente enfrentam os efeitos negativos causados pela nova crise sanitária, o que por derradeiro surge várias problemáticas dentro do ramo empresarial, tal como: qual a melhor maneira do enfrentamento da crise gerada pela pandemia do Novo Coronavírus, sem causar recuperação judicial, falência ou a demissão de vários colaboradores?

No presente estudo, tentar-se-á encontrar medidas alternativas adotadas pelas empresas para o enfrentamento da nova crise sanitária global, sem custar maiores problemas financeiros dentro das empresas modernas, como também o emprego e principalmente não expondo os colaboradores ao risco de maiores contaminações.

Isto posto, será analisado os efeitos já causados pela pandemia do Novo Coronavírus, inclusive no mercado internacional e a possibilidade da utilização dos indicadores de desempenho como ferramenta de planejamento de negócios para evitar uma crise financeira irreparável nos caixas das empresas.

Ainda, em continuação do presente estudo, verificar-se-á a alternativa da adoção de meios tecnológicos como perspectiva de aumento nas expectativas de crescimento das finanças das empresas, assim como, a capacitação dos colaboradores como ferramenta para auxílio no enfrentamento em caso do surgimento de novas crises econômicas.

1. Doutorando no programa de Pós-Graduação em Patrimônio Cultural e Sociedade da UNIVILLE. Mestre em Direito pela PUC/PR. Professor da graduação em Direito da UNISOCIESC. Advogado. E-mail: albano@arsadvogados.adv.br.
2. Acadêmica do curso de Direito da UNISOCIESC.

Finalmente, observar-se-á como ficou o ambiente de trabalho, como isso pode afetar o desempenho profissional e de que maneira pode se converter e trazer benefícios para as empresas e colaboradores.

1. ASPECTOS DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS NAS RELAÇÕES COMERCIAIS EM GERAL

A chegada da pandemia do Novo Coronavírus se tornou realidade em todo Globo e alastrou a economia em todos os setores. Certamente, várias áreas em todo território nacional não conseguiram se isentar dos efeitos negativos causados por esse novo cenário mundial.

Nessa perspectiva, o comércio internacional foi uma das grandes partes afetadas dentro dos blocos econômicos devido aos impactos causados pela nova pandemia. Ainda, como consequência, houve abalos de grande estima nas relações e negociações entre países pelo mundo.

Além disso, em decorrência dessa recessão econômica causada pela crise sanitária, segundo matéria publicada pelo G1 (2020), empresas que realizam transações comerciais internacionais, seja de importação ou exportação, foram estremecidas, resultado tanto em suspensão das relações ou prejuízos significativo nos lucros.

Um dos maiores paradigmas existentes dentro desse cenário é a ausência de informação quanto a longevidade desse novo vírus que vem assombrando a população mundial.

Na mesma medida, especialistas têm se manifestado nos canais de comunicação existentes pelo país, no sentido de que uma maior recessão econômica ainda poderá ocorrer.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) descreve possíveis cenários econômicos dentro do comércio internacional para os anos de 2020 e 2021, em decorrência dos efeitos causados pela nova crise sanitária global:



Fonte: IPEA

Diante desse cenário, estima-se, segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que “no melhor dos casos, o comércio internacional cai 15% em relação a 2019; no pior, 25%. Para 2021, a tendência é que haja alta – os cenários são de aumento de 4%, 7% ou 10%. Em todos os cenários, a recuperação não será suficiente para compensar as reduções de 2020.”

Isto posto, uma das recomendações sugeridas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), é “a atuação firme em defesa das instituições multilaterais, em especial a Organização Mundial do Comércio (OMC).”

É certo que atingindo as transações de ordem internacional, a situação econômica do país entra em declínio causando diversos déficits dentro do aspecto econômico causando efeitos negativos diretamente nas empresas brasileiras.

É cediço que as empresas que realizam transações internacionais são de suma importância, não só em relação ao mercado global, mas também, principalmente dentro do território nacional. Todavia, mesmo as empresas que não participam dessas relações internacionais, também cumprem papel primordial dentro da economia do país, uma vez que estas contribuem conjuntamente pelo giro de capital econômico, assim como possui importância social, pois afeta diretamente na geração de empregos.

Destarte, sabe-se que quando as finanças das organizações empresárias começam a entrar em decrescimento, uma das ações tomadas é a diminuição de gastos, inclusive adotando medidas como a redução no quadro de colaboradores.

Com intuito de diminuir a contaminação, os estados brasileiros começaram a instituir decretos que determinam a quarentena com medidas rigorosas de isolamento social, impedindo que muitos setores possam funcionar normalmente. Consequentemente, várias áreas de diversos ramos das empresas nacionais tiverem prejuízo considerável na saúde financeira, onde ainda, algumas tiveram seus resultados completamente negativados.

Destarte, diante deste cenário que resulta em possível declínio econômico no país, afetando diretamente as organizações empresárias de todas as espécies, estudar-se-á nos próximos tópicos, possíveis medidas à serem utilizadas para que as empresas consigam superar a crise, inclusive tendo a possibilidade de crescimento a partir da inovação.

1.1 A APLICABILIDADE DE INDICADORES DE DESEMPENHO

Os indicadores de desempenho, são mecanismos que auxiliam em planejamento estratégico. Assim, dentro de uma organização empresarial têm suma importância, não só trazendo benefícios quanto sua aplicabilidade para a gestão da empresa, como também pode ser uma aliada se aplicada ao corpo de profissionais.

Desta forma, os indicadores de desempenho são ferramentas que auxiliam os gestores (diretores, supervisores, coordenadores) a comparar se os resultados durante um determinado espaço de tempo estão compatíveis com as metas estabelecidas.

Em um estudo realizado por Costa (2003), foi constado que a utilização dos indiciadores de desempenho é de grande valia para obtenção dos objetivos das empresas, desde que estas tenham suas estratégias delimitadas para que possam estabelecer o objeto e quais resultados devem ser superados.

Além disso, Costa (2003) alude que se faz necessário distinguir quais são os principais processos gerenciais a serem supervisionados, para que se concretize os objetivos e tenha sucesso na aplicação dos indicadores de desempenho.

Nesta linha de raciocínio, observa-se que para uma melhor efetividade na aplicação dos indicadores de desempenho, é primordial um estudo para aplicação desses fatores dentro da organização empresária, como melhor mecanismos para que os colaboradores possam interpretar os resultados fornecidos para melhor delinear um plano estratégico. (COSTA, 2003)

Os indicadores de desempenho mais utilizados com maior efetividade pelas empresas, segundo Costa (2003) são nos setores financeiro, de marketing, projeto, produção e pessoas.

Cumpre salientar, que o indicador de desempenho não é um fator necessário somente nas empresas que visam resultado lucrativo, como também pode ser utilizado pelas organizações sem fins lucrativos, pois estas conseguem se beneficiar da utilização desses mecanismos para estabelecer e supervisionar controles para alcance dos seus objetivos. (BATEMAN, 2012)

Dito isso, observa-se que definindo projeções para análise dentro de fatores possíveis dos indicadores de desempenho, é possível obter resultados como: se os itens referentes aos bens e serviços produzidos para desenvolvimento da empresa precisam ser supervisionados, ou ainda, se os próprios colaboradores tiveram um progresso benéfico dentro do período de tempo analisado. Ainda, é exequível comparar os resultados obtidos com outros períodos e desenvolver planos estratégicos a partir disso, como propõe Bateman (2012, p. 74):

> O planejamento não é uma resposta informal e caótica a uma crise: é um esforço proposital dirigido e controlado pelos gestores e que frequentemente recorre ao conhecimento e à experiência de funcionários de todos os níveis. [...] Os planos têm seus resultados avaliados e, se necessário, são revistos.

Nesta linha, as formas de planejar trazem soluções efetivas para o enfrentamento de tempos difíceis, assim como a chegada inesperada de pandemias, como a do Novo Coronavírus.

> Convém observar que o planejamento ocorre em ciclos. Os planos têm seus resultados avaliados e, se necessário, são revistos. O planejamento fornece às pessoas e unidades de trabalho um mapa claro a seguir em suas atividades futuras, mas, ao mesmo tempo, flexível o bastante para permitir lidar com situações singulares e alterações das condições (BATEMAN, 2012, p. 74).

Assim, definido o melhor caminho a partir de indicadores de desempenho para inovação em tempos difíceis, como os causados pela nova pandemia, cabe a empresa escolher o mecanismo que resulta em melhor alternativa de plano estratégico a ser trilhado pela organização, para que traga resultados efetivos no alcance dos objetivos.

Assim, Nakagawa (1995, p. 26) já dizia que “a empresa precisa planejar porque o conhecimento do seu futuro é extremamente limitado.” E certamente essa afirmação ainda serve para os dias atuais, uma vez que de fato existem situações que fogem do controle humano, como é o caso da presente pandemia. E, por este motivo, uma empresa que planeja, consegue suportar com melhor desempenho o enfrentamento de situações adversas.

Não existe empresas de sucesso que não investiram em plano estratégico de negócios para atingir seus objetivos. (Nakagawa, 2011). Daí a importância da utilização dos indicadores de desempenho para auxiliar as empresas nessa empreitada.

1.2 ADOÇÃO DE NOVOS RECURSOS TECNOLÓGICOS

Ficou demonstrado alhures, que a aplicabilidade de indicadores de desempenho gera efeitos positivos para delinear um plano de negócios que melhor se adeque dentro de uma organização. Porém, a utilização de recursos tecnológicos cumpre um importante desempenho dentro de uma empresa de sucesso. Atualmente, as empresas modernas têm seguido cada vez mais nesse caminho e utilizado a tecnologia em benefício para alavancar seus resultados.

Na mesma medida, a adoção de tecnologias dentro do cenário atual, tem sido uma grande aliada dos empreendedores para que seus prejuízos sejam minimizados. Assim, estuda-se a importância de utilização da tecnologia a favor da empresa.

> As organizações não poderiam ficar imunes às transformações ambientais que configuram a globalização e avanços da tecnologia. Congruente com a emergência de um paradigma da especialização flexível, a busca da flexibilidade passa a ser um eixo dominante no conjunto de experiências de inovação organizacionais (BORGES, 2006, p. 25).

Pois bem, verifica-se então que a utilização da tecnologia a favor da empresa vem sendo um fator cada vez mais essencial ao longo dos anos, pois, é primordial para a realização da definição de objetivos e acompanhamento de resultados, por fornecer melhor agilidade nas tarefas desenvolvidas e até mesmo para criação de estratégias de marketing para sucesso de uma organização empresária.

Diante disso, entende-se que o investimento em recursos tecnológicos contribui para melhor eficiência no alcance de resultados efetivos dentro de uma empresa, uma vez que os avanços da tecnologia na sociedade moderna vêm exigindo cada vez mais que o mundo se adeque a essa nova realidade tecnológica.

> A inovação tecnológica é complexa e rápida – e vital para a vantagem competitiva das empresas. As empresas de hoje dependem da capacidade de seus gestores para capitalizar sobre novas tecnologias e outras mudanças não só para realizar com mais eficiência e eficácia suas tarefas básicas, mas também para manter a vantagem sobre os competidores. Como a tecnologia e a velocidade de inovação são críticas para o sucesso, os gestores precisam entender como as tecnologias podem mudar as maneiras como as empresas competem e como as pessoas trabalham (BATEMAN, 2012, p. 329).

Ainda, nessa mesma linha:

> Atualmente, uma empresa não pode ter sucesso sem incorporar à sua estratégia as incríveis tecnologias que já existem e estão em desenvolvimento. Com a evolução da tecnologia, desenvolvem-se novos setores, mercados e nichos competitivos. Os avanços tecnológicos também permitem que as empresas entrem em mercados que, na sua ausência, estariam fechados para elas, como se deu quando as empresas de TV a cabo adaptaram sua tecnologia para entrar no mercado de serviços de internet (BATEMAN, 2012, p. 31).

Por este motivo evidencia-se que a aplicação de novos recursos tecnológicos deixou de ser uma opção para que uma empresa possa ter sucesso.

> As mudanças tecnológicas conduzem à implantação de sistemas de produção flexíveis que, ao contrário de sistemas de produção flexíveis que, ao contrário de sistemas rígidos, melhor se adaptam às incertezas e variações de mercado. (BORGES, 2006, p. 25)

Destarte, em tempos de pandemia, a utilização tecnológica se tornou grande parceira e praticamente obrigou que diversos ramos se adequem a essa nova realidade. Como efeito, alterou a forma de trabalhar de diversos ramos empresariais. Pois, mesmo empresas com um viés mais clássico que exigia a presença física do cliente no estabelecimento, precisaram sucumbir e adotar essas novas formas tecnológicas de negócio, para que consigam continuar obtendo lucro, uma vez que a nova realidade impede a livre circulação de pessoas em decorrência da possibilidade de contágio.

Assim, mesmo que em algumas regiões as medidas de isolamento social tenham sido flexibilizadas, ainda existe medidas que restringem determinadas ações, o que por consequência, acaba diminuindo o número de clientes procurando produtos ou serviços, principalmente se necessitar da presença física destes.

Nessa perspectiva, nem todas as consequências trazidas pela pandemia do novo Coronavírus foram negativas, pois algumas alterações geraram benefícios e conforto aos consumidores, além de garantir a segurança.

Empresas do ramo alimentício, inclusive mercados, começaram a utilizar aplicativos para entrega das mercadorias no local desejado pelo consumidor. Lojas na área de moda começaram a apostar na venda de mercadorias por aplicativo, adotando ideias como *delivery* de roupas, sapatos, cosméticos e afins.

Em uma pesquisa realiza pela CNI, foi entrevistado o coordenador do Centro de Macroeconomia Aplicada da Fundação Getúlio Vargas, Emerson Marçal, onde o mesmo acredita que as empresas devem investir fortemente em tecnologia para que se possa fomentar o desenvolvimento de inovações, principalmente em tempos de pandemia, isso, segundo Marçal, auxilia na recuperação econômica do país.

Ainda, com as medidas de isolamento social, a adoção dos recursos tecnológicos, permite que os colaboradores possam trabalhar em *home office* sem afetar as tarefas do trabalho, por derradeiro garante a segurança dos colaboradores, diminuindo a possibilidade de contágio.

Com o constante desenvolvimento da tecnologia, principalmente nos últimos tempos, possibilitou-se o uso de ferramentas como salas de reuniões online, onde permite que os colaboradores possam se comunicar através de chamada de vídeo, possibilitando a comunicação virtual com mesma efetividade da que ocorreria de forma física, mas, com o êxito de evitar o risco da contaminação pelo vírus, garantindo a segurança do trabalhador.

Em contrapartida, cumpre salientar, que apesar da importância da utilização dos recursos tecnológicos independente do motivo ou situação, faz-se necessário a capacitação dos colaborados para que estes consigam utilizar dessas novas alternativas, como também possam contribuir com inovações, por derradeiro provém em resultados mais benéficos para a própria empresa.

Nessa medida, as empresas precisam capacitar seus profissionais para que estes possam trabalhar com os novos recursos oferecidos, até mesmo utilizando-se de vídeos dinâmicos explicativos, para melhor desempenho desses colaboradores na utilização desses recursos. É cediço que quanto melhor o profissional se adaptar com essa nova realidade, será melhor o seu desenvolvimento auxiliando na diminuição dos impactos causados pela pandemia do Novo Coronavírus.

1.3 RENOVAÇÃO DO AMBIENTE DE TRABALHO E MOTIVAÇÃO PESSOAL

A motivação de pessoal dentro da empresa, é um tema que há muito tempo chama atenção, principalmente, dos estudiosos de gestão de pessoas, pois acredita-se que um profissional motivado desempenha melhor suas funções. Com efeito, muitas empresas modernas trabalham cada vez mais no sentido de fornecer um ambiente de trabalho confortável e sadio aos seus colaboradores.

> A motivação é o primeiro passo para o sucesso da organização. Funcionários satisfeitos com seu trabalho e que se sentem respeitados e reconhecidos por aquilo que desenvolvem tornam-se parceiros de negócio, fazem muito além do

> que as suas obrigações e se preocupam com o andamento da empresa. Todos precisam estar motivados! Mas para que isso aconteça, a própria organização deve se preocupar com o bem estar de seus colaboradores e oferecer condições favoráveis de trabalho (TORTORETTE, 2010, n.p.).

No entanto, a chegada da pandemia do Novo Coronavírus, transformou a rotina de milhares de pessoas e independente da qualidade do local de trabalho, muitas transformações ocorreram para evitar o contágio e manter a segurança.

Nessa linha, muitas empresas optaram por deixar que seus colaboradores trabalhassem através do *home office*. Outras organizações, quando permitido, conforme decreto de cada estado do país, voltaram a exercer suas funções no local da empresa, mas com uma série de modificações, como o uso de máscaras, medidas para manter o distanciamento e em alguns casos é exigido, inclusive, o uso de luvas.

Essas diligências podem acabar se tornando um fator estressante que gera uma série de angústias, por derradeiro, pode afetar a qualidade psíquica, inclusive diminuindo o desempenho nas funções exercidas. Desta maneira, surge outro problema que precisa ser resolvido pelas empresas para que se possa enfrentar com triunfo essa nova realidade vivenciada.

Essa nova realidade exige das empresas cuidado redobrado para com os seus colaboradores por questão de saúde pública, principalmente aqueles que optaram a presença do funcionário no ambiente da empresa para desenvolver suas funções.

No entanto, apesar dessas novas mudanças dentro do ambiente de trabalho, quanto mais as empresas cuidarem de seus colaboradores, inclusive através de estímulos, melhor os profissionais continuarão desenvolvendo suas funções, auxiliando ainda mais para o fortalecimento das organizações empresárias.

Conforme visto alhures, apesar da adoção de novos recursos tecnológicos seja benéfica para alavancar os resultados da empresa, assim como, utilizar-se de indicadores de desempenho para poder traçar metas e gerar melhor visibilidade da situação da entidade empresarial, não se pode esquecer de continuar motivando os colaboradores, cuidando tanto da segurança, como da qualidade psíquica em relação ao trabalho.

Isto posto, define-se que:

> Motivação tem a ver com as forças que energizam, orientam e sustentam os esforços das pessoas. Todos os comportamentos, com exceção de reflexos involuntários – como piscar os olhos (que pouco têm a ver com a gestão) – são motivados. Uma pessoa altamente motivada irá esforçar-se mais para atingir metas de desempenho. Se dotada de níveis adequados de capacidade, de compreensão do cargo e de acesso aos recursos necessários, essa pessoa será altamente produtiva. (BATEMAN, 2012, p. 240)

Existem alguns fatores essenciais que corroboram para motivar os colaboradores: estabelecer metas possíveis, gratificação, reconhecimento pelo trabalho exercido, compreensão das necessidades pessoais, entre outras. Esses elementos colaboram para evitar percalços e contribuem no enfrentamento de crises, uma vez que colaboradores motivados trabalham para o sucesso da empresa. (BATEMAN, 2012).

Portanto, destaca-se que as empresas modernas já vêm se adaptando com esse perfil de cuidar de seus profissionais, mantendo uma relação saudável com seus colaboradores. Em decorrência disso, há maiores chances de gerar empresas promissoras, tendo em vista que a motivação aliada a qualidade de vida no trabalho, influencia os funcionários a “vestir a camisa” da empresa e trabalharem para a obtenção de resultados promissores.

CONCLUSÃO

Pode se observar, que os efeitos trazidos pela pandemia do Novo Coronavírus atingem não só empresas que exercem suas funções dentro do país, como também, as relações comerciais internacionais vem sido alvo de fortes recessões.

Acredita-se em uma forte crise econômica que deixará marcos históricos com consequências negativas causadas pela pandemia do Novo Coronavírus, ainda está por vir, podendo custar ainda mais empregos e várias organizações empresárias serão obrigadas a “fechar suas portas” por não conseguirem mais se estabelecer no mercado.

Diante disso, as empresas cumprem um papel social de extrema importância, uma vez que são elas as principais responsáveis pela circulação de riquezas e geração econômica dentro do território nacional. Com isso, percebeu-se a urgência da adoção de medidas pelas empresas para minimizar os efeitos negativos, evitando maiores prejuízos.

Isto posto, analisou-se a adoção de indicadores de desempenho como forma de planejamento estratégico para que as empresas consigam “sobreviver” essa nova crise sanitária global, uma vez que em todo percurso histórico empresas de sucesso utilizaram desses indicadores para se manter e crescer dentro do mercado nacional e/ou internacional.

Ainda, observou-se que a utilização novo recursos tecnológicos existentes pode ser de grande valia para evitar os prejuízos, mesmo que a partir dos decretos de isolamento social, as empresas necessitem permanecer fechadas. E ainda, esses recursos podem ser adotados por diversas áreas, como a adoção de aplicativos para venda de bens e serviços, bem como a utilização de aplicativos que permitem o trabalho remoto, garantindo a segurança dos colaborados.

Nessa perspectiva, pode-se compreender que a capacitação e motivação dos profissionais faz-se imperiosa, uma vez que funcionários motivados desempenham melhores suas funções, como consequência, auxiliam na saúde financeira das empresas.

Por fim, percebeu-se que trata de um tema complexo, uma vez que por ser atual, ainda carecem de estudos acerca de seus efeitos e não se sabe ao certo quanto tempo essa pandemia irá perdurar. Contudo, observa-se também, que a inovação nesses novos tempos pode ser uma forma encontrar meios mais eficazes para o desenvolvimento no ramo empresarial moderno, ainda que em tempo de pandemia, podendo gerar resultados mais promissores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATEMAN, Thomas S. **Administração**. 2. ed. Porto Alegre: AMGH, 2012.

COSTA, Dayana Bastos. **Diretrizes para concepção, implementação e uso de sistemas de indicares de desempenho para empresas de construção civil**. Porto Alegre: UFRGS/PPGEC, 2003.

CNI. **Crise do novo Coronavírus promove desafios para a indústria e para o Brasil**. Disponível em: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/economia/ crise-do-novo-coronavirus-promove-desafios-para-a-industria-e-para-o-brasil/> Acesso em: 18 jun, 2020.

G1. **Entenda os impactos da pandemia de Coronavírus nas economias global e brasileira**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/

02/26/entenda-os-impactos-do-avanco-do-coronavirus-na-economia-global-e-brasileira.ghtml> Acesso em: 18 jun, 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Comércio exterior, política comercial e investimentos estrangeiros**: considerações preliminares sobre os impactos da crise do Covid-19. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/wp-content/uploads/2020/04/CC47_NT _Com%C3%A9rcio-externo-Covid-19_02.pdf>. Acesso em: 18 jun, 2020.

NAKAGAWA, Marcelo. **Introdução à controladoria**: conceitos, sistemas, implementação. São Paulo: Atlas, 1995.

NAKAGAWA, Marcelo. **Plano de negócio**: teoria geral. Barueri: Manole, 2011.

ROUBICEK, Marcelo. **Qual o impacto da pandemia de Coronavírus no comércio mundial**. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/ expresso/2020/04/16/Qual-o-impacto-da-pandemia-de-coronav%C3%ADrus-no-com %C3%A9rcio-mundial>. Acesso em: 20 jun, 2020.

TORTORETTE, Maiara. **Profissionais motivados, empresas desenvolvidas**. Disponível em: <https://www.catho.com.br/carreira-sucesso/carreira/sem-categoria/profissionais-motivados-empresas-desenvolvidas-2/>. Acesso em: 20 jun, 2020.

A ESSENCIALIDADE DA ADVOCACIA E AS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS PREVISTAS NA LEI Nº 8.906/94: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA PRISÃO CAUTELAR EM SALA DE ESTADO MAIOR

Aulus Eduardo Teixeira de Souza[1]

Resumo: O presente artigo busca demonstrar a essencialidade constitucional da advocacia e revela um paradoxo decorrente da aplicação da lei em casos de prisão de advogados no exercício ou não da advocacia em sala de Estado-maior e na sua falta em prisão domiciliar. Enfrenta a questão realçando a importância do tema no contexto social brasileiro, destacando os aspectos que emolduram substancialmente os direitos da classe profissional insculpidos na lei nº 8.906/94, os quais encerram as prerrogativas da advocacia e sua essencialidade no sistema de justiça, bem como o conflito aparente da norma penal que envolve a questão. Nesse sentido, por meio do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial o texto pretende diferenciar a prisão de advogados em sala de estado maior da prisão especial destinada aos possuidores de diploma de nível superior, além disso tem por finalidade contribuir para a manutenção do debate permanente a fim de tornar efetiva a aplicação do dispositivo legal nos termos da previsão estatutária.

Palavras-chave: Advocacia. Constitucionalidade. Prerrogativas. Sala de Estado-maior.

INTRODUÇÃO

O texto em apreço apresenta ao leitor algumas ponderações que o convidam à reflexão sobre a relevante e pragmática manutenção do debate jurídico acerca dos direitos da advocacia, mormente porque neste arcabouço de direitos se assentam as prerrogativas da atividade jurídica que protege aquele que é "chamado a falar", o advogado(a)[2].

Emoldurando o tema despontam os valores democráticos da Sociedade e do Estado de Direito em que a vida pós-moderna se desdobra, aferindo diariamente o quão importante é a essencialidade da advocacia, dos direitos fundamentais e das liberdades individuais do cidadão. Todavia, um pequeno exercício reflexivo ganha espaço para que seja possível delimitar a hipótese que irá balizar o leitor no texto apresentado. Diante da barbárie, a racionalidade? Diante da injustiça, o direito? Diante do Estado, a Sociedade? Pela Sociedade, o advogado?

A advocacia é, sem temerário receio, a "*ultima ratio*" em face das arbitrariedades e desmandos da força potestádica do soberano. A jornada prediz a distância percorrida desde a idade média à Universidade de Direito de Bolonha, na Itália. Dos juízos divinos e as Ordálias ao "*Corpus Juris Civilis"*. Em governos absolutistas, totalitários e ditatoriais não há espaço para a justiça, tampouco para advogados.

Daí decorre a necessidade de um sistema jurídico estruturado, bem definido e equilibrado, destinado a semear a fertilidade em uma Sociedade plural, mais justa e solidária, em consonância com os valores republicanos que orientam o "*Homo Sapiens"*.

A Constituição Federal de 1988 e a Lei Federal nº 8.906/94 expressam a essencialidade e a importância da advocacia para a concretização dos valores mencionados e, sobretudo, para o equilíbrio do sistema de justiça com vistas ao bem-

1. Doutorando em ciência jurídica pela Univali em dupla titulação com Universidade de Alicante – ESP. Mestre em Direito pela Universidade Caxias do Sul. Procurador estadual de prerrogativas da OAB/SC. E-mail: aulus@edsadv.com.br.

2. Categoria que etimologicamente derivada do latim "*advocatus"*, particípio passado de "*advocare"*, a qual significa chamar junto a si; convocar; interceder em favor de. "Ad" (junto) + *"vocare"* ou "*vocatus"* (chamado para falar).

estar da Sociedade, conferindo papel de relevância pública ao mister exercido pelos nobres causídicos.

De outro lado, paira uma discussão inacabada acerca de uma relevante prerrogativa que reveste a atividade advocatícia, qual seja, o direito do advogado de ficar preso em sala de Estado-maior antes de sentença transitada em julgado, ou na sua falta, em prisão domiciliar, nos termos do inciso V, do art. 7º, da Lei n. 8.906/94.

A digressiva discussão demonstra que sobram decisões judiciais determinando a prisão de advogados e advogadas em cela especial arrimando-se na regra geral estabelecida no Código de processo penal, aplicável apenas àqueles que possuem de diploma de nível superior de algum das faculdades da República.

É mais que evidente, nas decisões compulsadas, que se está dando interpretação diversa daquela condizente com a intenção do legislador infraconstitucional, as quais destituídas de fundamento razoável, provocam verdadeira insegurança jurídica na concretização de direitos, porquanto colidem frontalmente com a ordem jurídica vigente. Isto é, se a lei determina que a prisão em caráter cautelar seja cumprida em sala de Estado-maior e, na sua falta, no domicílio do profissional, então por quais razões sobrevêm decisões judiciais a contrário senso da ordem legal?

Para tanto, enfrenta-se a problemática por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, buscando responder as indagações hipotéticas pelo método dedutivo, as quais têm por finalidade apresentar razoáveis argumentos que diferenciam a prisão em sala de Estado-maior de prisão especial, demonstrando de igual sorte, os elementos que emolduram a essencialidade dos direitos e prerrogativas da advocacia, insculpidos na Lei nº 8.906/94.

1. CONFLITO APARENTE DE NORMAS PELA ANÁLISE DO ART. 295, VII DO CPP E DO INCISO V, ART. 7º, DA LEI Nº 8.906/94

"Lex specialis derogat legi generali"[3]. Da referida expressão emerge o Princípio da Especialidade no processo penal, no qual a norma especial afasta a incidência da norma geral. Aplica-se o referido princípio diante do conflito aparente de norma penal.

Por exemplo, o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, previsto no art. 302, da Lei 9.503/97 é disciplinado pelo Código De Trânsito Brasileiro, o qual é norma especial em relação ao crime de homicídio culposo disciplinado pelo Código Penal[4], o qual é norma geral, isto é, ao acrescentar a expressão "na direção de veículo automotor" ao delito, inicialmente tipificado no Código Penal, o legislador acrescentou uma característica específica no tipo penal remetendo-o a outra Lei.

Esclarece De Bem (2013, p. 187-197) que não havendo a efetiva comprovação da especificidade do elemento comprobatório, o delito poderá ser desclassificado para a espécie geral.

Nesse sentido, emerge o aparente conflito entre a Lei Federal n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil) e a Lei Federal n. 3.689/41 (Código de Processo Penal), especialmente, no que tange a prisão cautelar de membros da Advocacia. Portanto é salutar o alinhamento ao pensamento de Hungria (1951) ao advertir que não se arrima na ordem jurídica brasileira que dois ou mais dispositivos penais disputem com a mesma autoridade a sua incidência em fatos descritos com a mesma natureza.

3. "Lei especial derroga lei geral"
4. art. 121, §3º, do Código Penal.

Esse equivocado conflito entres as referidas leis demonstra a reconstrução de uma pré-compreensão do caso concreto sem considerar o espírito do legislador e a leitura pura e simples da legislação.

Esclarece Cademartori (2006, p. 135-141) que há,

> Uma concepção pragmática de direito, orientado por uma hermenêutica principiológica de matriz constitucional. Esta, por sua vez, baseia-se em critérios de pré-compreensão5 reconstrutiva, os quais partem dos problemas ou situações, objeto de apreciação judicial, visando definir o sentido das normas6 ao invés da direta remissão à lei, fruto esta de um modelo de subsunção direta, dos fatos às normas, através de um processo lógico-dedutivo como apregoava Kelsen.

Nesse entendimento, não se pode deturpar o sentido da norma conferindo a ela interpretação diversa daquela expressamente destacada pela simples leitura, afim de justificar decisões conflitantes que colidam com o ordenamento jurídico vigente.

Diante disso, se evidencia "*prima facie"* a sucessão temporal da aplicabilidade das leis pelo Princípio da "*Lex posterior derogat priori"* (Lei posterior revoga lei anterior) e, nessa toada, a regra de vigência legal faz desponta o comando normativo do §2º, do art. 2º do Decreto-Lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Segundo a norma referida, não se destinando a vigência temporária, a lei nova que estiver em vigor e que estabeleça disposições especiais a par das já existente, como é o caso do inciso V, do art. 7º, da Lei 8.906/94 e o inciso VII, do art. 295, do CPP, não alterará o alcance e aplicabilidade da norma mais antiga.

Sem temerária razão assevera-se que o disposto no art. 295, VII do CPP não é aplicável, antes de sentença transitada em julgado, aos membros da Advocacia.

Objetivos são os esclarecimentos de Toledo (2001, p. 50-54), ao afirmar que o conflito aparente das normas penais pode ser resolvido a partir da aplicação da regra de análise principiológica da especialidade, subsidiariedade e consunção. Isto é, "*lex specialis derogat legi generali, lex primaria derogat legi subsidiarae, lex consumens derogat legi consumptae".*

2. ALCANCE, APLICABILIDADE E INTERPRETAÇÃO DA NORMA QUE DISPÕE SOBRE PRISÃO ESPECIAL OU EM SALA DE ESTADO MAIOR

Notadamente prevista no inciso V, do art. 7º da Lei 8.906/94, a prisão em caráter cautelar de membros da advocacia, regularmente inscritos nos quadros da ordem dos advogados do Brasil, é um assunto bastante discutido na seara judiciária.

O comando normativo da Lei infraconstitucional destaca a importância da essencialidade da advocacia para o sistema de justiça e a própria Sociedade brasileira, cuja relevância está prevista no art. 133 da Constituição Federal de 1988.

Destaca-se que o dispositivo estatutário mencionado dispõe objetivamente que antes de sentença com transito em julgado, membros da advocacia só podem ser recolhidos presos em salas de Estado-maior possuidoras de instalações e comodidades condignas, de forma que, não existindo, o causídico deve ser recolhido em seu domicílio.

Não é demais acrescentar que em caso de prisão em flagrante por motivo ligado ao exercício da advocacia, obrigatória é a presença de comunicação à Secção da OAB onde o profissional estiver regularmente inscrito, bem como, haja a presença de representante

da instituição para acompanhar os procedimentos realizados, cujos aspectos, se não observados, provocam a nulidade absoluta da prisão ilegal[5].

Além disso, no efetivo exercício da advocacia, o profissional só poderá ser preso, observando-se os requisitos mencionados anteriormente, pelos crimes inafiançáveis previstos no art. 5º, XLIII, XLII, XLIV, da CF/88 (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, crimes hediondos, crimes dolosos contra a vida, racismo, ação de grupos armados – civis ou militares – contra a ordem constitucional e o Estado Democrático).

Não obstante, ainda que a Lei seja clara e expressa, na forma e procedimento, quanto a prisão de advogados, não são raras as decisões proferidas em todas as instâncias judiciárias em evidente descumprimento da lei, cujas decisões insistem em determinar o recolhimento de membros da Advocacia em prisão especial com fulcro no art. 295, VII, da Lei n. 3.689/41.

Agravando a questão, inúmeros são os relatórios e Inquéritos Policiais em que se subvertem os fatos para obtenção do êxito persecutório. De um lado, para garantir a ordem pública e proteger a ordem econômica, de outro, por conveniência da instrução criminal ou ainda, para assegurar a aplicação da lei penal, tudo sob a justificativa de fazer justiça, mas que para tanto, se descumpre a Lei.

Evidência paradoxal em face da supremacia ética do Estado de Direito assentado na democracia brasileira em razão da importância dos direitos fundamentais do cidadão, os quais caracterizam vínculos funcionais que orientam a validade dos atos jurídicos estatais (FERRAJOLI, 2001, p. 905).

Este cenário demonstra que a validade dos atos jurídicos do Estado não mais decorre da base piramidal normativa constitucional, guarnecida pelo Princípio da Legalidade e do Estado de Direito, nos quais a aplicabilidade da norma reveste os fatos sociais em processo de subsunção hermenêutico-legal (ZAGREBELSKY, 2002, p.14).

A subversão mencionada e o desrespeito ao ordenamento jurídico pelo Estado e seus agentes, não se mostram compatíveis com a ordem jurídica brasileira. A prisão cautelar de membros de Advocacia é prerrogativa de índole profissional conferida aos advogados por lei específica e que não se confunde com a especificidade prevista na lei processual penal, cuja prerrogativa é devida apenas aos profissionais regularmente inscritos nos quadros da OAB.

Isso porque de um lado vige a norma para portadores de diploma de nível superior, como é o caso do art. 295, VII do CPP, e de outro, além do referido diploma de graduação, invoca-se a pertinente habilitação para o exercício profissional da defesa individual ou coletiva da Sociedade e dos cidadãos.

Tal circunstância deixa evidente a necessidade de tratamento condigno e respeitoso dispensado com a advocacia, não por menos é que se infere do texto legal previsto no inciso V, do art. 7º, da Lei 8.906/94 que as salas de Estado-maior devem possuir comodidades condignas para os advogados nela recolhidos e instalações adequadas em condições de salubridade e permanência.

Portanto, não se confunde a prisão especial prevista no Código de Processo Penal em seu artigo 295, VII, a qual se aplica aos diplomados em curso superior, sejam eles civis, ou no caso de militares, em quartéis, antes de sentença transitada em julgado.

Os ministros de Estado, Governadores, Interventores, Secretários, Prefeitos, Vereadores e Chefes de Polícia, oficiais das Forças Armadas e militares dos Estados, incluindo o Distrito Federal, magistrados, ministros de confissão religiosa, ministros do

5. art. 7º, IV, da Lei n. 8.906/94

Tribunal de Contas, cidadãos que tiverem exercido função de jurados, exceto se excluídos da lista por incapacidade, Delegados de Polícia, Guardas civis dos Estado, ativos ou não, também se sujeitam a prisão especial ou recolhimento em quartéis.

O recolhimento em quartel ocorre no caso de prisão de oficiais militares, a qual será cumprida em sala de Estado-maior e, no caso das Praças, em alojamentos ou celas especiais. Isso porque, o §1º, quando trata de cela especial deixa expresso que o recolhimento nesses casos deve ser em local distinto da prisão comum ou, assim entendido, unidades prisionais convencionais como as conhecemos atualmente.

A Cela Especial poderá consistir em alojamento coletivo, em condições adequadas de salubridade ambiental, caracterizada pela existência de aeração, insolação, condicionamento térmico adequado ao indivíduo, conforme a inteligência exposta do §3º, do art. 295, do CPP.

No entanto, quando o Estatuto da Advocacia menciona expressamente que a prisão de membros da advocacia ocorrerá senão em sala de Estado Maior, com instalações adequadas, refere-se claramente às Organizações Militares (Quarteis) com as mesmas características do art. 295, §3º do CPP, pois o texto legal menciona a expressão "com instalações e comodidades condignas".

Dessa forma, inexistindo sala de Estado-maior em situação de condignidade para membros da advocacia, o profissional deve ser recolhido em prisão domiciliar, preenchidos os requisitos do art. 318 e 318-A, do CPP.

Lobo (2011) assevera que a condignidade e instalações adequadas referidas para o recolhimento em sala de Estado-maior, tem por finalidade evitar os abusos cometidos no interior dos aquartelamentos, os quais apontavam as celas comuns das carceragens existentes nas Organizações Militares para recolhimento de advogados. Assim, *"Se não houver salas com as características previstas na lei, sem improvisações degradantes, ficará o advogado em prisão domiciliar, até a conclusão definitiva do processo penal".*

De forma que não há que se confundir a prisão especial, prevista no art. 295, §§1º a 4º, do CPP, com a prisão em sala de Estado-maior ou domiciliar prevista na Lei 8906/94.

Sob esses argumentos, é de se constatar que os integrantes da Advocacia não são meros diplomados em nível superior. Isso porque além de portarem o diploma de curso de graduação, os advogados gozam de posição essencialmente relevante no sistema de justiça, caracterizando, sobretudo, serem colunas essenciais do Estado Democrático de Direito.

A Doutrina, a Lei e a Jurisprudência são deficientes quanto à definição almejada, contudo, certo é que sala não é cela. Sob essa ótica, é preciso conciliar os termos condignidade e *"SALA"* de Estado-maior. O primeiro pressuposto é a inexistência de grades nas dependências onde ficará o advogado ou advogada. Isso porque em salas, diferentemente de celas, não existem grades. E como segundo pressuposto, convém lembrar que de acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quando a lei for omissa, o juiz deverá decidir de acordo com a analogia, os costumes (art. 4º, da LINDB).

Salas de Estado-maior são dependências utilizadas pelos membros de assessoramento do comando de uma unidade militar composta por oficiais militares, os quais quando recolhidos ficam costumeiramente na referida dependência.

Segundo Poubel (2013, p. 4), salas de Estado-maior são aquelas dependências localizadas nas unidades militares das forças armadas, as quais se destinam ao uso do corpo de assessoria direta do comandante da Organização Militar (OM), de forma que suas instalações se coadunam com os aspectos de higidez, asseio e bem estar condignos

da advocacia, cujas circunstâncias estão diretamente vinculadas a três premissas fundamentais: *"a) compartimento de unidade militar; b) tratar-se de sala – eventualmente utilizada para o encarceramento – e não cela; c) instalações sem grades e com comodidades condignas".*

Ausente tais características a prisão domiciliar é medida que se impõe, sob pena de nulidade e constrangimento ilegal do profissional.

Portanto, uma vez indispensável, é a advocacia instrumento necessário ao provimento justo e equilibrado da atividade jurisdicional do Estado. E não se trata de quaisquer privilégios, mas tão somente da correta aplicação da Lei, porquanto, a perseguição da justiça é ônus advocatício também.

Segundo Moreira Neto (2009. p. 43), sua indispensabilidade dessa atuação não será a de decidir o direito, tarefa que cabe aos agentes ativos da Administração, mas será sempre, e em qualquer circunstância, a que lhes é típica e inalienável: a de sustentar o direito.

De maneira hercúlea, juízes têm realizado verdadeiro exercício hermenêutico de reconstrução do texto legal para justificar o aprisionamento de membros da advocacia à revelia do ordenamento jurídico, caracterizando circunstância teratológica merecedora de reparo. Valem-se do argumento de que a simples existência de dependências em condições de salubridade e condignidade no âmbito da unidade prisional comum, é suficiente para relativizar o comando legal estatuário.

Todavia, o argumento mencionado não é suficiente para afastar a incidência do comando normativo que determina o recolhimento de advogados em sala de Estado-maior ou, em sua ausência, em seu próprio domicílio (art. 7º, V, da Lei n. 8.906/94). Há na jurisprudência, especialmente, da Suprema Corte brasileira, argumentos que dão conta de que não se deve confundir prisão em sala de Estado-maior com prisão especial.

O STF enfrentou a matéria no âmbito do Habeas Corpus n. 91089/SP, o qual, sob a relatoria do ministro Carlos Ayres Britto e assentou no informativo 478 que, se houver impossibilidade de recolhimento dos profissionais da advocacia em sala de Estado-maior, estes devem ser recolhidos em prisão domiciliar.

Para a Corte, sala de Estado-maior é uma sala, na acepção do termo, que não se assemelha a celas ou cadeias. Isso porque são salas instaladas em unidades castrenses destinadas ao recolhimento de oficiais das Forças Armadas, destituídas de grades ou portas trancadas pelo lado de fora.

> Por Estado-Maior se entende o grupo de oficiais que assessoram o comandante de uma organização militar (Exército, Marinha, Aeronáutica, Corpo de Bombeiros e Polícia Militar); assim sendo, 'sala de Estado-Maior' é o compartimento de qualquer unidade militar que, ainda que potencialmente, possa por eles ser utilizado para exercer suas funções. A distinção que se deve fazer é que, enquanto uma "cela" tem como finalidade típica o aprisionamento de alguém –e, por isso, de regra contém grades -, uma "sala" apenas ocasionalmente é destinada para esse fim. De outro lado, deve o local oferecer instalações e comodidades condignas, ou seja, condições adequadas de higiene e segurança.[6]

Convém apresentar também o entendimento assentado pelo Ministro Nelson Jobim na Reclamação nos autos do *Habeas Corpus* 81.632[7], proferido pela 2ª Turma, em 20/08/02, Relator Ministro Carlos Velloso, RTJ 184/640, o qual destaca que:

6. STF – Reclamação nº 4.535 – TP – Rel. Sepúlveda Pertence – J. 07.05.2007 – DIU 15.06.2007.
7. STF. DJ 7.5.2007.

> [...] por sala de Estado-Maior, se entende qualquer sala dentre as existentes em todas as dependências de comando das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) ou Auxiliares (Policia Militar ou Corpo de Bombeiros), com a ressalva de que, eventualmente, pode não existir 'uma sala específica para o cumprimento de prisão' e, se for o caso, 'o Comandante escolhe uma, nas dependências do pavilhão de comando, e a destina para tal fim'(4). De fato, se por Estado-Maior se entende o grupo de oficiais que assessoram o Comandante de uma unidade militar (Exército, Marinha, Aeronáutica, Corpo de Bombeiros e Polícia Militar), 'sala de Estado-Maior' é o compartimento de qualquer unidade militar que, ainda que potencialmente, possa por eles ser utilizado para exercer suas funções. A distinção que se deve fazer é que, enquanto uma 'cela' tem como finalidade típica o aprisionamento de alguém - e, por isso, de regra contém grades -, uma 'sala' apenas ocasionalmente é destinada para esse fim. De outro lado, deve o local oferecer 'instalações e comodidades condignas', ou seja, condições adequadas de higiene, segurança. Este o quadro, julgo procedente a reclamação para que o Reclamante seja recolhido em prisão domiciliar - cujo local deverá ser especificado pelo Juízo reclamado, salvo eventual transferência para sala de Estado-Maior, como antes caracterizada"

Interessante destacar que em 2006 o Pleno do STF decidiu sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Melo que a prisão de advogado ou advogada, regularmente inscritos nos quadros da OAB, em sala de Estado Maior, é garantia suficiente para que fique provisoriamente detido em condições compatíveis com o seu múnus público na pendência do transito em julgado de sentença penal condenatória[8].

Com efeito, é patente que à advocacia está assegurado o direito a prisão cautelar em sala de Estado-maior e, na sua falta, prisão em seu domicílio. Além disso, precedentes[9] jurisprudenciais acompanham este pensamento.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o recolhimento de qualquer profissional da advocacia em estabelecimento prisional convencional é sem sombra de dúvida incompatível com a Lei. Diante da barbárie, a racionalidade? Diante da injustiça, o direito? Diante do Estado, a Sociedade? Pela Sociedade, o advogado?

É fundamental que o tema seja enfrentado com racionalidade jurídica e as injustiças manifestadas pela força do Estado sejam combatidas com o Direito. Contra as ações do Estado, concretizadas por seus agentes, que violem a ordem jurídica, cabe aos advogados e advogadas fazerem frente necessária em benefício efetivo do interesse público da Sociedade.

Nessa esteira, decisões judiciais que determinem o recolhimento de membros da advocacia, regularmente inscritos nos quadros da OAB, em celas comuns, sendo a medida descrita como prisão especial ou não, colidem de pleno direito com a previsão vigente no ordenamento jurídico.

Isso porque a advocacia possui normatização expressa a tutelar o assunto. Ou seja, não havendo sala de Estado-maior, recolher-se-á o profissional em prisão domiciliar. Diante disso, se esclarece que por melhores que sejam as celas das unidades

8. STF - ADI: 1127 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/05/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010 EMENT. VOL-02405-01 PP-00040.
9. TJPR. 4ª Câmara Criminal, HCC - 720327-6, Paranaguá, Relator Carvilio da Silveira Filho, Unânime, J. 16.12.2010; TJPR, 2ª Câmara Criminal, HCC - 646123-6, São João do Triunfo, Relatora Lilian Romero, Unânime, J. 21.01.2010; TJPR, 4ª Câmara Criminal, HCC - 428536-1, Cascavel, Relator Carlos A. Hoffmann, Unânime, J. 14.02.2008.

penitenciárias, estas sempre serão incompatíveis com a previsão legal da Lei n. 8.906/94 que expressamente dispõe acerca de salas ou domicílio.

Com efeito, se a lei determina que a prisão em caráter cautelar seja cumprida em sala de Estado-maior e, na sua falta, no domicílio do profissional, então por quais razões sobrevêm decisões judiciais a contrário senso da ordem legal?

A questão posta, não obstante, tem uma carga social evidentemente ligada a ideia de privilégio, o que se caracteriza verdadeiro engano. Não se trata de resposta fácil, contudo, o direito que assiste aos membros da advocacia de serem recolhidos presos em sala de Estado-maior, antes de sentença transitada em julgado, está descrito objetiva e expressamente na Lei, portanto, nada se justifica o não cumprimento da ordem, do comando legal, pelos representantes do poder estatal.

A prisão de advogado em cela comum ou prisão especial é incompatível com a prisão cautelar em sala de Estado-maior ou prisão domiciliar, conforme se depreende do exposto no art. 7º, V, da Lei n. 8.906/94, circunstância essa que afronta de pleno direito a legalidade e a Ordem Jurídica do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, urge a necessidade de enfrentamento combativo da questão pelos conselhos que formam a instituição de classe, sob pena de que essa subversão do texto legal, às claras, em total e absoluta afronta a legalidade, enfraqueça e torne maior desprestígio a uma classe indispensável à administração da justiça, à defesa da Democracia e do Interesse Comum da Sociedade Brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica.** 4. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.
Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 mai. 20.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 30 Jun. 20.
BRASIL, Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil** (OAB).
Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 30 Jun. 20.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Institui o Código de Transito Brasileiro**.
Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em: 30 Jun. 20.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico**: da língua portuguesa. 4. ed. Rio de Janeiro/RJ: Lexikon, 2011.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais: as teorias de Alexy e Dworkin e os aportes de Habermas. **Novos estudos jurídicos**, n. 1, p. 135-141, 2006.

DE BEM, Leonardo Schmitt. A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS APARENTES ENTRE NORMAS PENAIS. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 1, p. 187-197, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. ***Derecho y Razón*: *Teoría del Garantismo penal***. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal,** 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1951.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB.** 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús;

SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 43.

NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo**. Rio de janeiro: Nova Fronteira, 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. Editora OAB: 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática 14. ed. Revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: EMAIS, 2018.

POUBEL, Andrey Salmazo. **A Prisão Do Advogado Em Sala De Estado-Maior ou Em Prisão Domiciliar**. Cadernos Jurídicos. OAB Paraná, nº. 38, 2013.
SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 2. ed. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2010.

TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2. ed. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996. Título original *Qu'est-ce que la démocratie?*

TOLEDO, Francisco de. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, p. 50-54, 2001.
ZAGREBELSKY, Gustavo. ***El Derecho Dúctil***. Madrid: Trotta, 2002.

A SUSPENSÃO DE SEGURANÇA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Eduardo Jonas Soares[1]

Resumo: Como instrumento à disposição, em regra, da Fazenda Pública, a suspensão de segurança objetiva a concessão de contracautela diante do risco de lesão a interesses públicos relevantes. Analisada pelo Presidente ou Vice-Presidente dos Tribunais, não se confunde com os recursos nem se presta à modificação das decisões, senão à subtração dos seus efeitos em hipóteses restritas e excepcionais. A singularidade da matéria, o pequeno arcabouço doutrinário e uma jurisprudência às vezes pouco uniforme dificultam a compreensão do instituto, a atuação das partes e a solução das controvérsias pelas Cortes competentes. São analisados, assim, temas pontuais, comumente controvertidos na doutrina e jurisprudência, sob a ótica especialmente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Palavras-chave: Suspensão de Segurança. Fazenda Pública. Jurisprudência.

INTRODUÇÃO

A suspensão de tutela antecipada, liminar, sentença ou segurança dirige-se à concessão de contracautela nas hipóteses em que a execução imediata da decisão proferida em desfavor da Fazenda Pública possa ensejar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

Com o objetivo de salvaguardar o interesse público, a suspensão de segurança, denominação consagrada que compreende as demais modalidades, teve origem na Lei n. 191/36. Com o passar do tempo e a evolução legislativa, o instituto acabou previsto em diversos outros diplomas legais e passou a ser cabível de forma mais ampla. Conforme pondera Tombini, esse movimento culminou com o entendimento de que "[...] a decisão judicial (seja interlocutória, sentença ou mesmo acórdão) que concede provimento judicial de caráter urgente em face da pessoa jurídica de direito público pode ser suspensa com base neste instituto" (2009. p. 17).

Diante do atual panorama legislativo, Didier Jr. e Cunha dissertam que "[...] o pedido de suspensão cabe em todas as hipóteses em que se concede tutela provisória de urgência contra a Fazenda Pública ou quando a sentença produz efeitos imediatos, por ser impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo automático" (2017. p. 788/789).

Segundo o art. 4º da Lei n. 8.437/97, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências, *"compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas".*

O art. 15, *caput*, da Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/09), aplicável ao pedido suspensivo de execução da liminar e sentença advindas de mandado de segurança, confere tratamento similar.

O Código de Processo Civil de 2015 também consagrou a incidência do instrumento em discussão. Consoante o art. 1.059, "à tutela provisória requerida contra a

1. Mestrando do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina; especialista em Direito Civil e Processual Civil – Esmesc e Cesusc; analista jurídico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: edujsoares@gmail.com.

Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei no 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei no 12.016, de 7 de agosto de 2009″.

Cuida-se, portanto, de incidente processual que, em caráter excepcional e sem a natureza de recurso, autoriza ao presidente do Tribunal de Justiça subtrair os efeitos de decisão proferida contra a Fazenda Pública, sem substituí-la, modificá-la ou invalidá-la, com o objetivo de evitar lesão a um dos interesses juridicamente tutelados.

Apesar das décadas de existência no direito brasileiro, a grande especialização da matéria, o reduzido aparato doutrinário e as divergências e modificações interpretativas cunhadas pelos Tribunais ao longo de tempo corroboram para o desconhecimento da suspensão de segurança e imprecisão tanto na formulação dos pleitos pelos legitimados ativos quanto no exercício do direito de defesa pelos beneficiados com as decisões que possam a ocupar o polo passivo.

Sendo assim, ocupa-se o presente estudo de analisar, de forma pontual, o tratamento que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por intermédio do seu 1º Vice-Presidente (art. 15, IV, do Regimento Interno), tem conferido aos pedidos de suspensão de segurança.

1. CONSTITUCIONALIDADE

A inconstitucionalidade material da suspensão de segurança constitui tema controvertido e reiterado nos incidentes que chegam aos Tribunais. Sustenta-se que os seus fundamentos legais afrontam os princípios da inafastabilidade da jurisdição, da isonomia, da celeridade e do devido processo legal, porquanto possibilitam o sacrifício da tutela jurisdicional, muitas vezes de urgência, por motivos eminentemente políticos.

Não é esse, entretanto, o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Em decisão monocrática, o Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, 1º Vice-Presidente eleito para o biênio 2018 – 2019, enfrentou a tese no julgamento da Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n. 4008370-90.2019.8.24.0000, de Joinville, no dia 4/10/2019, ocasião em que rechaçou a aventada inconstitucionalidade. Para tanto, destacou a excepcionalidade do incidente, o não enquadramento como modalidade de recurso, a vinculação a hipóteses restritas de cabimento, a desvinculação ao mérito e à sorte do processo originários da decisão a cujos efeitos buscou-se suspender, a existência de prerrogativas semelhantes conferidas à Fazenda Pública e a supremacia do interesse público.

Da mesma forma, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao apreciar no dia 16/10/2019 os Agravos Internos ns. 4007185-17.2019.8.24.0000/50006, 4007185-17.2019.8.24.0000/50007, 4007185-17.2019.8.24.0000/50008, 4007185-17.2019.8.24. 0000/50010, 4007185-17.2019.8.24.0000/50011, deixou de acolher a tese de inconstitucionalidade, assentando, em suma, que “a suspensão de segurança, embora constitua instrumento que privilegia a Fazenda Pública, não padece de inconstitucionalidade ou representa mácula à isonomia, ao acesso à jurisdição, à celeridade ou ao devido processo legal, porquanto voltada a hipóteses restritas de proteção à ordem, saúde, economia e segurança públicas e dissociada do mérito e da sorte do processo originário, em homenagem ao princípio da supremacia do interesse público”.

Colhe-se da emenda do aresto:

> AGRAVOS INTERNOS EM SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. INCONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO. INEXISTÊNCIA. MEDIDA EXCEPCIONAL. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. EXCLUSÃO DAS TARIFAS DE USO DE SISTEMA DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD) DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. FUNDADA CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL. INVIABILIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO MÉRITO. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA SUSPENSÃO. LESÃO GRAVE À ECONOMIA PÚBLICA. ATUAL E POTENCIAL MULTIPLICAÇÃO DE AÇÕES COM O MESMO OBJETO. RECURSOS NÃO PROVIDOS.
> 1 A suspensão de segurança, embora constitua instrumento que privilegia a Fazenda Pública, não padece de inconstitucionalidade ou representa mácula à isonomia, ao acesso à jurisdição, à celeridade ou ao devido processo legal, porquanto voltada a hipóteses restritas de proteção à ordem, saúde, economia e segurança públicas e dissociada do mérito e da sorte do processo originário, em homenagem ao princípio da supremacia do interesse público.
> 2 Diante do caráter excepcional e vinculado do pedido de suspensão, a discussão aprofundada acerca do mérito da demanda deve ser promovida, por excelência, na ação originária e nos recursos que lhe foram confiados pelas normas processuais.
> 3 A gravidade das consequências da execução imediata das decisões e a atual e potencial multiplicação de ações com o mesmo objeto, associadas à existência de fundada controvérsia acerca da matéria de fundo, que nos Tribunais parece estar evoluindo para agasalhar a tese dos Estados de que o ICMS incide sobre todas as etapas da operação de energia elétrica, demonstram a necessidade da suspensão para evitar grave lesão à economia pública. (TJSC, Agravo Interno n. 4007185-17.2019.8.24.0000, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Órgão Especial, j. em 16/10/2019).

No corpo do voto, o relator lembrou o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que, ″no pedido de suspensão não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas″ (STF, AgR na SL n. 102/SP, rela. Mina. Ellen Gracie, j. em 17/3/2008).

Entendeu o 1º Vice-Presidente que, tendo em vista que o pedido de suspensão encarna medida de contracautela que não analisa o mérito do processo principal e não interfere no seu andamento, não representa violação aos postulados constitucionais, como o direito de acesso à jurisdição, à celeridade ou ao devido processo legal.

A doutrina não deixa de questionar a higidez de alguns dispositivos das normas que regem a suspensão de segurança, especialmente se não interpretados nos limites que conferem excepcionalidade ao instituto. No entanto, a maioria conclui pela sua constitucionalidade.

Segundo a lição de Rodrigues (2017), o incidente em estudo funciona como outras tantas prerrogativas processuais conferidas à Fazenda, a exemplo da remessa necessária, do prazo estendido, das restrições à concessão de liminares, as quais constituem reflexos da normatização dos interesses concernentes à sociedade e que são geridos pelo Poder Público, submetido aos postulados máximos da indisponibilidade e supremacia do interesse público.

Na mesma linha, Venturi (2017) pondera que o Supremo Tribunal Federal reiteradamente tem assentado, no âmbito do controle difuso, a constitucionalidade do mecanismo (AgR na SS n. 432/DF, rel. Min. Sidney Sanches, j. em 11/3/1992, AgR na SS n. 2.906/PA, rela. Mina. Ellen Gracie, j. em 16/11/2006 e AgR na SL n. 105/PR, rela. Mina.

Ellen Gracie, j. em 27/6/2007). Pela via direta, em ação que acabou extinta sem julgamento do mérito, indeferiu medida cautelar de sustação do art. 4º, *caput* e parágrafos, da Lei n. 8.437/92 (ADI n. 2.251/DF, rel. Min. Sydinei Sanches, j. em 15/3/2001). O Superior Tribunal de Justiça também já enfrentou o tema e rechaçou a tese de inconstitucionalidade (AgRg na MC n. 22.070/DF, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 4/2/2014).

Logo, em consonância com a doutrina e os Tribunais Superiores, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem reconhecido a constitucionalidade da suspensão de segurança, com a ponderação de que a necessidade de salvaguardar a Fazenda Pública da execução imediata de decisões que atentem a interesses públicos tutelados pela Lei n. 8.437/82 (e outras similares) autoriza a adoção do tratamento privilegiado, em respeito ao princípio da supremacia do interesse público.

2. LEGITIMIDADE

O art. 4º da Lei n. 8.437/82, assim como os demais dispositivos de regência, dispõe que cabe ao Ministério Público e à pessoa jurídica de direito público interessada a formulação do requerimento de suspensão de segurança. O crescimento da Administração Pública e os contínuos movimentos de descentralização, concessão e delegação dos serviços conferidos ao Estado conduziram a uma correspondente tendência de ampliação do rol de legitimados. Isso porque terceiros, alheios à classe estrita das pessoas jurídicas de direito público, passaram a desenvolver atividades e representar interesses públicos.

Rodrigues (2017) afirma que, da mesma maneira que foi alargado o conceito de autoridade coatora para fins de mandado de segurança, os Tribunais têm ampliado o rol de legitimados, passando a admitir, por exemplo, pleitos formulados por pessoas jurídicas de direito privado, concessionárias e permissionárias, desde que desempenhem função pública e objetivem tutelar o interesse público.

Nessa linha, ao apreciar pedido de Suspensão de Tutela Antecipada, a Ministra Cármen Lúcia consignou que ″a jurisprudência deste Supremo Tribunal assentou-se no sentido de que também as pessoas jurídicas de direito privado concessionárias de serviço público têm legitimidade para ajuizar suspensão, desde que na defesa de interesse público″ (STA n. 838/MA, j. em 17/4/2018).

Aos legitimados somam-se, ainda, os entes despersonalizados, como órgãos da administração pública, Câmara de Vereadores, Tribunal de Justiça, Ministério Público e Tribunal de Contas, sempre que postulem com o intuito de obstar a produção de efeitos de decisão que interfira em suas atividades ou macule seus direitos institucionais.

Segundo Rodrigues, "[...] também terão legitimidade para postular o incidente alguns entes despersonalizados (sem personalidade jurídica), mas com personalidade judiciária, desde que sejam entes representativos do interesse público que visa tutelar″, ainda que não tenham até então participado do feito (2017. p. 146). Didier Jr. e Cunha complementam que ″a legitimidade desses órgãos decorre da circunstância de a decisão que se pretende suspender interferir diretamente na sua atividade ou afetar diretamente alguma de suas prerrogativas institucionais, ou ainda, em nos casos de conflito interno entre órgãos da pessoa jurídica de direito público″ (2017, p. 792/793).

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar pleito suspensivo formulado por assessor do Tribunal de Contas do Estado do Acre, manejado em face de decisão do Executivo que interferiu no repasse dos duodécimos constitucionais, decidiu que “é direito

público subjetivo do Tribunal de Contas do Estado do Acre a defesa de seu direito-função ao controle das contas públicas, profanada por ato coator que sustou repasse de setenta por cento dos recursos referentes aos duodécimos da dotação orçamentária, em desobediência à norma da Constituição Estadual que reproduz o art. 168 da CF-88*"* (REsp n. 178.904/AC, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. em 14/3/2000).

O Corte Catarinense não destoa desses entendimentos.

Na Suspensão de Liminar Ou Antecipação de Tutela n. 4009486-68.2018.8.24.0000, julgada em 13/6/2018, proposta pela SCPar Porto de Imbituba em face de decisão do Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Imbituba, a qual suspendeu contratação emergencial de serviços que viabilizariam a dragagem nos berços do Porto de Imbituba, o 1º Vice-Presidente se debruçou sob a tese de que a concessionária não teria legitimidade ativa, bem como de que atuava em benefício próprio e, portanto, particular.

Afastou-se, todavia, a argumentação, haja vista a constatação de que estavam satisfeitos aqueles pressupostos que conferiam excepcional autorização para o manejo do incidente. Ponderou-se que a SCPar Porto de Imbituba, sociedade de propósito específico constituída em razão de convênio entre a União e o Estado de Santa Catarina, com a interveniência da sociedade de economia mista S.C. Participações e Parcerias S.A., para a delegação da administração e exploração do Porto de Imbituba, almejava suspender a execução de decisão potencialmente capaz de obstaculizar o serviço público delegado e, desse modo, atingir os interesses públicos salvaguardados. Logo, deixou o Tribunal de acolher a preliminar, porquanto, *"*a despeito do interesse particular imanente, a requerente apontou a existência de risco aos vetores tutelados pelo art. 15 da Lei n. 12.016/09, sobretudo a descontinuidade das atividades exercidas em razão da delegação*".*

Já no julgamento da Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n. 4007955-44.2018.8.24.0000, ocorrido no dia 15/5/2018, cujo requerimento foi formulado pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, o Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho afastou a assertiva do Estado de Santa Catarina de que aquele careceria de capacidade processual autônoma e postulatória, ao argumento de que o rol de legitimados, quando no exercício de função pública e na defesa dos interesses juridicamente tutelados, deve ser ampliado.

Reconheceu-se, na oportunidade, que o incidente formulado tinha por objetivo a suspensão dos efeitos de decisão que poderia comprometer o normal funcionamento do Tribunal de Contas e, nos termos de precedente do Supremo Tribunal Federal, consignou-se ser firme o posicionamento

> *"[...] no sentido de se reconhecer legitimidade ativa* ad causam *aos órgãos da Administração Pública destituídos de personalidade jurídica própria quando o interesse jurídico no qual se fundamenta a pretensão deduzida em juízo respeita o exercício de suas competências ou prerrogativas funcionais, quando haja conflito aparente ou potencial com os interesses da pessoa jurídica de direito público ou da entidade responsável por sua representação processual [...]"* (SS n. 5.182/MA, j. em 27/6/2017).

3. COMPETÊNCIA

Os dispositivos legais que disciplinam a suspensão de segurança, embora escassos, comumente estabelecem que compete ao presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender a decisão que potencialmente vulnera os interesses públicos tutelados.

O mencionado o art. 4º da Lei n. 8.437/97 estabelece que

> "compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas".

A Lei n. 8.038/90, que institui normas procedimentais para processos que tramitam nos Tribunais Superiores, dispõe que,

> "salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal".

Seguindo essas normas, Rocha (2012) leciona que a competência pertence ao Tribunal a qual competir o conhecimento do respectivo recurso. Logo, quando a decisão for proferida por um magistrado de primeira instância, caberá a suscitação da suspensão ao Presidente do Tribunal ao qual estiver vinculado o Juízo que a proferiu. Caso advenha de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, a competência será da Presidência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a depender da matéria debatida na ação originária e constante da decisão debatida: se possui natureza constitucional ou infraconstitucional.

Dessa feita, consoante lecionam Didier Jr. e Cunha, "a competência para apreciar o pedido de suspensão é do presidente do tribunal que teria competência para julgar o recurso contra a decisão concessiva do provimento liminar, antecipatório ou final de mérito" (2017. p. 794).

Em complemento os §§ 4º e 5º do art. 4º da Lei n. 8.437/92 e o §§ 1º e 2º do art. 15 da Lei n. 12.016/15 estabelecem também ser cabível o pleito de suspensão, dirigido ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso de natureza extraordinária, se mantida ou restaurada a decisão combatida ou os seus efeitos pelo Tribunal local.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem repetidamente enfrentado a controvérsia acerca da necessidade de exaurimento da instância recursal ordinária para a formulação do incidente perante os Tribunais Superiores. Discute-se a quem compete o julgamento da suspensão de segurança de decisão monocrática do relator do recurso de agravo de instrumento ou, ainda, que apreciou liminar em mandado de segurança, reclamação ou outra ação originária.

Venturi (2017), em meio a severas críticas à ampliação dos atalhos para a formulação dos pedidos aos Tribunais Superiores, afirmar ser necessário o julgamento colegiado, porquanto exigido para a eventual admissibilidade dos recursos especial e extraordinário. Indo além, argumenta ser sustentável o entendimento de que o Código de Processo Civil de 2015 revogou tacitamente o § 5º do art. 4º da Lei n. 8.437/92, uma vez que “[...] não há qualquer sentido em se manter o cabimento dos pedidos de suspensão junto ao STJ e ao STF a partir do julgamento dos recursos de agravo de instrumento, na

medida da inexistência de qualquer competência recursal de referidos Tribunais quanto a tal decisão*”* (2017. p. 267).

Rodrigues concorda com a necessidade de esgotamento da via:

> Um lembrete é importante. Tratando-se de decisão liminar contra o poder público deferida pelo relator do recurso (art. 932, II do CPC), nos termos do artigo 1.021, *caput* do CPC, contra esta decisão caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal. Ora, configura-se aí a hipótese do pedido de suspensão da eficácia da decisão judicial endereçada ao Presidente do próprio tribunal local e não dos tribunais de cúpula. (2017. p. 139)

De outro lado, Tombini (2009) defende que não cabe ao Presidente rever ou suspender provimento jurisdicional oriundo de integrante do mesmo Tribunal. Dessa feita, o pleito pode ser formulado diretamente aos Tribunais Superiores, de acordo com a natureza da celeuma, em face de liminar deferida monocraticamente por desembargador em agravo de instrumento, a exemplo da concessão de efeito suspensivo ativo. Esclarece que esse posicionamento resultou de evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

No mesmo sentido, Scartezzini (2010) preleciona que, decidida a matéria por Tribunal de Justiça ou Regional Federal, em sede de agravo de instrumento, recurso de apelação ou processo originário, será competente para analisar o pedido de suspensão o presidente do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal. Acrescenta que, conforme expõe Lucia Valle Figueiredo, uma vez estando a matéria sendo analisada por meio de agravo de instrumento, não terá mais o presidente do respectivo Tribunal competência para a suspensão, até porque não é revisor dos atos do relator.

Esse parece ser o entendimento predominante nos Tribunais Superiores.

Ao apreciar a Reclamação n. 443, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a invasão de sua competência e acolheu o pedido para anular decisão do presidente do Tribunal de Justiça do Piauí, a qual suspendeu a execução da liminar deferida pelo relator do mandado de segurança.

Colhe-se da ementa:

> RECLAMAÇÃO. PRESERVAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STF. ART. 156 RI/STF. SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL DE LIMINAR CONCEDIDA POR DESEMBARGADOR-RELATOR EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. PROCEDIMENTO NÃO PREVISTO EM LEI. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. INSTRUMENTO APROPRIADO EXPRESSAMENTE PREVISTO EM LEI: ART. 4. DA LEI 4.348/64, ART. 25 DA LEI 8.038/90 E ART. 297 DO RI/STF. COMPETÊNCIA PERANTE AS CORTES SUPERIORES. PRESIDENTE DO TRIBUNAL AO QUAL COUBER O CONHECIMENTO DO RESPECTIVO FUNDAMENTO, ART. 4. DA LEI 4.348/64. SE A CAUSA TIVER POR FUNDAMENTO MATÉRIA CONSTITUCIONAL COMPETE AO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SE O FUNDAMENTO FOR DE ORDEM INFRACONSTITUCIONAL A COMPETÊNCIA E DO PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ART. 25 DA LEI 8.038/90. PRECEDÊNCIA DO PEDIDO, POR INVASÃO DE JURISDIÇÃO, COM A CONSEQUENTE CASSAÇÃO DO DESPACHO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE SUSPENDEU A EXECUÇÃO DA LIMINAR DEFERIDA PELO RELATOR DO MANDADO DE SEGURANÇA, E AVOCAÇÃO DO PROCEDIMENTO, NO QUAL FOI FORMULADO O PEDIDO DE SUSPENSÃO,

> PARA QUE SEJA SUBMETIDO AO CONHECIMENTO DO PRESIDENTE DO STF. (rel. Min. Paulo Brossard, j. em 8/9/1993)

Na mesma linha, em acórdão relatado pelo Ministro Cezar Peluso, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, diante da impugnação a decisão que concedeu efeito suspensivo ativo a agravo de instrumento, aceitou a competência para julgar pedido de suspensão, que versava sobre questão constitucional (SS n. 4321 AgR/DF, j. em 1º/6/2011).

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido:

> AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE CONTRACAUTELA. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA HORIZONTAL DA PRESIDÊNCIA DO MESMO TRIBUNAL EM QUE PROFERIDA A CAUTELA QUE SE PRETENDE SUSPENDER. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
> 1. Nos termos do art. 25 da Lei n.º 8.038/90, compete ao Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça sustar os efeitos de decisões concessivas de ordem mandamental ou deferitórias de liminar ou tutela de urgência, proferidas em única ou última instância pelos tribunais regionais federais ou estaduais.
> 2. A presidência da mesma corte que deferiu a cautela cuja eficácia pretende-se sobrestar não detém competência suspensiva horizontal. Nesse caso, o pedido de contracautela deve ser analisado por presidente de tribunal com superposição hierárquica.
> 3. Reclamação procedente. Agravo interno desprovido. (AgInt na Rcl n. 28.518/RJ, rela. Mina. Laurita Vaz, j. em 15/5/2019)

E,

> Suspensão de liminar ajuizada diretamente no Superior Tribunal. Afirmação da competência. Agravo de instrumento interposto na origem. Efeito ativo concedido pelo Relator. Antecipação de tutela restabelecida.
> 1. Por estar aberta a competência do Superior Tribunal, nele é viável o pedido de suspensão de liminar concedida pelo Relator em agravo de instrumento, mesmo que ainda não apreciado pelo colegiado de origem ou, no caso de interposto agravo interno, pendente de julgamento.
> 2. Em hipóteses tais, também a fim de se garantir a efetividade da tutela urgente buscada pela pessoa jurídica de direito público, é desnecessário o esgotamento da instância ordinária para que o ente público ajuíze aqui pedido visando à suspensão de decisão que repute causadora de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.
> 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, que foi provido com o propósito de se reconhecer a competência do Superior Tribunal para apreciar o pedido de suspensão e de se devolverem os autos à Presidência a fim de que decida o pedido. (STJ, EDcl no AgRg no AgRg na SL n. 26/DF, rel. Min. Nilson Naves, Corte Especial, j. em 6/12/2006)

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, igualmente, tem refutado a análise de pedidos de suspensão de segurança formulados em face de decisões de integrantes da própria Corte.

O Desembargador Alexandre d'Ivanenko, 1º Vice-Presidente durante os anos de 2016 e 2017, deixou de conhecer da Suspensão de Liminar n. 4029433-45.2017.8.24.0000, ocasião em que assinalou: "[...] tratando-se de pedido de suspensão de decisão liminar concedida em segunda instância, a análise não pode ser feita por decisão monocrática proferida pelo 1º Vice-Presidente do mesmo tribunal" (j. em 18/12/2017).

Na mesma linha, em decisões dos Desembargadores Carlos Adilson Silva e Moacyr de Moraes Lima Filho, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina não conheceu de pleitos análogos lançados nos seguintes incidentes: Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n. 4034828-81.2018.8.24.0000, Caçador, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. em 18/12/2018; Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n. 4008370-90.2019.8.24.0000, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 28/3/2019; Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n. 4014608-28.2019.8.24.0000, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 21/5/2019, Suspensão de Liminar e de Sentença n. 5009102-54.2019.8.24.0000, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 7/1/2019.

4. CONTRADITÓRIO

O § 2º do art. 4º da Lei n. 8.437/92 dispõe que "o Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas". A imprecisão legislativa contribuiu para a construção de uma jurisprudência que passou a considerar dispensável a manifestação do autor da ação originária e, até mesmo, a incidência do contraditório nos pedidos de suspensão.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar recurso especial em pedido de suspensão, afastou a tese de cerceamento de defesa, sob a assertiva de que a oitiva constitui faculdade conferida ao julgador quando a considere necessária à formação do seu convencimento (REsp n. 1.349.289, rel. Min. Herman Benjamim, j. em 12/12/2014).

No mesmo norte:

> SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPLEMENTAÇÃO DE SISTEMA VIÁRIO. PARALISAÇÃO. DANO AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL.
> 1. No exame do pedido de suspensão, a regra é ater-se o Presidente do Tribunal às razões inscritas na norma específica, sem apego às questões de fundo, cujo deslinde compete, privativamente, às instâncias ordinárias.
> 2. A análise da pretensão prescinde de prévia oitiva da parte contrária, a teor da Lei 8.437/92, art. 4º, § 2º, configurando, a realização de tal ato, mera faculdade do Presidente do Tribunal, se necessária à plena formação de seu convencimento.
> 3. A simples alegação de que a matéria fática delineada pelo ente de direito público não corresponde à realidade não enseja o reexame da causa em Agravo Regimental, uma vez que não cabe, nesta via da suspensão, examinar matéria afeta ao mérito da espécie, passível de deslinde, apenas, no âmbito de cognição plena inerente às instâncias ordinárias.
> 4. Aplicação do princípio da precaução que beneficia, exatamente, a parte requerente, quando considerado não apenas o atual e avançado estado da obra pública em debate, como também os gastos potenciais inerentes à preservação do que lá já investido.
> 5. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgRg na STA n. 88/DF, Rel. Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, j. em 1º/9/2004)

Tombini (2009) concorda com a prescindibilidade da oitiva, haja vista a natureza jurídica do incidente, permeado pela urgência, e a dicção legal. Apesar da aparente faculdade conferida pelo legislador, a participação do requerido no incidente de suspensão de segurança, autor da ação originária, assegura a observância ao princípio do contraditório.

Rodrigues (2017) pondera que só se pode sustentar a constitucionalidade do incidente caso exista o efetivo contraditório, que permita ao requerido alinhavar as razões

que justificam a manutenção dos efeitos da decisão concedida a seu favor. Sentencia que não se pode admitir que o autor da demanda tenha suspensa a eficácia da decisão, normalmente pautada na urgência, sem que se lhe oportunize a chance de ser ouvido.

Segundo Venturi, "a oitiva da parte contra quem se instaura o procedimento suspensivo (ou, quando menos, a oportunidade para que ela possa se manifestar no procedimento antes do julgamento pela presidência do tribunal) é pressuposto indispensável para a conformação do instituto às garantias constitucionais do processo" (2017. p. 273-274).

Esse também é o entendimento de Bezerra (2009) e de Rocha, que ressalta que, dada a existência de previsão legal para a concessão de liminar no § 7º do art. 4º da Lei n. 8.437/92, "este dispositivo só faz sentido dentro de uma realidade em que o contraditório seja regra" (2012. p. 200).

Ao observar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, constata-se que os Vice-Presidentes têm enfrentado de maneira diferente a matéria.

O Desembargador Torres Marques, durante o biênio 2014-2015, destacava que o instrumento "consiste em medida invasiva, em regra desprovida de contraditório prévio, cujas hipóteses de cabimento devem ser interpretadas restritivamente, de sorte que o deferimento do pedido somente é possível se verificado, no caso concreto, os requisitos supramencionados" (Suspensão de Execução de Sentença n. 2015.095180-6, de Joinville, j. em 15/1/2016). Quanto instado acerca do tema, destacou que a legislação de regência dispõe ser prescindível a medida (Suspensão de Execução de Sentença n. 2015.042933-0, de São José, j. em 28/7/2015; Suspensão de Liminar n. 2015.027490-0, de São José, j. em 21/5/2015; Suspensão de Liminar n. 2014.025201-1, de Biguaçu, j. em 24/4/2014).

Já o Desembargador Alexandre d'Ivanenko, nos anos de 2016-2017, repetidamente analisou pedidos de suspensão de plano, deixando de colher a prévia manifestação do autor da ação originária e do Ministério Público (Suspensão de Execução de Sentença n. 4025181-96.2017.8.24.0000, de Imbituba, j. em 16/11/2017; Suspensão de Liminar Ou Antecipação de Tutela n. 4000319-61.2017.8.24.0000, de Içara, j. em 16/02/2017).

De outro feita, o Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, eleito 1º Vice-Presidente para o biênio 2018-2019, adotou a interpretação preferida pela doutrina, que prestigia o princípio do contraditório, especialmente na vigência do novo Código de Processo Civil (Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n. 4028305-19.2019.8.24.0000, da Capital, j. em 18/10/2019; Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n. 4008370-90.2019.8.24.0000, de Joinville, j. em 4/10/2019).

Diante de maior urgência e de pedido formulado pelo requerente, o Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho entendeu cabível o abreviamento do rito na forma do § 7º do art. 4º da Lei n. 8.437/92, segundo qual *"o* Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida*".*

Aliás, conforme leciona Venturi, *"*para a efetivação das garantias derivadas do devido processo legal, sem prejuízo da eficácia da tutela cautelar acaso não fosse de imediato determinada a sustação da execução do provimento judicial contrário aos interesses públicos especificados, permite-se a concessão do chamado efeito suspensivo liminar que nada mais é senão a antecipada concessão da medida liminar inaudita altera parte*"* (2010. p. 194).

No julgamento da Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n. 4023942-23.2018.8.24.0000, o 1º Vice-Presidente deixou clara a necessidade de oitiva prévia antes

da análise exaustiva do incidente. Além disso, depois de concedido o efeito suspensivo liminar e colhidas as manifestações dos autores das ações originárias e do Ministério Público, enfrentou a tese de não seria possível a postergação do contraditório, ocasião em que assentou:

> [...] vale dizer que não se vislumbra lesão ao princípio do contraditório na concessão do efeito suspensivo liminar.
> Não se ignora o prestígio, alçado ao texto constitucional (art. 5º, LV), que deve ser conferido ao princípio do contraditório, manifestado tanto pela garantia de falar como pela possibilidade de influenciar na prestação jurisdicional. O Código de Processo Civil de 2015 tratou de consagrar e internalizar esse, além de outros princípios constitucionais, assentando que "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida" (art. 9º) e que "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício" (art. 10).
> Ocorre que há situações excepcionais, algumas listadas no próprio Código de Processo Civil (art. 9º, parágrafo único), que autorizam que se decida sem a manifestação da parte contrária, diferindo o exercício contraditório, especialmente quando justificado pelo risco trazido pela demora, fundamento das tutelas provisórias de urgência (art. 300, § 2º, do CPC) e, por oportuno, do efeito suspensivo liminar (art. 4º, § 7º, da Lei n. 8.437/92).
> Lecionam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha que "não há violação da garantia do contraditório na concessão, justificada pelo perigo, de tutela provisória liminar. Isso porque há uma ponderação legislativa entre a efetividade e o contraditório, preservando-se o contraditório para momento posterior" (Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 97)

Destacou-se, todavia, que se tratava de situação excepcional, analisada de forma não definitiva, na forma do mencionado § 7º do art. 4º da Lei n. 8.437/92, seguida naturalmente, como o foi no caso concreta, da intimação da parte requerida para o oferecimento de suas razões.

CONCLUSÃO

A construção de uma jurisprudência uniforme, que reflita os valores da segurança jurídica, isonomia, previsibilidade e confiança, constituí objetivo de toda Corte de Justiça e dever preconizado pelo Código de Processo Civil de 2015 (*"art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente"*).

O tratamento conferido à suspensão de segurança pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a exemplo dos Tribunais Superiores, conforma-se com o aparato doutrinário e jurisprudencial, bem como sofre os influxos dos entendimentos adotados pelo magistrado com atribuição regimental para decidir monocraticamente e da composição do respectivo órgão fracionário competente para o julgamento de eventual agravo interno.

As divergências interpretativas nos precedentes expostos, assim como constantes na literatura especializada, demonstram a evolução no tratamento da matéria, mas também dificultam o manejo da suspensão de segurança e, principalmente, que sejam alcançados os propósitos imaginados pelo Legislador, que autorizou a drástica supressão dos efeitos de decisões judiciais, promovida pelos Presidentes ou Vice-Presidentes das Cortes de sobreposição, muitas vezes em detrimento da urgência que levou à concessão da providência requerida pela parte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira. **Suspensão de tutelas antecipadas jurisdicionais contra o poder público.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na STA n. 88/DF, Rel. Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, julgado em 1º/9/2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400756816&dt_publicacao=09/02/2005. Acesso em: 22 dez. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no AgRg na SL n. 26/DF, rel. Min. Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 6/12/2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301379912&dt_publicacao=02/04/2007. Acesso em: 22 dez. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt na Rcl n. 28.518/RJ, rela. Mina. Laurita Vaz, julgado em 15/5/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=201502989320&dt_publicacao=12/06/2019. Acesso em: 20 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl n. 443, rel. Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 8/9/1993. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86836. Acesso em: 20 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. SS n. 5.182/MA, rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 27/6/2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%285182%2ENUME%2E+OU+5182%2EDMS%2E%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y485sdoj. Acesso em: 20 dez. 2019.

DIDIER JR. Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil:** o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querella nullitatis*, incidentes de competência originárias de tribunal. v. 3. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 788/789

ROCHA, Caio Cesar. **Pedido de suspensão de decisões contra o poder público.** São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. ***Suspensão de segurança:*** sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n. 4023942-23.2018.8.24.0000. rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, julgado em 18/1/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAACqI9AAH&categoria=decmono_5. Acesso em: 5 jan. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo Interno n. 4007185-17.2019.8.24.0000, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Órgão Especial, julgado em 16/10/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAADkpaAAC&categoria=acordao_5. Acesso em: 5 jan. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Suspensão de Liminar Ou Antecipação de Tutela n. 4009486-68.2018.8.24.0000, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, julgado em 13/6/2018. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAALC+DAAI&categoria=decmono_5. Acesso em: 5 jan. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Suspensão de Execução de Sentença n. 2015.095180-6, de Joinville, julgado em 15/1/2016. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbhwAACAAKRW0AAZ&categoria=decmono. Acesso em 8 jan. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Suspensão de Liminar Ou Antecipação de Tutela n. 4029433-45.2017.8.24.0000, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. em 18/12/2017. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAGr1KAAI&categoria=decmono_5. Acesso em 13 dez. 2019.

SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Goffi Flaquer. **Suspensão de segurança.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TOMBINI, Carla Fernanda Leão Barcellos. **Suspensão de segurança na visão dos tribunais superiores.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TORTURA: UM DIÁLOGO ENTRE A SISTEMÁTICA GLOBAL DE DIREITOS HUMANOS E O BRASIL

Eduardo Sandrini Torres[1]
Fernanda Brandão Lapa[2]

Resumo: O presente artigo apresenta os mecanismos convencionais e não convencionais do sistema global de proteção e promoção dos direitos humanos e, através da arquitetura do Direito Internacional dos Direitos Humanos, analisa a interação e o diálogo existentes entre esses mecanismos e o Estado Brasileiro em relação ao crime sistemático de tortura, para apontar os aspectos centrais dessa prática no país. A metodologia empregada foi a qualitativa, do tipo bibliográfica e documental, com a utilização do método dedutivo e nível de aprofundamento descritivo. Os resultados demonstraram que o crime sistemático de tortura no Brasil é pautado em aspectos político-culturais que pedem pela desumanização do preso anuindo, tácita e, por vezes, expressamente, a uma rotina de abusos policiais, combinados a sistemas e instituições, carcerárias e criminais, precárias e disfuncionais.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Tortura. Maus-tratos.

INTRODUÇÃO

O Cenário Internacional pós Segunda Guerra Mundial foi marcado pela comoção global de uma sociedade que vivenciou, em meio século, as duas maiores guerras da história. Dadas as circunstâncias, os atores internacionais preocuparam-se em criar uma esfera que garantisse uma interação mais amistosa entre os Estados e em ampliar a Agenda Internacional de modo a contemplar a proteção dos direitos humanos. Em tal cenário tomou vida o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) que, com marco no surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), se insurgiu contra uma realidade que alienava os direitos humanos aos direitos nacionais.

Consequentemente a universalização do Direito dos Direitos Humanos (DDH)[3], urgiu na criação de instâncias superiores aos Estados incumbidas de supervisionar a aplicação de tais direitos originando, no âmbito da ONU, o Sistema Global de Proteção e Promoção dos Direitos Humanos que refletiu o reconhecimento da preocupação com a figura humana, mais do que nunca, como parte do *Jus Gentium*[4].

A construção da esfera global de proteção abarcou a arquitetura de um aparato de proteção geral e de um mais especializado, esse segundo concebeu, dentre outras, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CCT) de 1984 que condenou um conjunto de práticas que, enrustidos pela sociedade como condutas ultrapassadas, precisaram, conforme Joseph (2014), ser levantados pela Anistia Internacional como problema contemporâneo e relevante. A CCT foi ratificada pelo Brasil, Decreto 40 de 1991, e, desde então, os mecanismos de proteção contra a tortura desenvolvem diálogos com o Estado Brasileiro.

1. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (Univille). E-mail: edusandrini@icloud.com.
2. Professora Titular de Direitos Humanos e Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da Univille. Doutora em Educação pela Pontifica Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Conselheira Executiva do Instituto de Desenvolvimento e Direitos Humanos (IDDH). E-mail: flapa@iddh@org.br.
3. O termo DDH aqui utilizado se refere ao Direito a ter Direitos de Arendt (2013), isto é, o ramo do direito e seu conjunto de normas que assegura à humanidade, gozar de certas garantias mínimas inerentes a sua própria natureza.
4. Direito das Gentes, denominação romana ancestral ao ramo atualmente chamado de Direito Internacional, inaugurou, conforme Ramos (2014), um Direito aplicável a todos.

Esse artigo apresenta inicialmente pontuações sobre a contextualização histórica do surgimento e da internacionalização do DIDH. Em seguida, identifica e descreve o Sistema Global de Proteção e Promoção dos Direitos Humanos, seus principais órgãos e seu funcionamento. Para, enfim, realizar uma análise sistemática do diálogo entre o Estado brasileiro e os mecanismos internacionais de prevenção contra a tortura.

1 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 UMA SÍNTESE DO SURGIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO GLOBAL

Durante o século XX, o DDH assumiu posição de destaque no espectro de Direito Internacional (DI), sobretudo por conta da edição da Carta Internacional de Direitos Humanos (CIDH)[5], no entanto, o tema passou por uma longa concepção histórica até munir-se do caráter universal que demonstra no século XXI.

Para compreender a construção sofrida pelo DDH, Comparato (2017) adota a premissa de que sua origem descansa sobre dois de seus princípios fundamentais, o princípio da igualdade[6] e o princípio da dignidade humana[7], ambos assentados e esculpidos ora pela religião, ora pela filosofia. Conforme o autor, a modelagem dos dois princípios recebeu aportes do Oriente[8] e Ocidente, principalmente da cultura Grega[9], Romana[10] e do Cristianismo[11]. Nessa linha, Ramos (2014) e Comparato (2017) sustentam que a construção dos tópicos e problemáticas do DDH contemporâneo podem ser observados já no início da fase escrita da história, diferindo apenas pelas limitações dessas duas noções em cada período histórico.

A evolução de tais princípios gerou, segundo Ramos (2014), novas afirmações domésticas de direitos inerentes à pessoa humana, constituindo fortes precedentes do DDH. Comparato (2017) compila os principais como sendo: a Carta Magna (1215); a Petição de Direito Inglesa (1628); a Lei de *Habeas Corpus* (1679)*;* a Declaração de Direitos Inglesa (1689); o Decreto de Estabelecimento Inglês (1701); a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte (1776); As Declarações de Direito da Revolução Francesa (1789); e a Constituição Francesa de 1848.

---

5. Conjunto composto pela Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, segundo Ramos (2014) o termo alude à indivisibilidade entre os três documentos.
6. Conforme Ramos (2014), a universalidade é o princípio responsável pela atribuição desses direitos a todos os seres humanos, sem distinções.
7. Para Arendt (2013) a dignidade humana é a qualidade intrínseca do ser humano que o confere o direito a ser titular de direitos.
8. Para Ramos (2014) e Comparato (2017) o início do reconhecimento de direitos humanos pode ser observado nos códigos de conduta pautados no respeito e amor adotados no mundo Oriental.
9. Comparato (2017) e Ramos (2014) apontam que a democracia grega foi capaz de instigar um pensamento coletivo pautado na igualdade e nas noções de bem comum e justiça, bem como concebeu a discussão acerca da hierarquia entre normas.
10. Conforme Ramos (2014) e Comparato (2017) a República Romana fortaleceu o princípio da legalidade e consagrou os direitos da propriedade, liberdade, personalidade jurídica e sobretudo pela aceitação do *jus gentium*.
11. Para Ramos (2014) o Cristianismo contribuiu para o desenvolvimento dos direitos humanos através de suas pregações sobre o respeito, igualdade e solidariedade para com os outros.

1.2 O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Amadurecida a noção de humanidade e criadas previsões doméstica sobre essa condição, tais disposições passaram pouco a pouco a produzir efeitos no DI[12] por meio das crescentes interações entre nações, evidenciando não ser, a proteção da pessoa humana, totalmente alheia à esfera de Relações Internacionais nos séculos passados.

Posteriormente, o século XIX foi, segundo Comparato (2017), o berço de tratados que demonstraram uma tímida linha de codificação da matéria, reforçando a existência de interesse e preocupação na prevalência e reconhecimento da dignidade humana frente às atividades estatais[13]. Todavia, essa dignidade que se visava proteger, ainda era uma incógnita que via sua interpretação lançada aos Estados que a evocavam.

Em continuidade, alinhado a Ramos (2014), as Convenções de Genebra, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Liga das Nações se encarregaram de assegurar um espaço de relevância formal para o DDH na Agenda Internacional. Esse movimento foi possível ao passo que "a Sociedade Internacional passou a considerar legítimo o desrespeito à soberania estatal a fim de garantir a proteção dos Direitos Humanos" (RODRIGUES, 2000. p. 62). Cada um destes precedentes levou, conforme Piovesan (2016), à desconstrução da ideia de soberania absoluta, que, por sua vez, imperava desde a Paz de Vestfália[14] onde se instaurou "[...] uma ordem baseada no território, na qual, relações entre governantes e governados não estão sujeitas a autoridades externas"[15] (KRASNER, 1998. p. 4. Tradução do Autor).

Assim como o DIH[16], o DIDH foi moldado por episódios dramáticos para atingir a posição que figura nos dias de hoje, notadamente foram necessárias, segundo Piovesan (2016), a Segunda Guerra Mundial e a falha da Liga das Nações[17].

No contexto do pós-guerra foi idealizada a ONU, para assumir o lugar da malsucedida antecessora. Logo em seu preâmbulo, a Carta das Nações Unidas (Carta) fez menção aos sofrimentos e flagelos sofridos pela humanidade no período da guerra e ao compromisso de reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem e reforçar a existência de uma ordem internacional capaz de agir em prol dos mesmos[18]. Assim, se

12. Alguns produziram reflexos internacionais imediatos, como é o caso, para Comparato (2017), das previsões da liberdade de locomoção e do tratamento especial dos comerciantes em tempos de guerra o que, para o autor, estabeleceu as primeiras normas do que seria o Direito de Guerra. Na mesma linha, merece destaque o fato de que o Valendo destacar que esse Direito de Guerra, sustenta Trindade, Peytrignet e Santiago (1996), ocupava espaço no DI, antes mesmo de ser pactuado pela Convenção de Genebra (1864), constituído por um conjunto de costumes e regras internacionais, sobretudo tratados bilaterais e acordos de reciprocidade.

13. Comparato (2017) cita: o Tratado de Aliança e Amizade (1810) entre a Inglaterra e Portugal, onde foi reconhecida a injustiça e má política existente no comércio de escravos; e os tratados de paz de Paris (1814 a 1815) e as Declarações do Congresso de Viena (1815) e a de Verona (1822) que reconheceram a implicação do tráfico de escravos em violações aos princípios de justiça e humanidade exigindo providências dos Estados signatários no que lhes coubesse ação.

14. Segundo Krasner (1998), foi o conjunto dos Tratados de Paz de Munster e de Onasbruch datados de 1648 que encerraram a Guerra dos Trinta Anos.

15. *"[…] an order based on territory and in which relations between rulers and ruled are not subject to any external authority".*

16. "Posteriormente, o DIH moderno [...] continuou se desenvolvendo a partir de experiências dramáticas, e sempre foi o aumento do sofrimento humano o que induziu à elaboração de novas normas para tentar limitá-lo. Essa comprovação fez com que sempre houvesse 'atraso de uma Convenção', com respeito às guerras do momento" (TRINDADE, PEYTRIGNET e SANTIAGO, 1996, Paginação Irregular).

17. A análise sobre a falha da Liga das Nações pode ser encontrada na obra de Arendt (2013).

18. Para tanto, o termo "direitos humanos" é reiteradamente mencionado na Carta, inclusive de modo a ser elencado como um de seus princípios e propósitos (art. 1 parágrafo 3).

observa que “Se a Segunda Guerra Mundial significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução” (PIOVESAN, 2016. p. 202).

1.3 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS (DIDH)

A ascensão do DDH pela Carta fez necessário afastar as dúvidas quanto ao significado do termo, o que fez com que em 1948 fosse adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) para a qual, Piovesan (2016), chama atenção ao fato de que não se trata de um tratado, mas sim de um instrumento adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) sob a forma de resolução – logo, sem força de lei – cuja finalidade era traduzir e garantir reconhecimento geral sobre o conteúdo do termo. No entanto, a DUDH tem sido considerada como a interpretação autorizada para o termo presente na Carta e, portanto, apresenta, para Piovesan (2016) e Trindade (2017), caráter vinculante dentro do Sistema Universal (ONU)[19].

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, na Comissão Internacional de Direitos Humanos (CIDH) foram editados, em 1966, dois tratados[20]: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), com seu Protocolo Adicional, e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Assim, a CIDH estreou, conforme Piovesan (2016), o Sistema Global de Direitos Humanos, que juntamente dos demais instrumentos de direitos humanos, compõem o DIDH[21].

O DIDH seria, então, o ramo do DI que, para Piovesan (2016), resgata o DDH do domínio reservado dos Estados, criando parâmetros globais de promoção e proteção dos direitos humanos com os quais os Estados devem se conformar. Fazendo valer, assim, o dever de respeito aos direitos humanos a todos, incluindo os próprios Estados.

2. O SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A ONU e sua Carta são, conforme Ramos (2014), os pontos centrais do Sistema Global de Direitos Humanos. Nesses termos o presente capítulo se debruça sobre amento de tal sistemática, bem como aponta os órgãos que o compõem, fazendo uso da divisão entre os mecanismos convencionais e não convencionais de proteção.

2.1 O SISTEMA CONVENCIONAL DE PROTEÇÃO

Consoante Ramos (2014), o sistema convencional de proteção consiste em todo o aparato de proteção previsto na Carta e nas Convenções apoiadas pela ONU.

Sob uma primeira análise, há o grupo de órgãos constante na Carta, sobretudo no

19. Ramos (2017) cita, ainda, a crença de parte da doutrina de que a DUDH se insere no campo consuetudinário do DI.
20. Segundo Almeida (2001) a bipolarização do mundo na época, marcada pela Guerra Fria, inviabilizou a obtenção de consenso, levando a adoção de dois pactos, cada um com uma herança ideológica. Tal divisão, contudo, possui, conforme Ramos (2014), teor diplomático já que desde a DUDH existia a noção da indivisibilidade dos direitos ali celebrados e os preâmbulos dos Pactos os entrelaçavam de modo claro.
21. Vale diferir o DIDH do DIH, que são ramos distintos do DI dotados de ordenamentos próprios. Ramos (2014) traça a distinção como sendo o DIDH a *lex generalis* e o DIH a *Lex specialis*. No entanto, o objeto comum permite, conforme Trindade, Peytrignet e Santiago (1996), interações normativas e práticas.

artigo 7º, que são: a AGNU[22], o Conselho de Segurança (CONSEG)[23], o Conselho Econômico e Social (ECOSOC)[24], a Comissão (posteriormente Conselho) de Direitos Humanos (CDH)[25], o Conselho de Tutela[26], a Corte Internacional de Justiça[27], o Secretariado[28] e as Agências Especializadas[29]. Há ainda a previsão de criação de novos órgãos necessários (art. 7, parágrafo 2).

Em segundo ponto há, conforme Correa (2008), o grupo de órgãos criados por tratados apoiados pela ONU, esses desembocaram do empenho da CDH em criar mecanismos capazes de assegurar a proteção dos direitos humanos, para o que se decidiu pela criação de órgãos de supervisão, Comitês, para cada Convenção.

Partindo da elaboração do PIDCP foram incorporados a sua sistemática os mecanismos de relatórios (art. 40), comunicações interestatais (art. 41) e de petições individuais (art. 1 do Primeiro Protocolo Facultativo do PIDCP), cuja supervisão seria realizada pelo Comitê de Direitos Humanos (art. 28)[30].

O mecanismo de relatórios representa, segundo Amaral Junior (2015), um perfeito exemplo da esfera de cooperação que a ONU pretendia criar, sendo um sistema não de condenação dos Estados, mas de assistência e monitoramento da implementação dos direitos salvaguardados por cada pacto. Através dele os Estados-parte encaminham relatórios periódicos sobre a situação dos direitos humanos dentro de suas fronteiras apresentando as medidas adotadas para sua promoção e proteção, bem como quaisquer dificuldades na implementação das disposições contidas no Pacto.

O mecanismo de comunicações interestatais, por sua vez, busca superar disputas entre Estados-partes mediante processo de conciliação e propositura de solução amistosa para as partes conflitantes. Sua aplicação “[...] pressupõe o fracasso das negociações

22. Arrolada no artigo 7º, estabelece, conforme Piovesan (2016), um Senado Mundial, sendo o órgão competente para deliberar e tecer recomendações sobre todos assuntos presentes dentre os objetos da Carta, bem como para acionar o CONSEG para situações que ameacem a Paz e Segurança Internacional.
23. Constante no art. 7º, o CONSEG é o responsável pela manutenção da Paz e Segurança Internacional (art. 24). Não está expresso dentre suas funções a preocupação com os Direitos Humanos, porém, em consonância com Baumbach (2014), o termo ”ameaça internacional”, tem abarcado situações de violação do DIDH e do DIH, como pode se depreender das resoluções n. 827 de 1993 e 955 de 1994, que criaram tribunais *ad hoc*, para julgar tais violações cometidas, respectivamente, pela ex-Iugoslávia e Ruanda.
24. Presente no art. 7º, o ECOSOC tem suas funções estabelecidas entre os artigos 62 a 66 da Carta, dentre as quais figuram a supervisão da CDH e a deliberação e estudo de assuntos diversos dos Direitos Humanos, bem como a apresentação de recomendações e de projetos de convenções para a apreciação da AGNU e considerações ao CONSEG, quando solicitado.
25. Prevista no art. 68 foi estabelecida em 1946 constituindo um braço do ECOSOC para a proteção de Direitos Humanos, sua criação marcou, conforme Ramos (2015) o início da confecção da CIDH..
26. Prevista no artigo 7º, visa, conforme Piovesan (2016) fomentar o processo de descolonização e autodeterminação dos povos, sua competência encontra-se hoje esvaziada, segundo a mesma autora.
27. Prevista no artigo 7º, é dotada de Funções tanto contenciosa como consultiva, apenas estados podem acioná-la (art. 34 parágrafo 1 do seu estatuto), porém, para Trindade (2017) suas preocupações tem ido bastante além da esfera interestatal demonstrando grande preocupação com a situação concreta dos seres humanos ao defrontar-se com o assunto.
28. Constituída pelo artigo 7º, atua como o funcionário administrativo da ONU.
29. Previstas nos artigos 57 e 59 da Carta, tais agências são vinculadas à ONU e supervisionam temas específicos, dentre eles estão, conforme Correa (2008): o Alto-comissariado da ONU para Refugiados, que supervisiona o Direito dos Refugiados, a já citada OIT que supervisiona o Direito do Trabalho, a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, que supervisiona direitos culturais e educacionais e a Organização Mundial da Saúde, que se debruça sobre os direitos relacionados à saúde.
30. O mesmo não aconteceu para o PIDESC que, além de não constituir um comitê próprio de supervisão, incumbindo o ECOSOC de tal tarefa (art. 16, parágrafo 2, item A) até 1985, quando o ECOSOC criou o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais pela resolução 1985/17, contou apenas com o sistema de relatórios até 2008, quando foi adotado seu Protocolo Facultativo, segundo Piovesan (2016).

bilaterais e o esgotamento dos recursos internos[31]" (PIOVESAN, 2016. p. 253), bem como a declaração do Estado-parte reconhecendo a competência do Comitê para dirimir questões encaminhadas com base no mecanismo, conforme Ramos (2014).

Por fim, o mecanismo de petições individuais, permite, conforme Piovesan (2016), que indivíduos que aleguem serem vítimas de violações dos direitos protegidos pelo Pacto acessem a esfera internacional de modo a denunciar o Estado-parte violador. Como o instrumento precedente, este está sujeito a certos requisitos de admissibilidade. São requisitos, conforme Ramos (2015), os previstos no mecanismo anterior, somado da necessidade de comprovação de não se encontrar, a reclamação, sob apreciação de outra instância judicial[32]. Tal mecanismo prevê o proferimento de decisão[33] pelo Comitê, findo o processo, diferindo do mecanismo de comunicações que prevê a mera apresentação de proposta. As decisões, por fim, são impressas no relatório anual do Comitê à AGNU[34].

Ao lado da estruturação do mecanismo global "geral" de proteção, formado pela CIDH, a ONU apoiou a adoção de outras Convenções[35] de direitos humanos que, conforme Ramos (2014) e Piovesan (2016), tratam dos direitos humanos de pessoas ou situações mais sensíveis a violações. Análogas ao PIDCP, as demais Convenções também instituíram Comitês de supervisão próprios[36] equivalentes.

Desse modo, conforme Piovesan (2016) e Amaral Junior (2015), os mecanismos convencionais contam com um arsenal inicialmente restrito ao mecanismo de relatórios, podendo ser amparados pelos mecanismos de comunicação interestatal e de petições individuais, esses dois geralmente contidos em cláusulas ou protocolos facultativos e dependentes de declaração de reconhecimento da competência dos Comitês, pelos Estados-partes, para tratar das questões a eles submetidas dentro de tais mecanismos[37].

---

31. Salvo se apresentar demora injustificada ou carência de recursos internos, conforme Ramos (2014).
32. Faz ponto de importância, segundo Piovesan (2016), se ater à posterior modelação judicial do termo "vítima", empregado na CCTOP, que vincula o indivíduo reclamante à violação do direito, dessa maneira não há que se falar no acionamento por lesão ao direito de autodeterminação dos povos, por exemplo, vez que se trata de direito inerente a um povo e não a um indivíduo.
33. As decisões do Comitê, nos casos lá analisados, são despidas de qualquer força jurídica, conforme Joseph (2014), não obstante, sustenta Piovesan (2016), elas tendem a ser respeitadas, sobretudo pelo *power of shame ou power of embarrassment*, isto é, pela pressão política a qual o Estado é submetido ao serem trazidas em público problemas internos, principalmente concernentes a violações de direitos humanos. Além disso, Piovesan (2016) adiciona que as decisões tomadas pelo Comitê costumam transcender o cunho declaratório, impondo obrigações ao Estado violador desde reparatórias até a implementação de medidas para garantir o devido respeito ao Pacto.
34. Buscando melhorar o mecanismo de petições individuais, o Comitê adotou, conforme Piovesan (2016), um sistema de *follow-up* das decisões, desse modo, o órgão acompanha as ações dos Estados quanto a suas decisões e notifica a AGNU em seus relatórios anuais.
35. Convenção para a Repressão do Crime de Genocídio (1948); Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); CCT (1984); Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989); Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias (1990); Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006); e Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (2007).
36. Comitê para a Eliminação de Discriminação Racial; Comissão sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher; Comitê Contra a Tortura; Comitê de Direitos da Criança; Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos membros das suas Famílias; Comitê para os Direitos das Pessoas com Deficiência; e Comitê contra Desaparecimentos Forçados.
37. Amaral Junior (2015) adiciona que, na busca por aumentar a adesão aos instrumentos do DIDH, se tornou comum, além de protocolos e cláusulas facultativas, a ratificação com reservas, que permite que um Estado ratifique um tratado fazendo óbice a alguma de suas disposições, desde que tal óbice não contrarie o objetivo do Tratado.

2.2 O SISTEMA NÃO CONVENCIONAL DE PROTEÇÃO

Quanto ao sistema não convencional de proteção, Correa (2008) afirma ser o conjunto dos mecanismos criados com base em resoluções da ONU e não tratados, esses não se limitam em seus trabalhos pela observância de ratificação de Convenções dos temas que abordam, como complementa Limon e Power (2014).

Inicialmente, conforme Correa (2008), o mecanismo não convencional se baseou nos procedimentos 1235 e 1503 do ECOSOC. O procedimento 1235, emitido em 1967, autorizou a CDH a "debater em público as violações notórias e sistemáticas de direitos humanos e liberdades fundamentais em países em que existiam políticas oficiais de dominação colonial, discriminação racial e de apartheid" (RAMOS, 2016, paginação irregular), cabendo a ela, conforme o mesmo autor, decidir por investigar as situações de violação conhecidas. O procedimento 1503, por sua vez, seguia a mesma lógica, porém com caráter confidencial e iniciado por petições individuais[38]. Ramos (2016) cita a possibilidade de conversão de procedimento confidencial em público pelo ECOSOC em sendo recomendado pela CDH[39].

A evolução do procedimento 1235, conforme Ramos (2016), levou a outorga de mandatos geográficos para averiguação de violações de direitos humanos já não mais vinculados com as situações específicas que levaram a sua criação. Posteriormente, em 1980, outra inovação no procedimento, culminou, conforme Limon e Power (2014), na estruturação do mecanismo independente de Relatores Especiais, somado, agora, de mandatos temáticos, conforme os autores, que contavam, ao contrário do anterior, com limitações verticais (quanto ao tema), sem limitação horizontal (geográfica).

Tal movimento levou à sistematização de um monitoramento universal por meio de estudos, visitas e reuniões, como coloca Limon e Power (2014), bem como permitiu a adoção de medidas imediatas para remediar as violações identificadas, o que leva o procedimento 1235, conforme Ramos (2016), a estender suas preocupações a casos específicos. Dentre os mandatos temáticos abarcados, consta a criação do Relator Especial sobre a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes (SRT) em 1984, como narram Limon e Power (2014).

Por fim, a resolução 60/251 ao criar o Conselho de Direitos Humanos (Conselho) como substituto da CDH estabeleceu um novo mecanismo do sistema não convencional, como ensina Ramos (2014), a Revisão Periódica Universal (RPU). Tal mecanismo previu uma revisão integral da situação dos direitos humanos nos Estados-partes da ONU pelos seus pares em bases rotativas (períodos de 4 a 5 anos). A RPU conta, consoante Ramos (2014), com o fornecimento de informações de todos os órgãos de direitos humanos, inclusive do sistema não convencional, e com a participação da sociedade civil por meio de Organizações Não Governamentais (ONGs) e da instituição nacional de direitos humanos. O desfecho é, conforme Piovesan (2016), um diálogo construtivo entre o Estado e seus avaliadores sem a produção de qualquer obrigação.

Em 2007, o recém-formado Conselho alterou o procedimento 1503, transformando-o no Procedimento de Queixa, como narra Ramos (2016). Composto, agora, por dois

38. As petições individuais eram utilizadas, segundo Ramos (2016), para identificar padrões flagrantes e persistentes de violações de direitos humanos, sem carregar genuína preocupação com o caso individual.
39. Ramos (2014) ensina que ambos, os procedimentos 1235 e 1503, exigiam a nomeação de órgão de averiguação de tais violações podendo ser órgãos unipessoais, denominados de Relator Especial ou Especialista Independente, ou coletivos, denominados Grupos de Trabalho.

grupos, o Grupo de Comunicações[40] e o Grupo de Trabalho sobre Situações[41], a alteração do procedimento visava, conforme o mesmo autor, sua otimização, de modo que seu andamento se tornasse mais fluído e rápido, sem as diversas dependências externas existentes anteriormente. O Conselho continua podendo, ao fim, retirar a confidencialidade do caso analisado caso não satisfeitas as recomendações apresentadas, como ensina Ramos (2016).

3. A TORTURA E OS MECANISMOS GLOBAIS DE DIREITOS HUMANOS

Adentrado nos capítulos anteriores a evolução e afirmação do DIDH e apresentado o Sistema Global de Proteção arquitetado pela ONU, o artigo passará, no presente capítulo, a analisar o plano de proteção contra a tortura.

Já prevista na DUDH (art. 5) e no PIDCP (art. 7º), a proteção contra a tortura foi reafirmada pela Convenção Contra a Tortura (CCT) (1984) que, por sua vez, normatizou a Declaração[42] de 1975, sobre o mesmo tema. De acordo com suas fontes internacionais a tortura foi definida como:

> "a) a inflição deliberada de dor ou sofrimentos físicos ou mentais; b) a finalidade do ato (obtenção de informações ou confissões aplicação de castigo, intimidação ou coação e qualquer outro motivo baseado em discriminação de qualquer natureza); c) a vinculação do agente ou responsável, direta ou indiretamente, com o Estado" (PIOVESAN, 2016. p. 295).

Dessa maneira, torna-se claro que o conceito de tortura para a CCT é exclusivamente uma ação cometida com qualquer tipo de envolvimento do Estado. O Brasil, por sua vez, entende a tortura, definida na Lei nº 9.455 (Lei de Tortura), embora nos termos da CCT, como prática extensiva ao campo particular, conforme Piovesan (2016). Faz ponto de importância salientar que a CCT e a Declaração não delineiam de forma objetiva, no entanto, o sentido para os tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Quanto aos meios de monitoramento implementados pela CCT, são incorporados todos os três mecanismos explicados no capítulo anterior: os relatórios (art. 19)[43], as comunicações interestatais (art. 21) e as petições individuais (art. 22)[44]. Além desses, o Comitê Contra a Tortura (CAT), ao receber informações fidedignas que indiquem que as violações, da matéria por ele tratada, sejam cometidas de maneira sistemática em um dos Estados-parte, pode instaurar investigação confidencial que inclui visitas ao território investigado mediante sua anuência (art. 20).

Em 1993, a Declaração de Viena, em seu parágrafo 61 apelou, "[...] à rápida adoção de um protocolo facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que se destina a criar um sistema de visitas

40. Responsável pela triagem da admissibilidade e estudo da existência de sistematicidade nas violações denunciadas, bem como envio ao Estado para sua manifestação.
41. Responsável pela elaboração do relatório final, a ser enviado ao Conselho, com recomendações de ações a serem tomadas.
42. Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes.
43. Conforme Ramos (2014) a apresentação de relatórios será a cada quatro anos, ou quando solicitado, as revisões contam, ainda, com participação de ONGs através do envio de informes críticos sobre a real situação dos direitos protegidos naquele país.
44. Para esses dois últimos, a CCT considera necessário a declaração do Estado-parte reconhecendo a competência do Comitê Contra a Tortura para receber e dirimir reclamações.

regulares aos locais de detenção", o que foi finalmente realizado, conforme Piovesan (2016), em 2002, data na qual a ONU adotou o almejado protocolo. Logo em seu primeiro artigo, o protocolo cria o Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT) do CAT que, segundo Joseph (2014), trabalha em conjunto com os Mecanismos Nacionais de Prevenção (NPMs)[45] para instaurar um sistema de visitas regulares aos centros de detenção, visando coibir e prevenir a tortura e outros maus-tratos.

Além destes mecanismos convencionais há, como já citado, o SRT.

Seguidos os trâmites de ratificação, discorre Piovesan (2016), ambos a CCT e seu Protocolo Facultativo (CCTOP) foram internalizados pelos Decretos 40 de 1991 e 6.085 de 2007, respectivamente. Assim, ambos passaram a compor o ordenamento jurídico interno restando o Estado obrigado a cumprir com suas previsões.

A seguir serão abordados os diálogos, entre o Brasil e os meios convencionais e não convencionais de proteção contra a tortura.

3.1 O SISTEMA DE RELATÓRIOS DO ARTIGO 19 DA CONVENÇÃO

Como se extrai da leitura do UNCAT (Convenção Contra a Tortura) (2001) e UNCAT (2010) o Brasil possuiu prazos para entrega de relatórios, em 1990, 1994, 1998 e 2002, no entanto, apenas o relatório inicial foi submetido no ano de 2000, com atraso de 10 anos[46].

Em seu relatório inicial, o Estado forneceu, conforme o UNCAT (2000) informações gerais sobre seus dados demográficos, sociais, econômicos, contexto histórico da tortura no país e por fim explorou cada um dos artigos da Convenção, explanando os esforços do Brasil para cumprir cada um deles e oferecendo informações sobre as dificuldades encontradas.

O UNCAT (2000), em suas considerações, presentes no mesmo documento, reconheceu a prática de tortura e outros maus-tratos no país e a diferiu daquela cometida na época da ditadura, esclarecendo que, o que antes acontecia por razões políticas, passou a acontecer por questões de abuso de autoridade e corrupção policial. As considerações afirmaram, ainda, a existência significativa de confissões obtidas com uso de tortura e de denúncias sobre a utilização de tais métodos como meio de punição, extorsão, retaliação e outros, os métodos consistem principalmente em choques elétricos, espancamentos, asfixias, humilhações, privação de direitos básicos e constantes ameaças. Outros cenários problemáticos abrigados pelo sistema prisional e criminal brasileiro também foram largamente abordados pelas considerações do UNCAT (2000)[47].

---

45. Os NPMs são órgãos domésticos de visitas, incumbidos da prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, previstos no Protocolo Facultativo (art. 3 e 17 a 23), os Estados-partes ficam obrigados a implementá-los dentro de um ano da entrada em vigor do Protocolo (art. 17).

46. Em conformidade com a base de dados de órgãos de tratados da ONU. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=BRA&Lang=EN Acesso em: 01/05/2020.

47. Tais como: a sobrelotação das prisões, as condições degradantes as quais os presos são submetidos, a cultura de violência e discriminação existente dentro de tais lugares, a longa duração das prisões provisórias, os atrasos nos processos judicias, a ausência de treinamento dos agentes da Lei e médicos (violando artigo 10 da CCT) e a inexistência de legislação que explicitamente proíba a utilização de declarações conseguidas com o uso da tortura e do direito a reparação previsto na CCT. Além disso, foi abordado o uso de armas dentro das prisões, tido pelo relatório como violação da mais básica regra internacional de segurança prisional e o fato de o sistema penitenciário ser administrado pela brigada militar,

O UNCAT (2001) sumarizou, em seu relatório, os pontos positivos identificados, que consistem no comprometimento brasileiro para com o diálogo, em sua transparência ao reconhecer a existência da tortura no país e em sua vontade de combater tais violações. Além disso, foi congratulada a promulgação da Lei de Tortura e os tratamentos adotados para com os refugiados. Quanto a suas preocupações, o relatório aponta para a persistência de uma cultura que aceita abusos cometidos por agentes públicos e os responde com impunidade.

Por fim, o UNCAT (2001) realizou 9 recomendações ao Estado, dentre as quais o pedido para que a seja assegurado a interpretação da Lei da Tortura em conformidade com os termos da CCT, por conta da disparidade existente citada no subcapítulo anterior e questionou da ausência de declaração de reconhecimento de competência do CAT quanto aos artigos 21 e 22. Por fim requereu que o próximo relatório fosse submetido o mais rápido possível, em especial, por conta do interesse nos resultados da visita do SRT em 2001, no entanto, tal relatório não foi submetido até a data do presente artigo[48].

3.2 O RELATOR ESPECIAL PARA A TORTURA (SRT)

O SRT, por sua vez, esteve no país em duas ocasiões, 2001 e 2015, conforme o UNSRT (2001) e o UNSRT (2016), respectivamente.

A primeira visita serviu, sobretudo, para constatar as preocupações internacionais expressadas no diálogo inicial, subcapítulo anterior. Em seu relatório, o UNSRT (2001) elogiou o acervo legal brasileiro por suas garantias de direitos humanos, no entanto, reconheceu que o respeito a tais garantias é frequentemente vilipendiado, seja por ignorância legal ou intencional inobservância. O cenário prático levou-o, ainda, a considerar as práticas de tortura e maus-tratos no Brasil como endêmicas e sistemáticas.

No relatório o UNSRT (2001) faz vista, também, para a má disposição estrutural dos órgãos fiscalizadores, frequentemente sob o mesmo comando dos argentes violadores, e para decisões orçamentárias que, por exemplo, alimentam o Ministério Público (MP) e a Defensoria Pública (DP) em desigualdade e subnutrem a máquina penitenciária que, além da pobre infraestrutura, carece de pessoal, viabilizando, de modo facilitado, a propagação da corrupção. Ademais, os pontos conhecidos no diálogo inicial foram novamente pontuados pelo UNSRT (2001)[49] e as páginas 65 a 155 do seu relatório dedicam 348 parágrafos ao retrato de casos de violações que tomou conhecimento, os diversos cenários demonstram o largo desenho de uma cultura que conduz a tortura com impunidade.

Em sua segunda visita, 14 anos depois, o UNSRT (2016) enunciou a recorrência dos pontos anteriormente levantados[50] contando com poucas medidas legais e

visto como desvio de função que propicia a falta de treinamento adequado.

48. Conforme a base de dados da ONU. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=BRA&Lang=EN Acesso em: 01/05/2020.

49. A superlotação, a corrupção, a ausência de infraestrutura adequada, a admissão de testemunhos obtidos por meio de tortura, a não separação de diferentes categorias de presos, a utilização massiva de prisões preventivas e temporárias e uma cultura violenta e discriminatória se mostraram membros certos da maior parte dos centros de detenção, tanto para adultos como para adolescentes.

50. A superlotação, excesso de presos provisórios e temporários e seu encarceramento conjunto aos presos sentenciados não se tornaram realidades pertencentes ao passado do país, bem como as garantias instituídas pelo ordenamento brasileiro continuaram figurando como letra morta em boa parte dos casos práticos. O uso excessivo de violência ainda permeava a realidade cotidiana dos centros de detenção e das patrulhas policiais.

administrativas para remediar as violações abrigadas na máquina estatal. O aumento de investimentos para ampliar a capacidade carcerária, levou o UNSRT (2001) a encorajar o país a se afastar da lógica de encarceramento em massa e, ao invés, perseguir medidas que reduzam a população carcerária.

3.3 O INQUÉRITO NO BRASIL COM FULCRO NO ARTIGO 20 DA CONVENÇÃO

Conforme o relatório do UNCAT (2009) foram recebidas, em 2002, das ONGs *World Organization against Torture* e *Action by Christians against Torture*, alegações da existência de prática sistemática de tortura no Brasil. Em sessão fechada de 2003 o CAT decidiu pela instauração de inquérito nos termos do art. 20 da CCT, conforme o mesmo relatório, comunicado de tal decisão e convidado a cooperar com a investigação, o Brasil concordou com a realização de investigação in loco para o período de julho de 2005, após tê-la adiado duas vezes. Como resultado do inquérito, o UNCAT (2009) observou os pontos já identificados pelo UNCAT (2000) e pelo UNSRT (2001)[51].

A Sociedade Civil, em suas contribuições, denunciou, conforme o UNCAT (2009), a dificuldade de acompanharem e monitorarem os centros de encarceramento, tendo, por vezes, seu acesso negado e a ausência de colaboração dos responsáveis.

As entrevistas com os carcerários resultaram, majoritariamente, em alegações de tortura e maus-tratos, conforme o relatório do inquérito, as condições materiais dos centros de detenção confirmavam parte das alegações e o UNCAT (2009) fez menção à extensão dos danos da situação de tortura e maus-tratos, para os familiares dos detentos.

Em suas conclusões, o UNCAT (2008), admitiu a existência de padrão sistemático de tortura e submeteu 29 recomendações ao Estado brasileiro. Em sua resposta o Brasil se mostrou, conforme o UNCAT (2008), complacente com as recomendações internacionais, no entanto, não concordou com o reconhecimento do caráter sistemático das violações[52].

3.4 O BRASIL SOB OS ARTIGOS 21 E 22 DA CONVENÇÃO

Em primeiro momento, se faz necessário observar a necessidade das declarações de reconhecimento de competência do CAT para o funcionamento desses dois mecanismos, para tanto, tem-se que, o Brasil reconheceu a competência do CAT apenas nos termos do artigo 22 da CCT[53] (petições individuais).

Em segunda análise, não há, até a presente data, histórico de petições individuais endereçadas ao CAT contra o Brasil[54]. De toda forma, o UNCAT (2013) observa, em seu relatório anual, que o país foi citado na comunicação nº 346/2008 (S.A.C. v. Mônaco),

51. O relatório reafirmou a existência de uma cultura que não se opõe à tortura e que tende a desumanizar a pessoa do preso, já relatadas nas conclusões ao relatório periódico e no relatório produzido pelo SRT em 2001, essa prática, segundo o relatório produzido no inquérito, acarreta na não utilização de recursos legais disponíveis e em condenações demasiadamente duras que ignoram a aplicação de penas alternativas, o que consequentemente causa a sobrecarga dos cárceres e acarreta ou agrava uma série dos problemas supracitados.

52. Em sua defesa o Estado alegou que a interpretação adotada para tal termo foi emitida pelo CAT e não prevista em Tratado, o que faz com que a interpretação adotada não seja a objetivada pelos Estados ao normatizarem seu uso.

53. "".....the Federative Republic of Brazil recognizes the competence of the Committee against Torture to receive and consider denunciations of violations of the provisions of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted in New York on December 10, 1984, as permitted by Article 22 of the Convention" (UN, 2009. P. 369)

onde um brasileiro acionou o CAT para impedir sua extradição ao Brasil tendo em vista que “sua extradição ao Brasil consistiria em uma violação, por Mônaco, do artigo 4 da CCT, dadas as condições desumanas de detenção existentes no Brasil”[55] (UNCAT, 2013. p.190). A comunicação, no entanto, foi declarada inadmissível por, conforme o relatório, não terem sido esgotados os recursos internos de Mônaco.

3.5 O BRASIL E O SUBCOMITÊ DE PREVENÇÃO DA TORTURA (SPT)

Em se tratando das visitas periódicas previstas no CCTOP, o Brasil já passou por duas sessões, entre 19 e 30/09/2011 e no mesmo período de 2015, conforme os relatado pelo UNSPT (2012) e UNSPT (2015), respectivamente.

O UNSPT (2012) demonstrou preocupação, já na introdução do relatório, ao fato de que grande parte das recomendações já haviam sido levantas por outros mecanismos, o que evidencia que o Brasil não as satisfez. Foi então requerido que o Brasil fornecesse resposta *Follow-up* dentro de seis meses da publicação daquele relatório.

Quanto às previsões do CCTOP, o UNSPT (2012) relata a não criação do NPM e a ausência, no projeto apresentado, de pontuações sobre equilíbrio de gênero e diversidade e de um processo democrático e transparente para sua composição.

Sobre o quadro de torturas e maus-tratos no país, o UNSPT (2012) parafraseou o UNSRT (2001) afirmando que “muitas das recomendações requereriam apenas que as autoridades respeitassem as leis brasileiras existentes”[56] (tradução do autor, UNSPT, 2009. p.6), o que reitera que a maior parte das violações são reflexos do vilipêndio ao acervo legal. Do lado institucional, o relatório identificou a não satisfação dos pontos já levantados[57] e recorrentes falhas por parte do judiciário[58] no combate a tortura.

O UNSPT (2009) relatou a corrupção como algo sistemático e comum nos presídios visitados[59], suas entrevistas resultaram em alegações massivas da existência de

54. Como pode ser observado na base de dados da ONU. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=BRA&Lang=EN Acesso em: 01/05/2020.
55. “his extradition to his country would constitute a violation by Monaco of article 3 of the Convention given the inhumane conditions of detention existing in Brazil”
56. “*many of the recommendations would merely require the authorities to abide by existing Brazilian law*”
57. Observando, persistentemente, a discrepâncias em autonomia e orçamento entre órgãos como DP e MP e a contínua subordinação de órgãos com papel essencial para a fiscalização da tortura à secretária de segurança pública, como, por exemplo, o instituto de medicina forense, bem como a insuficiência de profissionais ainda dita a realidade dos locais de encarceramento. O judiciário também possuiu falhas abordadas pelo UNRST (2001), sendo os principais: a ausência de questionamento sobre o tratamento do detidos nas audiências de custódia, mesmo quando evidentes os sinais de tortura, os, não incomuns, acolhimentos de confissões obtidas através de tortura e o uso vulgar e desproporcional da privação de liberdade.
58. Segundo o UNSPT (2001) o judiciário continua, em boa parte dos casos, não questionando os detidos sobre seu tratamento nas audiências de custódia, mesmo quando evidentes os sinais de tortura, e não raramente admite confissões obtidas através de tortura, além do uso vulgar e desproporcional da privação de liberdade.
59. Foi verificada a existência generalizada de rotinas de subornos, cobranças para a observância de direitos e inclusive no controle de prisões por milícias.

práticas de tortura[60] e maus-tratos[61], esses últimos frutos, principalmente, da superlotação, novamente tida como tópico comum dos locais visitado, e da má condição estrutural dos cárceres, que permanecia banalmente exposta, confessando parte das alegações. Sobre a insuficiência dos mecanismos de denúncia e as frequentes retaliações[62] que as seguiam, foi advertido que "a mera existência de mecanismos de reclamação não é suficiente"[63] (tradução do autor, UNSPT, 2009 p. 7). O relatório abordou ainda outras falhas e excessos observados[64] e contempla, além do sistema prisional, os locais de internação de adolescentes e de tratamento de viciados.

Conforme o UNSPT (2014) o Brasil apresentou sua resposta *follow-up*, em fevereiro de 2012, visando atender ao pedido de informações sobre seus esforços e medidas adotados, o que o fez com dois meses de atraso. O UNSPT (2014) pediu, em sua devolutiva, novas informações sobre a transparência do Brasil quanto ao envio dos relatórios para autoridades e partes da sociedade civil engajadas no processo, a atualização da lei instituidora da NPM observando as recomendações feitas anteriormente[65]. Recomendou, por fim, a adoção de medidas que aproximassem as práticas das leis e demonstrou preocupação ao fato de que, após ser relatado reiteradamente um cenário de abusos e descasos o Estado os contorna citando dispositivos legais preexistentes, silente às demais questões e pedidos de informação.

Em nova resposta o Brasil afirmou, conforme UNSPT (2014.A), que busca superar os aspectos históricos e culturais e que considera o diálogo internacional valioso para observar os avanços alcançados. Ao longo de sua reposta, apresentou a instituição do NPM, denominado Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), uma nova política de saúde e medidas adotadas para melhorar o sistema carcerário e reduzir seu déficit de capacidade, dentre outras medidas implementadas.

Em sua segunda visita o UNSPT (2016) congratulou iniciativas legais e julgados, ambos sobre as audiências de custódia, e a criação do MNPCT a nível federal com os ajustes solicitados na primeira visita. Porém relatou um Brasil não muito diferente, com um cenário prático persistentemente problemático e repleto de violações[66].

4. UM DIAGNÓSTICO MAIS RECENTE DA TORTURA NO BRASIL

O diálogo internacional, exposto anteriormente, rendeu diversas críticas ao sistema

60. Estão presentes no relatório relatos de: asfixia; choque elétrico; tortura psicológica; banhos frios; violências durante o transporte; espancamentos e maior descaso para pessoas que precisavam de proteção especial, constantes alvos de espancamentos e submetidas, normalmente, a condições piores que os demais. Tais práticas eram introduzidas, segundo os relatos, para extração de confissões, extorsão, punição disciplinar e retaliação.
61. Denúncias recorrentes alegaram falta de acesso ao saneamento básico e a condições sanitárias básicas, comida de péssima qualidade e restrição no acesso a água e comida.
62. O relatório cita que o SPT tomou conhecimento de represália em um dos locais visitados.
63. "*the mere existence of complaints mechanisms is not enough*"
64. Não comunicação dos direitos dos presos; detenção conjunta de presos provisórios e sentenciados; grande duração das prisões provisórias (chegando a mais de um ano); destruição arbitrária de propriedades pessoais dos presos; não uniformização dos registros entre as prisões; mortes sem explicações claras; utilização excessiva de prisões de segurança máxima.
65. Foi reforçado, dentre as considerações sobre a NPM, que a mera demora do Estado em sua criação por si só representa violação das disposições do CCTOP.
66. Segundo o relatório a superlotação, violências, maus-tratos e péssimas condições dos cárceres ainda são uma realidade e a inércia e impunidade continuam sendo as regras. Além disso, a ineficiência do Estado em prover treinamento adequado e contratar pessoal suficiente estimula a perpetuação do clima disfuncional dos ambientes, desembocando em novas situações de violência e propagação da corrupção.

prisional do país e ao abrigamento da tortura em seu seio cultural. O Brasil, por sua vez, adotou uma posição favorável ao diálogo e ao estudo e aplicação das recomendações recebidas. No entanto, um diagnóstico mais recente (2017 a 2019) do cenário da tortura e maus-tratos no país, por ONGs e pelo MNPCT têm demonstrado o afastamento do país, da posição anteriormente vestida no Cenário Internacional.

Inicialmente, sobre 2017, o MNPCT (2018) reconheceu o contraste entre a persistente impotência do Estado em fazer valer os direitos que prevê e sua imponência ao violá-los[67]. Na mesma linha a ONG Conectas Direitos Humanos (Conectas, 2018) apresentou estudo onde evidenciou a falha de agentes da Lei em coibir as práticas de tortura ao não perguntarem ao custodiado sobre seu tratamento, mesmo com evidência clara de tortura[68]. A ONG internacional de direitos humanos Amnesty International (2018), por sua vez, expôs a contínua adoção de políticas altamente militarizadas[69] e a carência de investigação adequada para crimes cometidos por abusos policiais[70].

Quanto as condições prisionais de 2017, a Amnesty International (2018) leva a concluir que permanecem as mesmas apontadas nos relatórios do CAT, SPT e SRT[71] mencionando ainda uma série de rebeliões no período coberto, o que a ONG enxerga como consequência do clima disfuncional dos cárceres.

Ainda sobre 2017, o MNPCT (2018) denunciou a tramitação, no Congresso, de projetos de lei retrógrados, que considerou fruto de Poderes Executivo e Legislativo sem compromisso com a transformação do estado das coisas. Confirmando tal afirmação a Conectas (2018) teceu críticas ao Projeto de Lei da Câmara (PLC) 44/2016[72], ao qual conferiu a alcunha de “licença para matar”, que, aprovado pelo Congresso, criou uma fenda jurídica para a impunidade.

Quanto a 2018, a Conectas (2019) fez novas pontuações sobre o colapso do sistema prisional que continuou se arrastando no período[73]. A ONG internacional de direitos humanos *Human Rights Watch* (HRW), em seus relatórios anuais sobre 2017, e 2018, demonstrou aumento de indicadores de mortes causadas por policiais em estados

---

67. [...] ao contrário do que usualmente se faz crer, a tortura é realizada sistematicamente e das mais variadas formas, não apenas contra as pessoas privadas de liberdade, como também em relação a seus familiares e visitantes. É, portanto, uma prática institucionalizada e enraizada nas unidades de privação de liberdade brasileiras. Os ambientes de privação de liberdade são marcados pela ausência ou omissão estatal no que diz respeito a garantia dos direitos das pessoas que se encontram sob a tutela do estado, mas, por outro lado, o estado se faz presente por meio de sua força repressiva e punitiva, violando os direitos que ele deveria garantir. (Brasil, 2018. p. 163)

68. Tal situação demonstrou, conforme a Conectas (2018), a inaplicação prática da responsabilidade do MP de exercer controle externo das polícias, o estudo em questão é denominado “Tortura Blindada”.

69. Principalmente para com a política de combate às drogas, verificada nas favelas e periferias.

70. Reforçado pelo fato que “Em maio, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu uma sentença contra o Brasil por sua omissão em fazer justiça pelos homicídios de 26 pessoas, cometidos pela polícia na favela Nova Brasília, no Complexo do Alemão, na cidade do Rio de Janeiro, em outubro de 1994 e maio de 1995” (AMNESTY INTERNATIONAL, 2018. p. 89).

71. A ONG apresenta os seguintes dados: população carcerária de 727 mil pessoas, sendo 64% negros e contando com um déficit de 358 mil vagas.

72. A PLC previu o deslocamento da competência da Justiça Comum para a Militar, nos casos de mortes civis causadas por membros das Forças Armadas em operações de garantia da lei e da ordem. Mesmo após manifestação do MP, através da Nota Técnica nº 08/2017/PFDC/MPF, onde foram alegadas diversas inconstitucionalidades, a PLC foi aprovada e figura na forma da Lei nº 13.491 de 2017. Atualmente a lei é alvo da ADI 5901 de 2018 que já possui parecer favorável da Procuradoria-Geral da República.

73. A Conectas (2019) afirmou ser o Brasil a terceira população carcerária do mundo (730 mil pessoas) cujo quadro de falência do sistema prisional figura internacionalmente como um dos mais crônicos, contando com destaque à decisão do Supremo Tribunal Federal que “impôs um teto à superlotação das unidades voltadas a adolescentes em conflito com a lei” (CONECTAS, 2019. p. 6) o teto foi de 119%.

brasileiros nos dois períodos e também manifestou sua preocupação com a agenda anti-direitos humanos que ocupou discursos do Presidente Jair Messias Bolsonaro, tanto em seu histórico, como parlamentar, como durante a corrida presidencial de 2018[74].

Sobre 2019 a HRW (2020) relatou uma população carcerária de mais de 830 mil pessoas, sendo 41%, desses, presos provisórios. Além disso a organização citou declarações do Presidente e do Governador do Rio de Janeiro que incentivavam as forças policiais a matar suspeitos[75] e relatou que o governo continuava acenando no caminho da impunidade, seja por vias retóricas ou por vias legislativas. Em linha com essa última colocação, a Anistia Internacional do Brasil (2019) se manifestou, através de nota pública[76] do mesmo ano, sobre o Decreto 9.831 de 2019[77], que, para a organização, simbolizou um retrocesso à proteção dos direitos humanos no país e um passo em direção à perpetuação da cultura de impunidade, à medida que diminui a visibilidade dos abusos e violações e garantindo a perpetuação da impunidade, o que vai de encontro com a retórica anti-direitos humanos, utilizada pelo presidente. O governo por sua vez, publicou nota[78] afirmando que o decreto não causou qualquer prejuízo ao funcionamento do MNPCT[79]. Vale mencionar, no entanto, a desatualização dos relatórios anuais produzidos pelo MNPCT, que encontram no relatório sobre o ano de 2017 sua última versão publicada[80], bem como seu inicial impedimento de realizar visita em presidio no Ceará, em 2019, pelo Governo Bolsonaro, conforme HRW (2020).

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa nasceu da observação de discursos abertamente anti-direitos humanos que vem ganhando espaço no cenário político brasileiro, alcançando destaque especial durante as eleições presidenciais de 2018. Tais discursos possuem a tendência de desumanizar os presos e utilizam de uma retórica que vê a hipermilitarização como única forma de redução da criminalidade, ignorando os crescentes abusos policiais.

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa, onde, conforme Henrique e Medeiros (2017), se vale da interpretação, para garantir o respeito à singularidade e complexidade das relações sociais. A pesquisa será do tipo bibliográfico e documental, utilizando do garimpo literário para articular a ossatura do sistema que se propõe a estudar, visto que, conforme Gil (2012) a pesquisa bibliográfica permite cobrir um campo

74. Em seu relatório sobre 2017, a MNPCT (2018) já havia demonstrado preocupação com os crescentes discursos de ódio empregados na política brasileira.
75. Na mesma linha, o Presidente afirmou, segundo a HRW (2020) que perdoaria policiais condenados se achasse as condenações injustas.
76. Disponível em: https://anistia.org.br/noticias/nota-publica-declaracoes-comandante-exercito-general-villas-boas-sao-uma-grave-afronta-independencia-dos-poderes/ Acesso em: 01 jun. 2020.
77. O Decreto exonerou os membros do MNPCT, extinguiu a remuneração de tais cargos, revogou a garantia de diversidade e condicionou sua nomeação à autorização direta da presidência. Conforme a HRW (2020), o Decreto foi, no mesmo ano, objeto do ajuizamento da ADPF 607 pela Procuradoria-Geral da República, bem como foi suspenso por juiz federal em Ação Civil Pública Nº 5039174-92.2019.4.02.5101/RJ movida pela Defensoria Pública da União, a liminar foi ainda mantida pelo TF2 em decisão de Agravo.
78. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/dezembro/nota-mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura Acesso em: 08 jun. 2020.
79. O Governo argumentou que a Lei instituidora não exigia, expressamente, que os peritos fossem remunerados e afirma que tal ação é parte de um plano de ampliação do combate à tortura, facilitando a criação dos NPMs a nível estadual, vez que eximiria a necessidade de criação de Leis com novos cargos.
80. Conforme portal do governo, disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-mnpct/relatorios acesso em: 11 jun. 2020.

muito maior do que aquele obtido em pesquisas diretas enquanto a análise de fontes primárias, permite, conforme o mesmo autor, a realização de uma análise crua, sem recair a subjetividade interpretativa tal como acontece na bibliografia.

O método utilizado é o da dedução que, conforme Henrique e Medeiros (2017) se vale da lógica para conjecturar premissas para ao fim atingir uma conclusão. Quanto ao nível de aprofundamento, esse será descritivo, buscando, conforme Henrique e Medeiros (2017), a descrição das principais características de determinado fenômeno, no caso em tela, a prática do crime sistemático de tortura no Brasil.

CONCLUSÃO

Os dados expostos demonstram a falha brasileira em cumprir com as recomendações internacionais e, quando combinados aos pronunciamentos do chefe do Executivo, expõe a atual inexistência de interesse político em cumprir com suas obrigações na proteção dos direitos humanos, sobretudo das populações vítimas de tortura e maus-tratos.

Tal cenário evidencia, ainda, uma transição na postura internacional adotada pelo país, que partiu de governos que utilizavam de sua vontade pública de melhorar o cenário de violações como meio de eximir-se da responsabilidade pela insuficiente implementação das recomendações recebidas, para um governo que faz uso de uma agenda abertamente anti-direitos humanos colidindo frontalmente tanto com as recomendações recebidas, como com os avanços já conquistados.

Em suma, os pontos recorrentes do crime sistemático de tortura no Brasil partem de uma série de abusos policiais, cometidos dentro e fora dos centros de detenção, combinados a um sistema carcerário precário e disfuncional, contando ainda, muitas vezes, com falhas de outras camadas do sistema criminal. Tais vícios encontram no desinteresse político-cultural, em investigá-los e puni-los, um meio de garantir sua perpetuação, assegurando um objetivo fim que pede pela desumanização e desprezo pela pessoa presa. Ainda, a postura de desmantelar avanços conquistados, nesse sentido, cristaliza um movimento de legitimação e institucionalização dos abusos policiais.

O rol de acontecimentos, críticas, recomendações, congratulações e dados aqui expostos, não são, de qualquer maneira, exaustivos, porém comprometem-se em abordar os principais pontos entre o diálogo obtido na esfera internacional entre o Brasil e os órgãos internacionais de proteção contra a tortura e as pontuações realizadas por órgãos da sociedade civil no acompanhamento da evolução prática do tema em solo brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do. **Manual do candidato:** Noções de Direito e Direito Internacional. 4ª ed. Brasília. FUNDAG, 2015. Paginação irregular.

AMNESTY INTERNATIONAL. **Report 2016/17**. Londres, 2017. 408 p.

AMNESTY INTERNATIONAL. **Report 2017/18**. Londres, 2018. 408 p.

ANISTIA INTERNACIONAL DO BRASIL. **Nota pública:** decreto sobre Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura amplia riscos de institucionalização da tortura no país, afirma Anistia Internacional**.** Rio de Janeiro, 2019. Disponível em:

https://anistia.org.br/noticias/nota-publica-decreto-sobre-mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-tortura-amplia-riscos-de-institucionalizacao-da-tortura-pais-afirma-anistia-internacional/ Acesso em: 01 jun. 2020.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo. Companhia de Bolso, 2013. Paginação irregular.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos Humanos e não-violência**. São Paulo. Atlas, 2001. 186 p.

BAUMBACH, Marcelo. **Sanções do Conselho de Segurança**: Direito Internacional e prática brasileira. 1. ed. Brasília. FUNAG, 2014. Paginação irregular.

BRASIL. MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA (MNPCT). **Relatório Anual 2017**. Brasília, 2018. 166 p.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Famíla e dos Direitos Humanos. **Nota** - mecanismo nacional de prevenção e combate à tortura. Disponível em https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/dezembro/nota-mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura Acesso em: 08 jun. 2020

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 11ª ed. São Paulo. Saraiva, 2017. 624 p.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS (CONECTAS). **Relatório anual 2017**. São Paulo, 2018. 19 p.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS (CONECTAS). **Relatório anual 2018.** São Paulo, 2019. 19 p.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Declaração e programa de ação de Viena**. Conferência de Viena. Viena, 14/25 jul. 1993.

CORREA, Raquel Couto. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Curitiba. Juruá, 2008. 285 p.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Paginação irregular.

HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). **Human Rights Watch world report:** events of 2017. Nova York, 2018. 687 p.

HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). **Human Rights Watch world report:** events of 2018. Nova York, 2019. 652 p.

HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). **Human Rights Watch world report:** events of 2019**.** Nova York, 2020. 674 p.

JOSEPH, Sara et al. **Seeking remedies for torture victims**: a handbook on the individual complaints procedures of the treaty bodies. 2ª ed. Genebra: World Organization Against Torture, 2014. 487 p.

LIMON, Marc; POWER, Hilary. **History of the United Nations special procedures mechanism:** origins, evolution and reform. Genebra. Universal Rights Group, 2014. 56 p.

HENRIQUE, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9ª ed. São Paulo. Atlas, 2017. Paginação irregular.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Federal Dos Direitos Do Cidadão. **Nota técnica nº 08/2017/PFDC/MPF.** Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/notas-tecnicas/notas-tecnicas-1/nota-tecnica-no-08-2017-pfdc-mpf-2a-e-7a-ccrs-e-pfdc.pdf Acesso em: 02 jun. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo. Saraiva, 2016. 735 p.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 1ª ed. São Paulo. Saraiva, 2014. Paginação irregular.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de Direitos Humanos**. São Paulo. Saraiva, 2016. Paginação irregular.

RODRIGUES, Simone Martins. **Segurança internacional e Direitos Humanos:** a prática da Intervenção Humanitária no Pós-Guerra Fria. Rio de Janeiro. Renovar, 2000. 277 p.

TRINDADE, A.A.C.; PEYTRIGNET, G.; SANTIAGO, J.R.. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana**. San José da Costa Rica. Instituto Americano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996. Paginação irregular.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais e a realização da justiça**. 2 ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2017. Paginação irregular.

UNITED NATIONS. **International covenant on civil and political rights**. General Assembly of the United Nations. Nova York, 16 dez. 1966.

UNITED NATIONS. **Optional protocol to the international covenant on civil and political rights**. General Assembly of the United Nations. Nova York, 16 dez. 1966.

UNITED NATIONS . **Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment**. General Assembly of the United Nations. Nova York, 10 dez. 1984.

UNITED NATIONS. **Optional protocol to the convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment**. General Assembly of the United Nations. Nova York, 18 dez. 2002.

UNITED NATIONS. **UN treaty body collections:** Brazil specific information. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=BRA&Lang=EN Acesso em: 01 mai. 2020.

UNITED NATIONS COMMITTEE AGAINST TORTURE (UNCAT). **CAT/C/9/Add.16:** initial reports of States parties due in 1990. Nova York, 2000.

UNITED NATIONS COMMITTEE AGAINST TORTURE (UNCAT). **A/56/44:** report of the committee against torture..... Nova York, 2001.

UNITED NATIONS COMMITTEE AGAINST TORTURE (UNCAT).**CAT/C/39/2:** report on Brazil produced by the committee under article 20 of the convention and reply from the government of brazil. Nova York, 2009.

UNITED NATIONS COMMITTEE AGAINST TORTURE (UNCAT). **A/65/44:** Report of the committee against torture. Nova York, 2010.

UNITED NATIONS COMMITTEE AGAINST TORTURE (UNCAT). **A/68/44:** report of the committee against torture. Nova York, 2013.

UNITED NATIONS SPECIAL RAPPORTEUR ON TORTURE AND OTHER CRUEL, INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (UNSRT). **E/CN.4/2001/66/Add.2:** civil and political rights, ncluding the questions of torture and detention. Nova York, 2001.

UNITED NATIONS SPECIAL RAPPORTEUR ON TORTURE AND OTHER CRUEL, INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (UNSRT). **A/HRC/31/57/Add.4:** report of the Special Rapporteur on Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil. Nova York, 2001.

UNITED NATIONS SUBCOMMITTEE ON PREVENTION OF TORTURE AND OTHER CRUEL, INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (UNSPT). **CAT/OP/BRA/1:** Report on the visit of the Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment to Brazil. Nova York, 2012.

UNITED NATIONS SUBCOMMITTEE ON PREVENTION OF TORTURE AND OTHER CRUEL, INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (UNSPT). **CAT/OP/BRA/2:** First response of the Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment to replies of Brazil to the recommendations and requests for information made by the Subcommittee on Prevention of Torture in its report on its first periodic visit to Brazil (CAT/OP/BRA/1/Add.1). Nova York, 2014.

UNITED NATIONS SUBCOMMITTEE ON PREVENTION OF TORTURE AND OTHER CRUEL, INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (UNSPT). **CAT/OP/BRA/2/Add.1:** replies by Brazil to the first response of the subcommittee. Nova York, 2014.A.

UNITED NATIONS SUBCOMMITTEE ON PREVENTION OF TORTURE AND OTHER CRUEL, INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (UNSPT)). **CAT/OP/BRA/3:** Visit to Brazil undertaken from 19 to 30 October 2015: observations and recommendations addressed to the State party - report of the subcommittee. Nova York, 2015.

UNITED NATIONS. **Multilateral treaties deposited with the Secretary-General status as at 31 december 2009**. v. 1. Nova York. United Nations Publications, 2009.

ASPECTOS PRELIMINARES DA APLICAÇÃO DA SÚMULA 392 DO STJ: POSSÍVEL SOLUÇÃO DE LITÍGIOS FISCAIS MUNICIPAIS POR MEIO DE PRINCÍPIOS

Felipe Cidral Sestrem[1]
Vitor Bittencourt da Rosa[2]

Resumo: A partir de análise jurídico-científica, por meio de método argumentativo-principiológico pautado em investigação doutrinária na bibliografia nacional, o trabalho busca analisar de maneira preliminar e propositiva as controvérsias envolvendo a aplicação da Súmula n. 392 do STJ às execuções fiscais municipais a partir dos dialógicos entre direito processual e material e conceitos de direito civil e processo civil. O trabalho é propositivo, buscando apresentar críticas preliminares sobre possíveis vicissitudes decorrentes da aplicação equivocada de enunciados produzidos pelo STJ acerca da substituição da CDA, quando relacionados à extinção da personalidade de contribuintes. Uma das proposições iniciais é a existência de possível equívoco interpretativo a partir da generalização de leituras mecânicas de problemas multifatoriais lastreadas em enunciados persuasivos (e potencialmente obrigatórios, que reproduzem outros anteriormente produzidos), firmados nos Tribunais Superiores. O trabalho também busca indicar os potenciais riscos à manutenção de interpretações mecânicas lastreadas apenas no corpo dos enunciados utilizados como *ratio decidendi* para extinções prematuras de causas executivas fiscais. A ideia central é propor o debate e o possível uso de princípios para melhor compreensão e para solução concreta dos casos postos, especialmente porque há diferenças significativas caso a caso, a despeito das execuções fiscais apresentarem-se como demandas de *litigância de massa*. A solução cogitada é a superposição de princípios hermenêuticos para valorização do bem jurídico tutelado nas execuções fiscais municipais, que é o crédito do Município.

Palavras-chave: Súmula 392/STJ. Execução fiscal municipal. Aspectos preliminares. Princípios.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar, propositivamente e preliminarmente, a atual conjuntura tributário-jurisprudencial de execuções fiscais municipais ajuizadas no Estado de Santa Catarina (Joinville/SC) a partir do estudo dos conceitos de direito civil (espólio, herança, sucessão) de direito processual civil (legitimidade processual, enunciados persuasivos e obrigatórios) e de direito tributário (sujeição passiva tributária e titularidade).

O estudo conjuga os referidos institutos para a análise da forma pela qual a Súmula n. 392 do STJ tem sido aplicada na solução de casos tributários municipais, especialmente por meio da extinção prematura das demandas.

Foi escolhido o método dedutivo e comparativo para a abordagem do tema, com ênfase à análise argumentativo-principiológica dos conceitos. O estudo é conduzido procedimentalmente por meio de pesquisa doutrinário-bibliográfica

O artigo está estruturado em quatro capítulos.

O primeiro apresenta os elementos iniciais relacionados à extinção da personalidade civil e jurídica e as repercussões na execução fiscal, com ênfase nos tributos municipais.

O segundo capítulo apresenta considerações relacionadas ao processo civil, notadamente ao conceito de precedentes e onde se insere o enunciado da Súmula n. 392/STJ objeto de estudo.

1. Procurador do Município de Joinville; Pós-Graduado em Direito Tributário por meio do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários IBET. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/CCJ). E-mail: felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br.
2. Estagiário pela Procuradoria Geral do Município de Joinville; Egresso do Curso de História pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC/FAED); Acadêmico do curso de Direito pela Universidade da Região de Joinville (Univille. E-mail: vitorb02@gmail.com.

No terceiro capítulo, são abordados os elementos relacionados à aplicação da Súmula 392/STJ na jurisprudência local, com ênfase nas situações de fato e de direito abordadas e os possíveis problemas e vícios encontrados.

No quarto capítulo, são realizadas ponderações preliminares e propositivas, ainda em evolução e investigação dada a densidade do tema. Essas propostas estão relacionadas à solução do caso por meio da aplicação de princípios de direito constitucional, direito tributário e direito processual civil referentes às execuções fiscais municipais, como forma de superação da interpretação mecânica.

A sugestão inicial, a partir dos resultados coletados na *práxis* forense, de que a atual interpretação dada à Súmula n. 392 do STJ, a despeito de assertiva para casos de sucessão por aquisição, tem se mostrado equivocada, porque reproduzida mecanicamente em uma diversidade infinita de casos judicializados (cada qual com particularidades). E, ao que tudo indica, a pretexto de criar segurança jurídica e padronização de casos, tem instalado a uniformização de entendimentos idênticos para casos reconhecidamente diversos, demonstrando nítido efeito contraditório.

Nessa linha argumentativa, são apresentados aspectos preliminares de estudo, objetivando a criação de verdadeira controvérsia científica sobre o caso e buscando sugerir a fundamentação das decisões em princípios (sobretudo hermenêuticos) como forma de solução intermediária dos casos fiscais, auxiliando no desenvolvimento do direito por meio de debates.

1. A EXTINÇÃO DA PERSONALIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL

Uma das maiores controvérsias existentes em ações judiciais que versam sobre a exigência de crédito tributário (execuções fiscais, *ex vi* art. 1º e seguintes da Lei Federal n. 6.830/1980) é o término ou extinção da personalidade do contribuinte.

Por termo *extinção da personalidade* entende-se quatro[3] eventos possíveis: a) o falecimento da pessoa física identificada como contribuinte ou responsável; b) a insolvência civil do contribuinte ou responsável; c) a extinção da pessoa jurídica contribuinte ou responsável[4]; d) a fusão ou incorporação de pessoas jurídicas contribuintes ou responsáveis.[5]

A capacidade civil está diretamente atrelada aos direitos da personalidade. É a morte o evento que encerra, tanto a *capacidade,* quanto os direitos que dela são inerentes, inclusive os da personalidade, cuja classificação doutrinária abarca os

3. Por questões metodológicas, dada a extrema complexidade do tema, envolvendo normas de direito internacional, tratados e outros instrumentos não habituais uma quinta possível "extinção da personalidade" foi suprimida. É que, a despeito de a saída definitiva do país, do contribuinte pessoa física ou jurídica, não caracterizar efetivamente o término da personalidade, ela pode ser equiparada ao término por conduzir a quase intransponível possibilidade de o Fisco satisfazer os créditos tributários em solo nacional. Não obstante, o incremento de acordos bilaterais e tratados de direito internacional envolvendo normas tributárias, crimes tributários e conexos (v.g. evasão de divisas, lavagem de capitais etc.) tem minimizado esse problema, motivando a supressão dessa controvérsia da análise preliminar.

4. A controvérsia não será empreendida sobre a existência da extinção regularmente realizada ou a conhecida liquidação ou baixa irregular da pessoa jurídica.

5. Também por questões metodológicas optou-se por excluir a cisão de pessoas jurídicas (art. 219 c/c art. 229 da LSA) como causa de extinção da personalidade, considerando que, na cisão, tecnicamente há continuidade da personalidade, a despeito de poder haver cumulativamente cisão com posterior extinção parcial de uma das pessoas jurídicas cindidas ou, ainda, constituição de outras duas novas pessoas jurídicas após o procedimento de cisão.

caracteres de *intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, inexpropriabilidade* e *ilimitação* (MATTIA, 1977, p. 258).

Os direitos da personalidade constituem uma categoria autônoma entre os direitos subjetivos, sendo certo que esta autonomia provém do caráter essencial que apresentam por causa da especialidade do seu objeto e da singularidade do seu conteúdo (MATTIA, 1977, p. 252).

A morte encerra, assim, a existência da pessoa natural (art. 6º do CC/02).

Porque créditos tributários afetam o patrimônio e não propriamente os direitos relacionados e decorrentes do indivíduo, a preocupação deve se dar ao destino dos bens e aos efeitos jurídicos do falecimento para a transmissibilidade de créditos e débitos existentes.

Juridicamente, espólio é um ente despersonalizado (porque contínuo e idêntico àquele falecido, cuja perda de direitos decorreu do evento morte) que titulariza a herança. E ela, a herança, nada mais é do que a universalidade de direitos que concentra o plexo de relações jurídicas concernentes à titularidade de bens, direitos e obrigações que sucedem à morte física do sujeito (PUCCINELLI JÚNIOR, 2015, p. 956-957).

Uma das maiores peculiaridades da herança é que, por força da disposição legal do art. 80 do Código Civil, o direito a classifica com bem imóvel, conquanto seja ela eventualmente composta apenas por bens móveis (*v.g.* veículos automotores, valores em conta poupança ou em espécie) (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 32). Há razão de ser para isso: o Código pretendeu a atribuição de maior formalidade para a transferência dos bens integrantes da herança, cuja transmissibilidade *jure et jure* somente vem a ocorrer com o título, por meio de escritura pública, que é o ato formal de partilha dos bens.

É ínsito, pois, compreender que o espólio, por se tratar de ente despersonalizado, elo de continuidade e ligação virtual do sujeito até o término latente das relações que possuía em vida, não pode vir a ser entendido como sujeito diverso daquele que falecera. Não há, assim, alteração fática, tampouco jurídica, da sujeição (seja ela material, seja ela processual). O espólio é o sujeito morto, ainda vivo juridicamente por força do direito.

Um dos problemas decorrentes do conceito do espólio é a aplicação do princípio da *saisine,* art. 1.784 do CC, segundo o qual, aberta a sucessão, haveria a transferência de pleno direito dos bens do falecido para os herdeiros (DIAS, 2013, p. 108).

A função da *saisine,* tecnicamente, não é a de transferir os bens para as pessoas físicas dos herdeiros de plano, mas permitir, a partir do evento morte, a criação jurídica da herança como universalidade de direitos e do espólio como ente despersonalizado, dela titular.

Uma das disposições importantes que regem a sucessão é a lei aplicável à regulação da distribuição dos direitos e deveres. De acordo com o art. 1.787 do CC, a lei vigente à época da abertura é que deve regulá-la.

Essa regra pode trazer compreensão importante para o presente estudo ao dispor que, nos termos da legislação civil, operando-se a morte há uma espécie de congelamento da situação de fato e de direito (*status quo*), aplicando-se a ela as disposições jurídicas existentes. *Mutatis mutandis,* a situação jurídica, tanto do ponto de vista da lei aplicável, quanto da sujeição passiva tributária, deve ser regulada pela lei da época do falecimento. Sendo mais objetivo, a situação fática e jurídica da titularidade dos bens do contribuinte, à época do falecimento, perpetua-se para além de sua morte, até a data da partilha (art. 1.787 do CC).

Outros conceitos importantes para a compreensão da problemática são aqueles que definem a posição de sucessor universal e singular e a condição de herdeiro. O

sucessor universal é quem recebe a universalidade dos bens, o singular é aquele que recebe um direito específico (*i.e.*, habitualmente relacionado à sucessão testamentária) (RODRIGUES, 2003, p. 16-19). Herdeiro, por sua vez, é aquele chamado a suceder na totalidade da herança, em percentual, podendo decorrer de sucessão legítima ou testamentária (GONÇALVES, 2009, p. 8-10).

É a sucessão legítima[6], entendida como ordem preferencial vocacionada de transferência de bens aos sujeitos (GONÇALVES, 2009, p. 3) que permite a identificação daqueles que poderão exercer dois papéis primordiais: a) administrar materialmente os bens do falecido (art. 1.797 do CC); b) representar o falecido em todas as questões para as quais for chamado à responsabilização.

Rompendo-se com a ideia da *saisine* clássica, civilistas com obras recentemente publicadas, alinhados com a ideia de verticalização das normas constitucionais e com prevalência das normas de direito público no cenário jurídico brasileiro, tem apontado que é com a abertura da sucessão, a rigor, que se dá a transferência dos bens aos herdeiros, ocorrendo de forma meramente abstrata. Em outras palavras, haveria uma expectativa de direito calculada a partir da fração ideal do patrimônio transferível (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 67-68).

É tecnicamente com a partilha (ato posterior à abertura formal da sucessão processual) que ocorre a transferência de bens do *de cujus*, findando o estado de indivisão da herança (DINIZ, 2012, p. 59-60).

Portanto, ao menos na atual doutrina civilista brasileira e para fins de direito tributário, é inviável atribuir tecnicamente a modificação ou alteração da titularidade dos bens, especialmente de bens imóveis (a teor do disposto no art. 1.245, *caput* e §1º, do CC, que exige a transmissão formal por escritura pública e posterior alteração na matrícula do imóvel), apenas em razão do falecimento em si.

A *saisine,* nesse caso, não se aplica no sentido de alterar virtualmente a titularidade registral de bens, a exemplo de veículos automotores (para fins de aplicação e incidência do IPVA) ou de bens imóveis urbanos (com relação ao IPTU). Inúmeras razões concorrem para essa proposição, sendo a maior parte delas, como dito anteriormente, relacionadas ao estado de precariedade da herança (DINIZ, 2012, p. 60-62).

Avançando sobre os temas basais dessa pesquisa prefacial e propositiva, o instituto da insolvência ou falência civil remonta ao direito romano, a partir da ideia de perda da liberdade (*status libertatis*). Por meio da *capitis deminutio* (PEREIRA, 2011, p. 181-186) o individuo era tolhido da personalidade jurídica de pessoa física (hoje chamada, capacidade civil – arts. 1º e 2º do CC), conduzido à situação jurídica de coisa e não cidadão.

O atual CPC não trata propriamente da insolvência civil, apesar da antiga regulamentação do procedimento no CPC/73, por meio dos arts. 748 e seguintes. Nada obstante, compreende-se que em razão da remissão do art. 1.052 do CPC (que faz referência à aplicabilidade das disposições do revogado código até a edição de lei específica), todo o regramento anteriormente vigente ainda é válido.

A instituição de concurso universal de credores para o insolvente civil decorreu da desproporcionalidade que havia entre o tratamento do devedor pessoa física comercial e do devedor civil comum, em razão das divergências decorrentes da aplicação da legislação comercial anterior ao CPC/73 (THEDORO JR., 1986, p. 35-41). Na prática, no entanto, o instituto da insolvência civil raramente era aplicado, dada a previsão de

6. Uma das espécies de sucessão possíveis, não se descurando da existência da sucessão testamentária.

regulamentação processual acanhada (ASSIS, 1998, p. 881-884) e a pecha de destituído de honra, “falido”, que era imputada ao insolvente civil.

Por isso, Alfredo Buzaid sugeriu a edição das referidas disposições do CPC/73 (arts. 748 e seguintes) como forma de proteção dos vulneráveis, sem que à época imaginassem os influxos de um mercado de consumo avassalador e abusivo e o fenômeno do superendividamento experimentado por consumidores.

Por isso, é possível compreender que, por aplicação do disposto no art. 778 do CPC/73, transcorrendo-se o prazo de 5 (cinco) anos contados da data de encerramento do processo de insolvência civil, haverá, propriamente, a “morte” das obrigações contraídas em face do executado, extinguindo-se eventuais créditos.

Essa não é, no entanto, a problemática que fundamenta o presente estudo.

A extinção da personalidade jurídica, por conseguinte, pode ocorrer por força de operações societárias de fusão, cisão e incorporação (*v.g.* art. 219, II, da LSA) ou por dissolução (art. 1.033 do CC). Essa última decorrente de causas diversas, sejam deliberativas, seja por disposição legal ou por decisão judicial (art. 1.034 do CC).

Ultimada a dissolução sem prévia liquidação, cujo procedimento é prioritário à extinção da pessoa jurídica propriamente dita (art. 1.022 do CC), há disposição legal impondo-se a manutenção dessa personalidade, em período de latência, para fins exclusivamente de adoção dos deveres e das providências indicadas no art. 1.103 do CC, especialmente a arrecadação de bens (inciso II) e a realização final dos negócios da sociedade, do ativo e do passivo e da partilha do excedente (inciso IV). Procedimentalmente, a liquidação da pessoa jurídica assemelha-se muito ao inventário da pessoa física (art. 610 e seguintes do CPC), justificando a manutenção da condição de titularidade do eventual contribuinte pessoa jurídica até o término do procedimento de liquidação de bens.

Impensável, assim, compreender que eventual extinção do contribuinte pessoa jurídica (ou mesmo pessoa física, por extensão do argumento lógico empregado), a despeito da conclusão dos procedimentos de liquidação de valores e apuração de haveres, pudesse caracterizar alteração da sujeição passiva ou da legitimidade processual para responder e adimplir os débitos em aberto, seja por tributos decorrentes de prédios, seja de serviços.

2. ENTRE PROCESSO E CRÉDITO: Conceitos essenciais e a relação dialógica

A coerência e unidade do Direito está diretamente relacionada à existência de sistema ou teoria de precedentes (ARRUDA ALVIM, 2019. p. 97-101).

A unidade do direito é o resultado de um sistema de precedentes obrigatórios e reflete a coerência da ordem jurídica, viabilizando a previsibilidade e o tratamento uniforme de casos semelhantes. O precedente, portanto, é um valor em si, pois é algo indispensável para que se tenha unidade do direito e uma ordem jurídica coerente, requisitos para a racionalidade do direito (MARINONI, 2019b. p. 101).

Os precedentes formam-se a partir de processo de argumentação e decisão realizado por meio de raciocínio dialético, com o uso de contra-analogias (CAMARGO, 2014. p. 311).

A despeito da discussão do conceito jurídico dos precedentes e da ausência de formulações conceituais precisas (ARRUDA ALVIM, 2019. p. 95), é possível compreender que a ideia de precedentes decorre da existência de decisões pretéritas, relevantes para

a jurisprudência, que influenciam diretamente a opinião dos magistrados que lhe sucedem em julgamento de causas semelhantes.

Os precedentes podem ser classificados em fortes, médios e fracos (ARRUDA ALVIM, 2019. p. 97-101). Fortes são os precedentes formados por recursos repetitivos ou em recursos extraordinários com repercussão geral (sejam avulsos[7] ou repetitivos), decisões proferidas em incidente de assunção de competência e em incidente de julgamento de demandas repetitivas, cuja não observância pode ser alvo de reclamação, em casos específicos. Médios são aqueles que sua não observância é combatida por recursos cíveis habituais ou quando a lei os utiliza para abreviar o procedimento. Fracos são as decisões cuja obrigatoriedade é apenas cultural, decorrente da ideia de estabilidade.

O enunciado da Súmula n. 392/STJ insere-se na lógica de precedentes persuasivos (não vinculantes) de força média.

Justamente em razão do conceito de precedentes, a aplicação dos enunciados estruturados a partir de seu julgamento demandam duplo compromisso: o dever de adequação da similitude fática e o dever de identificação da *ratio decidendi* (dos fundamentos suficientes para a decisão judicial proferida no julgamento anterior).

A partir desse enfoque que serão estruturadas as considerações e os aspectos preliminares da aplicação do enunciado persuasivo para os casos municipais.

3. A SÚMULA 392/STJ NA PRÁTICA: Análise preliminar da jurisprudência local

Já bem definidos os conceitos e o recorte teórico a ser abordado, resta aplicá-los aos casos concretos. A subsunção do enunciado da Súmula n. 392/STJ aos casos envolvendo extinção da personalidade do contribuinte tem apresentado graves problemas, especialmente em razão da ausência de adequação das teses jurídicas e da similaridade dos casos.

Da leitura da Súmula n. 392/STJ, depreende-se uma única proibição: a mudança do sujeito passivo da relação jurídico-tributária originária:

> **Enunciado n. 392 da Súmula do STJ.** A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.

O problema objeto do presente trabalho decorre da *práxis* forense. A jurisprudência atualmente tem aplicado a Súmula n. 392/STJ como óbice para exigência judicial do crédito tributário, lançando mão de dois argumentos diversos, ambos lastreados no referido enunciado: a) o falecimento do contribuinte alteraria a relação jurídico-tributário de origem, modificando o sujeito passivo, de modo a exigir tanto a alteração da CDA, quanto a realização de novo lançamento;[8] b) a execução, para desenvolver-se

7. Sobre a vinculatividade da repercussão geral avulsa, parte da doutrina (FERRAZ, 2017. p. 104) compreende que a repercussão geral seria um mecanismo de formação de precedentes destinado a resolver questões constitucionais em controle difuso, orientando o julgamento dos demais órgãos do Poder Judiciário.

8. APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. EXTINÇÃO NA ORIGEM (ART. 485, VI, DO CPC). INCONFORMISMO DO EXEQUENTE. SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE (ART. 34 DO CTN) E RESPONSÁVEL (ARTS. 130 E 131, I, AMBOS DO CTN). NOTICIADA MUDANÇA DA TITULARIDADE DO IMÓVEL. PRETENDIDO REDIRECIONAMENTO DA DEMANDA E ALTERAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE. POSIÇÃO ASSENTADA NO ÂMBITO DO STJ (SÚMULA N. 392 E TEMA N. 166) E

validamente, demandaria de prévia citação do executado em vida. Eventual falecimento antes da citação seria causa de extinção do interesse processual do Fisco em exigir do *de cujus* os débitos.[9]

A presente análise fulcra-se apenas na primeira das soluções (alínea "a"), aquela diretamente reclamada ao conteúdo da Súmula n. 392 do STJ.

Solipsismos são hodiernamente frequentes na jurisprudência nacional, a despeito da disposição expressa do art. 926 do CPC quanto à necessidade de uniformização dos entendimentos judiciais (especialmente, no âmbito dos Tribunais).

Severas críticas por parte da doutrina processualista são lançadas contra esses entendimentos apreendidos meramente do texto dos enunciados estruturados nos Tribunais Superiores, empreendidos verdadeiramente a partir de interpretação literal. A esse fenômeno, a doutrina processual tem chamado de direito sumular ou jurisprudência

---

DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso especial representativo de controvérsia (Tema n. 122), firmou a tese de que, nos termos do art. 34 do CTN, tanto o promitente comprador (possuidor do imóvel) quanto o promitente vendedor (proprietário que figura na matrícula)são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU (cf. Recurso Especial n. 1.111.202/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10-6-2009), reservando-se à lei municipal a definição sobre o sujeito passivo do imposto, a teor da Súmula n. 399 daquela mesma Corte. 2. Nesse sentido, se o legislador municipal estabelece que são contribuintes do imposto o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor a qualquer título, caberá à autoridade fiscal escolher um ou outro quando da realização do lançamento, visando facilitar o procedimento da Administração e garantir a satisfação do crédito. 3. Cediço, ademais, que "a propriedade imobiliária costuma abrir-se para o fenômeno da responsabilidade tributária, sobretudo porque podem pender débitos tributários, afetos ao bem imóvel transmitido, após a operação de compra e venda" (SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1288). O responsável tributário, portanto, também é sujeito passivo do IPTU, nos termos dos arts. 130 e 131, I, ambos do CTN. 4. De outro vértice, consoante tese também sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça pela sistemática dos recursos repetitivos (Tema n. 166), a Fazenda Pública pode substituir a Certidão de Dívida Ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (cf. Recurso Especial n. 1.045.472/BA, rel. Min. Luiz Fux, j. 25-11-2009), conteúdo também da Súmula n. 392do STJ. 5. Logo, escolhido o sujeito passivo pela municipalidade, promovido o lançamento e expedida a CDA em nome dele, com o consequente ajuizamento da execução fiscal, mesmo na hipótese de sucessão tributária, não cabe ao exequente a alteração do polo passivo no curso da demanda, conforme iterativa jurisprudência do STJ e deste Tribunal de Justiça (cf. Apelação Cível n. 0000453-28.2001.8.24.0030, de Imbituba, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 3-5-2018). CASO CONCRETO. ÓBITO DO EXECUTADO PRETÉRITO À CITAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO POR MOTIVO DIVERSO. Considerando que o falecimento do executado foi anterior à angularização da relação jurídica processual, efeito da citação válida (art. 238 do CPC), o reconhecimento da sua ilegitimidade passiva, com a consequente extinção do feito, é inafastável (art. 485, VI, do CPC).PREQUESTIONAMENTO. IMPERTINÊNCIA. É desnecessária a manifestação expressa deste Tribunal acerca de dispositivos legais invocados com a finalidade de atender a pleito de prequestionamento, mormente quando o fundamento adotado para decidir encontra-se claramente exposto no *decisum*. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Apelação Cível n. 0069416-25.2005.8.24.0038, de Joinville Relator: Desembargador Odson Cardoso Filho, 4ª Câmara de Direito Público, DJ 23/07/2020).

9. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. ÓBITO DA PARTE EXECUTADA ANTES DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL INVIÁVEL, A CONSIDERAR QUE O FALECIMENTO NÃO SE DEU NO CURSO DO PROCESSO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. SENTENÇA DE EXTINÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que 'o redirecionamento da Execução Fiscal contra o espólio somente pode ser levado a efeito quando o falecimento do contribuinte ocorrer após sua citação, nos autos da Execução Fiscal, não sendo admitido, ainda, quando o óbito do devedor ocorrer em momento anterior à própria constituição do crédito tributário. (AgInt no AREsp 1280671/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 11.9.18) (TJSC, Apelação Cível n. 0002677-27.2010.8.24.0125, de Itapema, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 19/02/2019).

ementária, malgrado Marinoni o classifique como verdadeira patologia processual (MARINONI, 2019, p. 50-51).

Sob esse prisma, podem ser extraídas duas problemáticas, preliminarmente apuradas, relacionadas à análise dos pressupostos de formação dos enunciados persuasivos e da aplicação da Súmula n. 392/STJ por parte dos Tribunais locais. Especial ênfase para a solução dada no sentido de extinção prematura da execução fiscal de tributos municipais:

- A súmula é aplicada a caso completamente diverso ao qual foi originalmente destinada, pois sua finalidade é resolver a questão do lançamento irregular da CDA quando em face de fatos anteriores ao ajuizamento da demanda executiva (*v.g.* alienação do imóvel no caso de IPTU ou de automóvel no caso de IPVA). A relação entre falecimento e inclusão do espólio do *de cujus* ou de seus herdeiros implica uma série de relações jurídicas incompatíveis com a inteligência do enunciado;
- Ainda que pudesse ser aplicada a tais casos, os tribunais extrapolam a leitura da súmula que circunda questões atinentes à CDA e as incluem na relação processual. A diferença entre o sujeito passivo do tributo ao litisconsorte passivo do processo não justifica, por si só, a extinção da relação processual, sob pena de violar diversas normas principiológicas, analisadas no tópico subsequente;

Uma das possíveis problemáticas está na ausência de adoção de soluções baseadas em princípios hermenêuticos[10]. A eventual aplicação de investigação semântica dos sentidos dos enunciados (sem perpassar para a análise verdadeira dos casos que ensejaram a formação do precedentes e da *ratio decidendi* em si) identificaria *de per si* a ambiguidade ou incompatibilidade semântica do termo "sujeito passivo" presente na redação da Súmula n. 392/STJ, cuja redação mistura conceitos de direito processual "litisconsorte passivo da relação processual executiva" com direito material "sujeito passivo da relação jurídico-tributária".[11]

Em outros termos, o termo sujeito remete à sujeição passiva tributária (regra material). Enquanto a expressão "passivo da execução" remete à legitimidade processual (ou à capacidade de ser parte no processo).

Pode-se conceber que o Superior Tribunal de Justiça ao editar o enunciado ou tomou o termo "execução" inadvertidamente, quando de fato objetivava apontar a impossibilidade de alteração da relação jurídico-tributária originária do crédito (motivo pelo qual deveria ter feito referência à "CDA" ou "da relação tributária"); ou, ainda, compreender-se que não há qualquer equívoco no emprego dos termos, existindo assentado entendimento na Corte Superior sobre a interdependência entre o sujeito passivo presente no título executivo e a suposta e necessária identidade do litisconsorte passivo indicado na execução fiscal como pressuposto de constituição válida do processo.

Identificados os possíveis caminhos para se conciliar a redação do enunciado persuasivo da Súmula n. 392/STJ, em uma delas haveria a possibilidade de adequação do entendimento por alteração textual, adaptando-o à cientificidade jurídica reclamada pelo caso.

---

10. Sequer é possível falar em problema de subsunção normativa, já que não existe norma jurídica relacionada à extinção da demanda executiva por questões processuais vinculadas ao falecimento, a partir da Súmula 392/STJ.

11. À título de esforço hermenêutico e argumentativo, repete-se a redação da Súmula n. 392 do STJ com os grifos relacionados à ambiguidade identificada: "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução".

Já com relação à segunda proposição, a solução adviria do enfrentamento conjunto da teoria da regra-matriz de incidência tributária (CARVALHO, 2008, p. 527-587) com normas da teoria geral de processo civil e daquelas aplicáveis especificamente para execuções civis de títulos de crédito[12]. Isso é, ao se conceber que a CDA é um título executivo extrajudicial, nos termos do art. 784, X, do CPC, todas as regras que regem os referidos títulos, processuais ou de direito civil, aplicam-se igualmente às Certidões de Dívida Ativa.

Além disso, ao se conceber que a cártula expressa a relação jurídica tomada pelo direito e suspensa no tempo e no espaço (fato gerador), eventuais alterações posteriores não poderiam nulificar o crédito tributário, muito embora pudessem dar azo à criação de normas jurídicas concretas (regras-matrizes acessórias) de responsabilidade, que viessem a aderir à regra principal e permitir o manejo, em execuções fiscais posteriores ou já em curso, da responsabilização de terceiras pessoas não diretamente relacionadas à posição de sujeição passiva da regra-matriz que expressou a incidência do tributo em discussão.

Especial destaque para o princípio da cartularidade ou incorporação, segundo o qual o título de crédito contém em si todos os elementos para que seja concluída sua finalidade, qual seja, a satisfação do crédito. Por este princípio, o próprio direito se materializa na cártula/título de crédito, de modo que representa em si o direito material (MAMEDE, 2005, p. 42-45).

Desta forma, não há qualquer óbice para que a ação (processual) seja intentada em face de terceira pessoa (responsável) ou mesmo que seja redirecionada para outro sujeito no curso da tramitação. Não há, nesses casos, ilegitimidade passiva do eventual responsável que tenha relação jurídica (secundária) com o crédito, desde que observados os vínculos jurídicos e os critérios identificadores da relação jurídico-material que deram ensejo à elaboração da cártula.

Em outras palavras, a relação causal que fundamenta a responsabilidade é uma relação jurídica não necessariamente vinculada ao crédito ou ao evento fenomenológico que o ensejou, podendo advir tanto de uma relação com o contribuinte originário (responsabilidade por vinculação subjetiva) ou, ainda, com a coisa objeto da tributação (responsabilidade por vinculação objetiva).

Corroborando essa linha de raciocínio, o princípio da autonomia é uma caraterística técnica dos títulos de crédito, objetivando dar regime e vida própria à cártula (MAMEDE, 2005, p. 48).

Conquanto possa se compreender que a CDA adote subsidiariamente alguns princípios de títulos de crédito privados, a autonomia em si não é um princípio integralmente aplicável à seara tributária, visto que, em matéria tributária, não há descolamento da cártula da relação jurídico-tributária de origem. Tampouco pode a CDA circular no mercado de forma autônoma (MAMEDE, 2005, p. 49).

Por outro lado, a autonomia pode vir a ser compreendida como a característica da cártula que traduz a relação jurídica ocorrida no tempo e no espaço, desprendendo-se de eventuais alterações da relação fática, que não alterariam a legitimação passiva tributária.

É por isso que, sob o prisma da autonomia tributária da cártula, poder-se-ia falar em sujeição passiva e legitimidade do contribuinte originário do imposto predial não pago,

12. Igualmente aplicáveis à execução fiscal por força do disposto da parte final do art. 1º da Lei Federal n. 6.830/1980, *in verbis*: “Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil”.

a despeito de ter vendido o imóvel a terceiros após os fatos geradores e não mais possuir relação com o objeto tributado.

Essa breve exposição permite concluir que a interpretação literal do enunciado persuasivo estruturado na Súmula n. 392/STJ não está em conformidade com outros princípios conexos, igualmente aplicáveis, afastando a força normativa da segunda proposição anteriormente indicada: que questões processuais condicionariam as regras de direito material tributário.

Outro elemento a descortinar a inadvertida interpretação dada à Súmula 392/STJ é a existência de fatos supervenientes que possam ensejar alterações de ordem material, relacionadas ao conceito de titularidade acima abordado.

Por vezes, mudanças na constituição do sujeito (como a alteração da denominação empresarial de pessoas jurídicas titulares de bens prediais tributáveis; ou o próprio óbito) poderia levar à alteração da posição processual (seja direta, na própria substituição do sujeito, seja indireta por meio do fenômeno da representação).

Nesses casos, é comum verificar na jurisprudência a imposição de verdadeiras obrigações materiais ao Fisco processualmente condicionadas, ou seja, a contingência do prosseguimento do feito estaria diretamente relacionada à demonstração de certas situações de direito material (na maioria das vezes relacionadas ao dever de prova documental).

Exemplos disso podem ser verificados na imputação do dever de comprovação do polo passivo da execução por meio da apresentação de cópias de matrícula imobiliária ou contratos de compra e venda, para justificar o prosseguimento das execuções fiscais de imposto predial territorial urbano. Além disso, a comprovação de que o fato (evento fenomenológico) que ensejou a sucessão tributária (art. 130 e seguintes do CTN) ocorreu posteriormente à citação do contribuinte originário.

Os condicionamentos acima indicados demonstram que há, *prima facie,* preocupação regulatória (e, quiçá defensiva, transbordando a lógica da imparcialidade) do Juízo Fazendário ou de Execuções de justificar tanto a relação jurídica de direito tributário de origem (relacionada ao contribuinte que participou ativamente do fato gerador) quanto à relação jurídica secundária (de responsabilidade; relacionada ao sujeito que sucedeu o bem tributado ou detém relação causal com a pessoa do contribuinte originário, como no caso do inventariante dos bens do espólio ou dos herdeiros – art. 131, II e III, do CTN).

Nesses processos, é comum após a apresentação dos pedidos de justificação por parte do Fisco imputar-se duplo dever ao exequente que, dialeticamente, é incompatível. Busca-se determinar a regulação do polo passivo da execução, restringindo-se, no entanto, que haja prosseguimento do feito em face de outro sujeito, dado o fato de que a Súmula n. 392/STJ vedaria a modificação.

Eis o contrassenso.

A bem da verdade, essa articulação jurídica torna inexequível o crédito (direito material) por restrição eminentemente processual. E não se diga que há falha no lançamento fiscal ou na constituição da cártula (mormente quando devidamente comprovada a ausência de vícios), porque, mesmo assim, a jurisprudência tende a impedir o legítimo exercício do crédito tributário.

A emergência de notável problema avizinha-se, qual seja, a invasão do direito processual em questões atinentes ao direito material e, pior ainda, o entendimento que por si cria situações jurídicas na satisfação do crédito público, cuja finalidade é o financiamento de políticas públicas municipais (diretamente vinculadas à vida, educação, saúde, mobilidade e lazer do cidadão).

O que se defende, a partir da leitura principiológica que será realizada no capítulo seguinte, é a demonstração da impossibilidade de se sustentar esse argumento bifronte[13]. Pretende-se que a jurisprudência, debatendo o tema na arena normativa dos princípios, justifique a forma pela qual eventual aplicação mecânica da Súmula n. 392/STJ poderia afetar o crédito tributário (a despeito da ressalva de que o crédito permaneceria hígido para cobrança *a posteriori*).

4. PRINCÍPIOS JURÍDICOS APLICÁVEIS NA INTERPRETAÇÃO DA APLICAÇÃO DA SÚMULA 392/STJ AOS TRIBUTOS MUNICIPAIS

Já enfrentadas as questões acerca da problemática recente sobre a leitura generalizada do enunciado 392/STJ, cabe propor possíveis soluções que estão identificadas e dispersas em grande número de princípios processuais, tributários e constitucionais, ainda omissos na maior parte da jurisprudência, que analisa os casos utilizando isoladamente o citado enunciado como corolário para extinguir os processos de execução.

A visibilidade destes princípios, como se verá, é de fulcral importância para compreender a articulação entre direito material e processual, de modo que um não venha a se imiscuir no campo de eficácia do outro.

4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

A começar pelo princípio da legalidade tributária, tem-se que este, assim como o princípio da legalidade no direito penal, é de interpretação estrita/cerrada, de forma que as interpretações não podem extrapolar o recorte normativo exposto pela lei. Admitido isto, a aplicação da Súmula n. 392/STJ em grande parte dos casos ora extintos pela jurisprudência esbarra em uma série de dispositivos legais, notavelmente em artigos do Código Tributário Nacional (art. 121, parágrafo único, inciso I e II, art. 128 e 131, II e III, do CTN) e da Lei de Execução Fiscal.

Todos estes dispositivos costuram uma lógica normativa coesa onde cabe mais uma vez aplicar o argumento do já citado do doutrinador Paulo Barros de Carvalho (2010, p. 406), que diz ser o responsável tributário alheio à constituição do crédito, porém ainda evocado a satisfazê-lo por vínculo posterior ao fato gerador, como se depreende do texto legal.

Ilidir essa possibilidade em razão do reconhecimento da responsabilidade como óbice processual, da forma como é realizada, seria confrontar a própria finalidade material encartada pelo CTN, de modo que a aplicação do princípio da legalidade tributária se revela incisivo para solução do aparente conflito

Gize-se que este é apenas um de vários exemplos extraídos dos dispositivos legais, visto que a leitura sistemática dos códigos tributário em conjunção com o direito processual civil permite a pertinente aplicação da legalidade tributária na situação sobre a qual ora se debruça.

13. Porque a despeito de discutir questões processuais, julga de fato o crédito material como inexistente ou pretensamente extinto.

4.2 PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

A proporcionalidade e a razoabilidade também podem ser invocadas como princípios preliminares para a solução de casos quanto à aplicação da Súmula 392/STJ.

Paulo Bonavides (2004, p. 393) sintetiza de maneira incisiva a finalidade do princípio da proporcionalidade ao evocar Pierre Müller, dizendo que

há violação ao princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmo apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta.

Ao incorporar o princípio da proporcionalidade à hermenêutica da Súmula n. 392/STJ, fica evidente o descompasso desta com o contorno fático que se matiza em grande número de casos, de modo que, por si só, este instrumento interpretativo constitucional poderia oferecer alternativa procedente ao prosseguimento de muitas ações executivas.

Resta evidente o grande descompasso entre a interpretação sumular mecânica, destoada da realidade, com medida nociva ao erário como a extinção da ação executiva sem resolução de mérito.

Ainda, a alternativa para que o processo continuasse, seria a mera substituição processual sem alteração do sujeito passivo na CDA, nos casos em que evidenciada a regularidade das hipóteses de incidência e consequência ao momento do lançamento do título de crédito.

A aplicação do princípio da proporcionalidade não confronta o entendimento sumular, mas interpreta dele o significado que se acredita ser o correto, por leitura sistêmica da norma, de que não há correlação necessária entre sujeição passiva do título de crédito e sujeição passiva processual, após o ajuizamento da ação.

Esta por si só seria importante ferramenta para a solução Do aparente conflito de legitimidade processual mantendo a higidez do processo.

4.3 PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

Por fim, a instrumentalidade das formas também seria uma solução. O princípio da instrumentalidade das formas em sua gênese pressupõe a sujeição dos atos processuais à finalidade do processo, estabelecendo que, não havendo prejuízo às partes, o ato processual deve ser considerado válido quando atinge seu objetivo.

A aplicação deste princípio à problemática acerca da ilegitimidade processual se revela especialmente relevante, pois não se verifica, nos casos da substituição processual, quaisquer embaraços à defesa de terceiro que virá a compor o polo passivo da ação. Reiterando os argumentos já expostos, nos casos de responsabilidade tributária, existe um vínculo obrigacional de determinados sujeitos, reconhecido no momento da ocorrência de fatos jurídicos, como a alienação do imóvel ou o falecimento do contribuinte.

Desta forma, o vínculo jurídico, ainda que gerado posteriormente ao fato tributário, é igualmente legítimo para compor a relação processual.

De maneira bem específica, o princípio da instrumentalidade das formas pode ser aplicado em casos, nos quais a angularidade processual não se aperfeiçoou, mas que, contudo, verificou-se a ocorrência de fato superveniente a ensejar a substituição

processual. O magistrado, assim, pode se valer de tal princípio para oportunizar a ementa do ato citatório contra o responsável tributário, sem comprometer a higidez do processo.

CONCLUSÃO

O presente artigo possui como finalidade levantar questões e servir como início de perquirição teórica acerca não apenas de assunto específico como a aplicação mecânica da súmula 392/STJ, como também para servir como compêndio de argumentos materiais e processuais que venham a garantir a higidez processual das ações executivas *lato sensu*.

Por isso, não se pretende aqui a relação minuciosa de tais questões, mas antes a proposição de caminhos relevantes para que o problema seja solucionado no campo interpretativo e da leitura sistêmica das normas que as disciplinam.

Para isso, ressaltamos de início as peculiaridades conceituais de figuras jurídicas como capacidade processual, espólio e extinção processual para determinar um terreno comum para nos debruçarmos sobre a aplicação destoante da súmula 392/STJ nos tribunais locais.

Em um segundo momento, apontamos as incongruências semânticas e o distanciamento da súmula 392 do contexto fático dos precedentes que a geraram extrapolando seu campo de alcance, por leitura generalizada de suas determinações.

Em último momento, pretendemos propor soluções interpretativas para a solução dos emergentes problemas que se desenham na jurisprudência atual, através da aplicação de princípios basilares do direito tributário, processual e constitucional.

A discussão se revela muito cara num plano maior, principalmente pelo grande impacto que as extinções decorrentes do entendimento sumular geral causam ao erário dos entes federativos, especialmente dos Municípios.

Desta forma, pode-se garantir a aplicação do direito processual em harmonia com os preceitos materiais para qual é destinado e por onde se desdobra sua instrumentalização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes**. 1ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ASSIS, Araken de. **Manuel de Processo de Execução***:* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros Carvalho. **Direito Tributário: Linguagem e Método.** 2ª edição. São Paulo: Editora Noeses. 2008.

_____. **Curso de Direito Tributário.** 22ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

DIAS, Maria Berecine. **Manual das Sucessões.** 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.** V. 6. 26ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias.** 7ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões.** V. 7. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões.** V. 4. 11ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. **Revista Inf. Legisl.** Brasília, v. 14, n. 56, out./dez., 1977.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro. Títulos de Crédito.** V. 3, 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** 6ª Edição, revista atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019a.

_____. **A ética dos precedentes.** 4ª edição, revista atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. 126p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil***:* Introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil. 24 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Manual de Direito Civil.** São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito das Sucessões.** V. 7. 26ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A insolvência civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986.

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, A VEDAÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS HOMOSSEXUAIS E O JULGAMENTO DA ADI 5.543 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Gabriela Manarin[1]
Giliane Lisboa dos Santos[2]

Resumo: O presente trabalho possui como finalidade analisar a (in)constitucionalidade das normas do ordenamento jurídico pátrio que regularam a inaptidão temporária para doação de sangue por homens que mantiveram relações sexuais com homens. Utiliza-se como base para a pesquisa os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como analisa-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 5.543/DF em maio de 2020. Por conseguinte, em consonância com o posicionamento doutrinário e com a decisão da Suprema Corte, entende-se pela inconstitucionalidade das normas que, com estipulações discriminatórias, desrespeitam direitos fundamentais dos indivíduos.

Palavras-chave: Igualdade. Homossexualidade. Doação de Sangue. ADI 5.543.

INTRODUÇÃO

Passados mais de trinta anos da promulgação da Constituição que se convencionou chamar “cidadã”, acredita-se no aspecto da consolidação dos primados democráticos e de igualdade. Entretanto, ainda existem resquícios de uma sociedade repressiva e discriminatória, o que se consubstancia na existência de normas em desacordo com o ordenamento jurídico atual.

Nesse sentido, o art. 64, IV, da Portaria n. 158 de 04 de fevereiro de 2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 34, de 11 de junho de 2014 da Agência Nacional da Vigilância Sanitária preceituam como causa de inaptidão temporária para doação de sangue os homens que tiveram relações sexuais com outros homens.

Levantou-se debate sobre a disciplina ao se entender que a vedação para doação neste caso seria matéria meramente discriminatória, o que culminou no ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.543, em 2016 pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), o que reforça a necessidade de acessar a justiça para que os direitos sejam reconhecidos. Este acesso, inclusive, deve ser facilitado porquanto garantido pela própria Carta Constitucional.

Nesse toar, com o intuito de verificar a (in)constitucionalidade da matéria discutida, inicialmente analisam-se os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade na legislação pátria e no plano internacional. Após, estuda-se a existência ou não de fundamentos que justifiquem o conteúdo do art. 64, IV, da Portaria n° 2.712 de 12/11/13 e, por fim, se o conteúdo do dispositivo provoca discriminação inconstitucional a partir de análise bibliográfica.

Por último, diante da superveniente decisão definitiva pela Suprema Corte na ADI 5.543, estuda-se os principais argumentos utilizados pelos Ministros para resolução da questão, a qual justamente procurou garantir a prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

1. Acadêmica do Curso de Direito da Sociedade Educacional de Santa Catarina, Núcleo de Joinville. E-mail: manaringabriela@gmail.com.
2. Acadêmica do Curso de Direito da Sociedade Educacional de Santa Catarina, Núcleo de Joinville. E-mail: giliane.lisboa@gmail.com.

1. OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Com vistas a discutir a vedação da doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais, é imprescindível averiguar quais normas jurídicas permeiam o tema. Dessa forma, constata-se que não só a legislação pátria e os princípios constitucionais, como também os tratados e convenções internacionais dispõem sobre a proteção à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

De início, é cediço que a Constituição da República Federativa do Brasil prevê como fundamento, em seu art. 3º, III, a dignidade da pessoa humana. E, antes mesmo da previsão existente na legislação pátria, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas já previa: "[...] o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo".

Neste seguimento, pouco depois foi previsto ainda no plano internacional e com força vinculante entre os Estados-partes, o art. 11, § 1º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, promulgada pelo Decreto nº 678/92, que dispõe que "Toda pessoa humana tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade".

Analisando o assunto, Chaves Camargo (1994, pp. 27-28) explica que a pessoa humana:

> […] pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser.

E Piovesan (2018, p. 109) leciona que:

> [...] a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido

Nesta toada, elucida-se que diversos autores interpretam o princípio da dignidade da pessoa humana como a fonte dos demais direitos fundamentais. Além disso, impende citar os usos habituais da dignidade humana na jurisprudência pátria, quais sejam: a fundamentação com o intuito de criação de novos direitos, a interpretação adequada de um determinado direito, a limitação das ações estatais e o juízo de ponderação no qual, em caso de conflito de princípios, escolhe-se qual será o preponderante (RAMOS, 2014).

Sinteticamente, percebe-se que a dignidade da pessoa humana visa à proteção dos direitos inerentes às pessoas, possuindo forte influência em diversos planos, sendo inclusive considerada como fonte dos demais princípios e direitos humanos. Segundo análise realizada por Sarlet (2009), o respeito à dignidade pressupõe que os indivíduos não sejam submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, de modo que a noção de igualdade é indissociável da dignidade da pessoa humana.

Adentrando à análise do princípio da igualdade, impossível não mencionar o lema dos revolucionários durante a Revolução Francesa de 1789: “liberdade, igualdade e fraternidade” (*“liberté, egalité, fraternité”*). Em que pese naquela época não se consideravam mulheres, escravos e crianças como cidadãos, iniciou-se a caminhada à universalização de direitos, que tornou-se alicerce para sua afirmação no século XX com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (RAMOS, 2014).

Outrossim, verifica-se que o princípio da igualdade é direito de primeira geração que possui estrutura normativa diferenciada e busca evitar que o indivíduo seja exposto a ingerências causadas por tratamento discriminatório, o que gera um direito subjetivo de defesa. Ressalta-se que só é viável o tratamento discriminatório em favor de determinado grupo caso houver um motivo justo (SARLET, 2009).

Dessa forma, torna-se claro que o direito à diferença e o respeito à diversidade se originam do direito à igualdade (PIOVESAN, 2018). Piovesan (2018, p. 285) ainda leciona que:

> O direito à igualdade material, o direito à diferença e o direito ao reconhecimento de identidades integram a essência dos direitos humanos, em sua dupla vocação em prol da afirmação da dignidade humana e da prevenção do sofrimento humano. A garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à autodeterminação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas.

Acerca da positivação deste princípio, cita-se não somente o art. 5º da Constituição Federal, como colacionam-se os arts. VII e X da Declaração Universal dos Direitos Humanos, *in verbis*:

> Art. VII - Todos são iguais perante a lei e tem direito sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. [...]
> Art. X - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Ademais, a Convenção n.º 111 de 1958 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil por intermédio do Decreto n. 62.150 de 1968 conceitua discriminação em seu artigo 1º:

> 1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:
> a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
> b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Sobre o tema, tornam-se pontuais os ensinamentos de Dias (2009), ao afirmar que:

> Mas de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana, à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são

> iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos-alvo da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito.

Intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e à vedação da discriminação, é possível mencionar o direito à sexualidade como direito fundamental que decorre da própria natureza do ser humano, sendo natural, inalienável, imprescritível e indispensável à realização dos indivíduos. Ademais, percebe-se que, por conta de preconceitos de ordem moral, o Estado se omitiu sobre a proteção à sexualidade e às uniões homoafetivas (DIAS, 2009).

Assim, é claramente evidenciado que não apenas a legislação pátria como os tratados internacionais protegem a igualdade e a dignidade da pessoa humana, o que é fortemente defendido doutrinariamente. Inclusive, com o passar dos anos diversas questões relativas aos direitos da comunidade LGBTI+ têm batido às portas do Poder Judiciário, como a ADI 4.277 e a ADPF 132, ocasião na qual o Supremo Tribunal Federal discutiu a inexistência de hierarquia entre famílias formadas por pessoas do mesmo sexo.

E, em questão amplamente discutida, foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO 26 e do Mandado de Injunção 4733 sobre a existência de omissão inconstitucional por parte do Congresso Nacional ao não editar lei criminalizando os atos de homofobia e transfobia, o que violaria o princípio da igualdade. E, por último, é possível mencionar a ADI 5.543, julgada em maio de 2020, a qual será objeto de análise mais aprofundada do presente trabalho.

Em plano internacional, cabe ainda citar a publicação da ONU “Nascidos Livres e Iguais”, a qual traz cinco obrigações legais aos Estados: a) proteger indivíduos de violência homofóbica e transfóbica; b) prevenir tortura e tratamento cruel, desumano e degradante de pessoas LGBT; c) descriminalizar a homossexualidade; d) proibir discriminação baseada em orientação sexual ou identidade de gênero; e) respeitar as liberdades de expressão, de associação e de reunião pacífica. (ONU, 2012).

Contudo, mesmo que demonstrado o tratamento da legislação no tocante à igualdade e à vedação da discriminação, é evidente que tais diplomas não possuem o condão de, por si só, desconstruir a homofobia e a discriminação. Assim, estuda-se como determinadas normas pátrias chancelam a discriminação de pessoas em razão de sua orientação sexual ao proibir a doação de sangue por homens que possuem relações sexuais com outros homens.

2. A VEDAÇÃO DA DOAÇÃO DE SANGUE E O JULGAMENTO DA ADI N. 5.543/DF PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para análise proposta, faz-se imperioso examinar o aspecto literal da norma em comento. O art. 64, IV, da portaria n° 158 de 4 de fevereiro de 2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 34, de 11 de junho de 2014 da Agência Nacional da Vigilância Sanitária dispõe, *in verbis*:

> Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:
> [...] IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;
>
> Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando

> tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos:
> [...] XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se:
> [...] d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;

De início, em análise específica sobre o tema, explica-se que o sangue carrega nutrientes, gases e produtos do metabolismo, sendo a transfusão necessária para aumentar a capacidade de transporte de oxigênio, restaurar o volume sanguíneo ou corrigir distúrbios de coagulação. Quanto à doação de sangue, cita cinco etapas do processo: o cadastro do doador, a triagem, o voto de autoexclusão, a doação e o lanche pós doação. É aclarado também que atualmente as técnicas são mais seguras, posto que para realização da transfusão há diversas precauções, que incluem o teste para apurar se o doador possui doenças transmissíveis, incluindo o vírus HIV, o qual causa a AIDS (BRAÚNA JUNIOR, 2012).

Nesse seguimento, diversos estudiosos se debruçaram sobre o tema com o intuito de verificar se as restrições impostas estariam seguindo o mesmo sentido da evolução tecnológica. Isso porque o Ministério da Saúde e a ANVISA apoiam a restrição sob o argumento de proteção do sangue doado com base em estatísticas que indicam que homens que possuem relações sexuais com outros homens possuem maior probabilidade de contrair o vírus HIV (MÉDICE; FELÍCIO, 2019, p. 39).

Em análise aos dispositivos citados, Alves e Pancotti (2017, p. 19-20) afirmam que:

> Estas normativas assumem que todo homossexual masculino tem práticas sexuais de risco, o que, por si só, é terrivelmente discriminatório. Isto porque os indivíduos heterossexuais podem ter o mesmo comportamento sexual de risco, semelhante aos dos homossexuais, bem como os homossexuais podem possuir relacionamentos estáveis e monogâmicos sem oferecer qualquer perigo à segurança dos bancos de hemoterapia. [...] Caso exista o cuidado em diferenciar heterossexuais por suas práticas, por qual motivo a mesma regra não se aplica aos homossexuais masculinos?

No mesmo sentido entendem Martins e Meireles (2019), os quais examinam que os órgãos públicos procuram justificar a proibição utilizando como base a proteção e a manutenção da qualidade, contudo, isto apenas leva a perceber como se utiliza o pré-conceito de promiscuidade da comunidade LGBT+. Outrossim, adicionam que é errado confundir um comportamento de risco (relação sexual desprotegida) com um suposto grupo de risco (homens que possuem relações sexuais com outros homens).

Em análise ao desenvolvimento histórico da matéria, constata-se que, em razão dos inúmeros casos de HIV na comunidade gay nos anos 80, surgiu preconceito que culminou na tendência internacional de evitar a contaminação dos bancos de sangue. Além disso, destaca-se que à época havia pouco conhecimento sobre a doença e que, atualmente, com o avanço das pesquisas, é possível perceber que a contaminação possui maior ligação com más práticas sexuais do que diretamente com os homossexuais (ALVES; PANCOTTI, 2017, p. 17).

Conforme salientam Martins e Meirelles (2019, p. 18), posto que inexistente qualquer justificativa plausível:

> É minimamente contraditório o incentivo estatal a doação voluntária, se, mesmo com um número extremamente reduzido de doadores, continua sendo desperdiçado milhões de litros de sangue em caráter anual, onde inexistem os testes imuno-hematológicos n, pautado na sexualidade do doador. Sendo assim, os dispositivos só reiteram o ideal que se arrasta pelo tempo onde a bissexualidade e/ou homossexualidade seriam propulsores de promiscuidade e risco a saúde coletiva.

Dessarte, resta clarividente que não há embate entre a igualdade e o direito à saúde estampado nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal, considerando que, conforme já analisado, não existe justificativa plausível que comprove a existência de prejuízos à saúde pela doação de sangue por homens que possuem relações sexuais com outros homens.

É imperioso ainda avaliar a ineficácia da proibição, dado que pesquisas possibilitam a implementação de medidas para utilização do sangue. E, de outro lado, é possível que o doador não identifique sua orientação sexual, tendo a possibilidade de doar de qualquer maneira (MARTINS; MEIRELLES, 2019).

Nessa toada, Médice e Felício (2019) concluem que há violação aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, bem como dos objetivos constitucionais de construir uma sociedade justa e solidária, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceito de sexo e outras formas de discriminação.

No caso concreto, portanto, verificou-se a necessidade de atuação positiva do Estado para garantir os direitos dos sujeitos, o que, segundo Cappelletti e Garth (1988), transforma o acesso à justiça em direito humano fundamental para criação de sistema jurídico moderno e igualitário.

Diante das discussões acerca da inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria 158 do Ministério da Saúde e do art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 34 da Agência Nacional da Vigilância Sanitária, o Partido Socialista Brasileiro ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.543/DF.

Na exordial, em síntese, foi fundamentado que as restrições derivam de preconceitos surgidos na década de 1980, sendo já comprovado cientificamente que o vírus é transmissível independentemente da orientação sexual dos indivíduos. E a própria portaria prevê a exclusão da doação de sangue por pessoas promíscuas, sejam heterossexuais ou homossexuais, de modo que o fundamento não teria justificativa (BRASIL, 2020).

Ademais, defendeu-se que o próprio Poder Público já possui capacidade para garantir a qualidade e a segurança dos componentes sanguíneos doados. Portanto, com fundamento no princípio da igualdade e estimando-se que 19 milhões de litros de sangue não podem ser doados anualmente, foi requerida a procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade dos atos normativos impugnados (BRASIL, 2020).

Ainda que se trata-se de matéria de urgência, o processo se arrastou por quase 4 anos após o protocolo da inicial, até que em 11 de maio de 2020 o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu definitivamente a matéria, julgando a ação procedente. Com o intuito de examinar a consonância da decisão com os princípios constitucionais e com o entendimento da doutrina pátria, passa-se ao estudo da argumentação trazida pelos Excelentíssimos Ministros.

Ao início, o Ministro Relator Edson Fachin leciona do ponto de vista filosófico sobre a responsabilidade com o Outro que demanda o tratamento com dignidade e igualdade.

Após, sustenta que o estabelecimento de grupos e não condutas de risco consiste em violação a direitos subjetivos dos indivíduos, bem como viola o fundamento próprio da comunidade, qual seja, a dignidade da pessoa humana, que se trata de norma central que à aplicação dos direitos fundamentais. Na mesma análise, argumenta-se a violação à autonomia privada dos indivíduos, posto que sua liberdade sexual é limitada (BRASIL, 2020).

Além de violar a dignidade humana, o Ministro reconhece a violação ao direito fundamental da igualdade com o estabelecimento de normas de forma injustificadamente desigual, concluindo que a "orientação sexual não contamina ninguém, condutas riscosas sim" (BRASIL, 2020, p. 38).

Como última linha de argumentação, é exposto que o ato normativo, mesmo que de forma desintencional, viola a Teoria do Impacto Desproporcional, provocando discriminação indireta. Ao final, o Ministro também aclara sobre o caráter materialmente constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e sobre a obrigação do Poder Judiciário de vivificar os direitos humanos quando da interpretação das demais cláusulas constitucionais (BRASIL, 2020).

A partir da brilhante explanação elaborada pelo Ministro Relator, o acompanharam em seus votos os Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux. Já o Ministro Alexandre de Moraes divergiu no sentido de julgar parcialmente procedente a ação para excluir a expressão: “e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco”, para que o material coletado seja identificado e somente submetido aos testes sorológicos após a “janela sorológica” definida como necessária pelos órgãos competentes (BRASIL, 2020).

No tocante ao voto do Ministro Gilmar Mendes, também no sentido da procedência da ação, é imprescindível citar importantíssima análise elaborada do direito comparado. Em síntese, citam-se três posicionamentos de diversos países: 1) África do Sul, Argentina, Colômbia, Chile, Espanha, Itália, México e Portugal realizam exclusão do sistema com base na ideia de comportamentos de risco, e não de grupo de risco; 2) China, Índia, Filipinas, Suíça, Turquia e Venezuela, com normas que datam há mais de três décadas, aplicam a vedação total à doação de sangue por homens que tiveram relações sexuais com outros homens; e 3) Austrália, Canadá, Reino Unido e Japão adotam a exclusão temporária baseada na orientação sexual (BRASIL, 2020).

Ao final, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes, julgou-se procedente o pleito constante da exordial para declarar a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, "d", da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, nos termos do voto do Relator.

Em análise atenta sobre o tema, portanto, é possível visualizar que a decisão do Supremo Tribunal Federal seguiu a linha do entendimento já defendido por anos pela doutrina pátria, o qual procura privilegiar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, garantindo aos indivíduos o direito de exercer a conduta solidária de doar sangue.

Por último, impossível analisar o julgamento final da matéria sem ressaltar o contexto vivenciado. Principalmente em razão do isolamento social causado pela pandemia da Covid-19, foi registrada em diversos hospitais a redução das doações, o que

gera prejuízos à comunidade em geral. Portanto, não só a decisão prezou pela vedação da discriminação, como procurou garantir a saúde de toda a sociedade.

Salienta-se que, em questões como a presente, cabe ao profissional do Direito a análise dos princípios e fundamentos constitucionais com a finalidade de pôr em prática as normas abstratamente previstas. Afinal, conforme estudado por Lassalle (2005), se o conjunto de normas constitucionais não se materializa, não passa de uma folha de papel.

CONCLUSÃO

No Brasil, os homens que mantinham relação sexual com outros homens eram impedidos de doar sangue (art. 64, IV, da Portaria 158 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada 34 da Agência Nacional da Vigilância Sanitária). Desde o início, entendeu-se que tal regramento vai de encontro aos preceitos da Constituição Federal e das normas internacionais de Direitos Humanos, notadamente porque ofende os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana ao se utilizar de instrumentos legais para validar preconceitos velados pela sociedade, consoante abordado na construção analítica.

Nesse contexto, o Partido Socialista Brasileiro ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.543/DF, a fim de que fosse declarada a inconstitucionalidade do regramento alhures.

Conforme já visto, ao passo em que se procurava garantir o direito à saúde, foram impostas restrições fundadas em preceitos arcaicos, já que à época a ciência não era detentora do conhecimento da atualidade. E registra-se que essa discriminação, por si só, provoca diminuição na doação de sangue, o que poderia acarretar prejuízos à saúde da população como um todo, especialmente no cenário contemporâneo ao proferimento da decisão.

Acentua-se que o acesso à justiça, garantia constitucional, apresentou papel singular para a resolução deste impasse, uma vez que o Poder Judiciário foi provocado a respeito da matéria e atuou positivamente com a finalidade de estabelecer o direito à igualdade e à saúde para todos.

Assim, a partir da análise realizada e da majestosa resolução da demanda pelo Supremo Tribunal Federal, resta evidenciado que a normatização possui caráter discriminatório, pois generaliza uma suposta promiscuidade entre homens que possuem relações sexuais com outros homens, sem levar em consideração as condutas de risco.

Por conseguinte, entende-se que a decisão aqui estudada deve servir de parâmetro caso questões minimamente similares ocorram no futuro. Isso porque a comunidade LGBTI+, em pleno Estado Democrático de Direito, segue sendo vítima de comportamentos discriminatórios, o que demanda proteção específica e consciente dos operadores do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fernando de Brito; PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. **A INCONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS DISCRIMINATÓRIAS PARA DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS MASCULINOS.** Revista de Políticas Públicas e Segurança Social, v. 1, n. 2, p. 15-31, 2017. Disponível em: https://www.nepppss.com/revista/index.php/revistappss/article/view/2017010201/69. Acesso em: 16 abr. 2020.

Agência Nacional da Vigilância Sanitária. **Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 34**, de 11 de junho de 2014. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20170553/04145350-rdc-anvisa-34-2014.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Distrito Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543**, Relator: Edson Fachin, Partido Socialista Brasileiro x Ministro de Estado da Saúde, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2020, publicado em 26/08/2020. Disponível para consulta no endereço eletrônico http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4996495. Acesso em: 12 set. 2020.

BRAÚNA JÚNIOR, José. **Vida e Liberdade: a recusa de pacientes Testemunhas de Jeová a tratamento com transfusão sanguínea, à luz dos direitos fundamentais.** 2012. 52 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Constitucional, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1034/Monografia_Jose%20Brauna%20Junior.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 abr. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. **Culpabilidade e Reprovação Penal.** São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em 15 abr. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Família Homoafetiva.** Revista Bagoas, Natal, n. 3, p. 39-63, 2009. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v02n03art02_dias.pdf>. Acesso em: 12 set. 2020.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?.** Russell Editores, 2005.

MARTINS, Caio Lage; MEIRELLES, Ana Thereza. **A (IM) POSSIBILIDADE DE DOAÇÃO DE SANGUE POR LGBT+ À LUZ DE ATOS REGULATÓRIOS ADMINISTRATIVOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.** 22 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Curso de Direito, Universidade Católica de Salvador, 2019.

MÉDICE, Matheus Fernandes; FELÍCIO, Clarissa Machado. A VEDAÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS HOMOSSEXUAIS E BISSEXUAIS: uma análise sobre sua possível inconstitucionalidade. **Revista Científica Fagoc - Jurídica**, v. 4, n. 1, p. 30-41, 2019. Disponível em: https://revista.unifagoc.edu.br/index.php/juridico/article/view/500/388. Acesso em: 16 abr. 2020.

Ministério da Saúde. **Portaria nº 158**, de 4 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html>. Acesso em: 16 abr. 2020.

OIT. **Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho.** 1958. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm>. Acesso em 15 abr. 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 15 abr. 2020.

ONU, Organização das Nações Unidas. **NASCIDOS LIVRES E IGUAIS: orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos.** New York: 2012. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pdf. Acesso em: 16 abr. 2020.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 15 abr. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

OS IMPACTOS DA CONCEITUAÇÃO DOS VALORES HUMANOS COMO REGRAS OU PRINCÍPIOS À LUZ DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY

Gabriella de Souza Madeira Alves[1]
Albano Francisco Schmidt[2]

Resumo: O reconhecimento dos direitos humanos é uma das principais características das constituições democráticas contemporâneas e dos tratados internacionais. Neste sentido, o presente artigo discorre a respeito da evolução histórica da fundamentação dos direitos humanos, desde o início da era moderna até a Declaração Universal dos Direitos do Homem, com base no pensamento do jurista italiano Norberto Bobbio. Aborda as gerações dos direitos humanos a fim de mostrar que eles não são naturais, e que surgem de determinados anseios sociais, que acabam exigindo novas proteções. Além disso, é analisado o caráter relativo dos direitos humanos, com o objetivo de afastar a ideia de que há um único fundamento absoluto e irresistível para todos os direitos. Por fim, este trabalho busca diferenciar as regras dos princípios à luz da teoria dos princípios dos autores Ronald Dworkin e Robert Alexy, com intuito de mostrar os impactos dessa conceituação no que concerne a efetiva garantia dos valores humanos. Conclui-se que alguns desses valores são exigências que deverão ser garantidas dentro dos preceitos da razoabilidade, observadas as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direito constitucional. Princípios. Regras.

INTRODUÇÃO

Ao analisar os diferentes tipos de Estados que já existiram na história humana, é possível perceber mudanças significativas com relação à proteção dos direitos humanos. No Estado despótico, os indivíduos eram apenas detentores de deveres, não dispondo de nenhum direito em face do soberano. No Estado absoluto, percebe-se a existência de direitos privados, ainda que regendo apenas relações particulares. Diferentemente, no Estado de Direito, caracterizado por Bobbio como o “Estado dos cidadãos”, para além de direitos privados, os indivíduos passam a ser detentores de direitos públicos em face do Estado, o que amplia ainda mais o rol de direitos dos cidadãos (BOBBIO, 2004).

Observa-se, portanto, que no Estado de Direito, mais especificamente no Estado Democrático de Direito, surge a preocupação com a superação das desigualdades, a fim de que seja instaurado um regime que promova a justiça social (SILVA, 1988). Por este motivo, a principal característica das constituições democráticas contemporâneas dos Estados é o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais, que se dá através da monopolização da força e dos mecanismos internos de proteção desses direitos.

Da mesma forma, a comunidade internacional passou a se preocupar com a proteção desses valores, visando a criação de mecanismos internacionais que amparassem e protegessem os cidadãos contra o seu próprio Estado, visto que ele também pode ser o agente violador de direitos.

Destaca-se que a abordagem dos tópicos subsequentes (2-5) está pautada na obra de título “A era dos direitos”, (2004), do filósofo e jurista italiano Norberto Bobbio.

1. Acadêmica do Curso de Direito da Sociedade Educacional de Santa Catarina – UNISOCIESC. E-mail para contato: gabriellasouzam@outlook.com.
2. Professor Mestre do curso de Direito da UNISOCIESC. Doutorando no programa de Pós-Graduação em Patrimônio Cultural e Sociedade da UNIVILLE. Advogado. E-mail para contato: albano@arsadvogados.adv.br.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos começaram a ser afirmados no início da era moderna, a qual se estabeleceu na Europa a partir do século XVII com o fim do sistema feudal, posteriormente expandindo seus efeitos para todo o mundo no século XX (GIDDENS, 2002).

De acordo com Giddens (2002), a modernidade está associada ao surgimento do mundo industrializado e ao avanço da tecnologia, como os maquinários nos processos de produção e ao desenvolvimento da capacidade destrutiva dos armamentos. Além disso, ela é marcada pelo capitalismo, que trouxe consigo a exploração da força de trabalho e a concorrência no mercado. Entretanto, a principal característica da modernidade e que a separa dos períodos anteriores é o seu dinamismo, a interferência nos costumes tradicionais e seus impactos no mundo todo (GIDDENS, 2002). Portanto, o período moderno é caracterizado pelo avanço do conhecimento e do aperfeiçoamento moral e social, que estimulou os indivíduos a questionarem o contexto cultural presente, visando o futuro de uma sociedade cada vez mais evoluída (MARTELETO, 1994).

Juntamente com a modernidade surgiu a visão individualista da sociedade, a qual modificou a relação política vigente na época, priorizando os direitos dos cidadãos e não mais os deveres dos súditos, e invertendo a figura do soberano para a do Estado. Essa visão individualista parte do pressuposto de que o indivíduo precede ao Estado, se contrapondo ao modelo orgânico tradicional, segundo o qual o Estado precede ao indivíduo. Assim, a afirmação dos direitos humanos foi acompanhada pela dissolução do Estado absolutista e pela implementação de regimes representativos, que esclareceu o fato de que os indivíduos têm o direito de gozar de suas liberdades fundamentais enquanto seres humanos, e que não devem depender do arbítrio do soberano.

Essa ideia progrediu vagarosamente, partindo do reconhecimento dos direitos do cidadão no interior de cada Estado, até chegar ao reconhecimento de tais direitos de forma mundial, o que culminou na materialização da Declaração Universal dos Direitos do Homem, permitindo que os indivíduos alcançassem um espaço antes reservado aos Estados soberanos. Diante disto, nota-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual teve aprovação de 48 Estados, é a prova de que um sistema de valores pode ser humanamente fundado e de que há um consenso acerca da validade dos direitos ali previstos.

Bobbio afirma que é possível identificar três fases que marcam a forma como os direitos foram sendo inseridos no interior de documentos internacionais. Antes de serem proclamados, tais valores surgiram como teorias filosóficas, as quais somente em momento posterior foram acolhidas por um legislador tornando-se, efetivamente, um direito. Dentre essas teorias vale citar a do jusnaturalista moderno John Locke, que defendeu o direito dos indivíduos contra o Estado, partindo do pressuposto de que o Estado tem o dever de proteger os direitos naturais dos cidadãos, bem como a teoria do filósofo Jean-Jacques Rousseau, o qual trouxe a ideia do contrato social, afirmando que os indivíduos, enquanto seres livre e iguais, teriam elegido o Estado para zelar pelo seu bem-estar.

É importante abordar o conceito das teorias jusnaturalistas e liberais dada sua predominância na fundamentação do surgimento dos direitos do homem. Nesse sentido, o jusnaturalismo é uma corrente filosófica que defende a existência do direito natural, o qual pressupõe a existência de um elemento axiológico que justificaria toda a ordem jurídica em vigor (XIMENES, 2001).

O liberalismo, por sua vez, surgiu no século XX e pode ser divido em duas vertentes diferentes: uma de cunho econômico e outra relacionada a uma ideia mais humanitária, pautada nos valores éticos, sociais e visando a justiça e a igualdade. Assim, é indispensável ao governo identificar qual a extensão do nível de interferência na vida privada, para que haja um equilíbrio entre o controle social e a liberdade individual, pois só assim haverá êxito na condução da sociedade (OLIVEIRA, 2013).

Para Locke, o Estado não tem o direito de intervir nos direitos naturais dos cidadãos, os quais só enriquecem quando não há interferência estatal que os impeça ou prejudique de adquirir aquilo que consideram útil para viver bem. Nesse sentido, Mill expande essa ideia para o conceito de bem-estar geral da população, associando liberdade a prosperidade, com intuito de atingir o ápice da felicidade (SILVA, 2016).

Mill mantém em sua teoria os preceitos básicos de Locke, principalmente no que se refere à independência absoluta dos indivíduos, mas contrapõe sua teoria no sentido de que isso deva ser aplicado somente para alguns seres humanos, excluindo as crianças e os jovens que não tenham alcançado a maturidade de suas faculdades, ou melhor dizendo, a maioridade. Portanto, Mill defende e legitima certas intervenções estatais que visem auxiliar alguns indivíduos considerados vulneráveis (OLIVEIRA, 2013).

Dito isto, apesar de na fase inicial os direitos serem universais no que diz respeito ao seu conteúdo, a sua eficácia era limitada, pois não passavam de expressões filosóficas que dependiam de um futuro legislador. Tais teorias foram acolhidas pela primeira vez por um legislador nas Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa. Adicionalmente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, também há resquícios das ideias de Locke, Mill e Rousseau, pois a despeito de não ser pautada no jusnaturalismo, ela inicia seu texto afirmando que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, o que se assemelha em muito às teorias jusnaturalistas e liberalistas.

Dado o exposto, é possível verificar que a primeira fase não é somente uma exigência de direitos, mas sim o início de um processo de positivação dos valores humanos, ao passo que a segunda fase se caracteriza pela passagem da teoria para a prática. Nela os direitos do homem começam a ser protegidos, mas somente no âmbito interno do Estado que efetivamente reconhece tais direitos, o que faz com que eles ganhem em concreticidade, mas percam sua universalidade. Vale ressaltar ainda que entre a segunda e a terceira fase houve o advento da segunda guerra mundial, que foi o estopim para que os direitos se tornassem universais, pois sentiu-se a necessidade de criação de mecanismos internacionais que protegessem os cidadãos contra o seu próprio Estado, visto que ele também pode ser o agente violador de direitos.

Evidencia-se, assim, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem surgiu em razão das atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, a qual foi marcada por um regime totalitarista que segundo a visão arendtiana caracterizou uma forma inédita de organização da sociedade, a qual concebia os indivíduos como seres supérfluos e descartáveis, contrariando e violando de forma sistemática todos os valores que haviam sido consagrados na modernidade (LAFER, 1988).

A visão de que os seres humanos são descartáveis contesta a dignidade da pessoa humana, que é a base que sustenta todos os demais direitos existentes na sociedade, sejam eles políticos, econômicos, sociais ou transindividuais. As experiências totalitárias que Hannah Arendt viveu a fizeram concluir que a cidadania é o que permite aos indivíduos gozarem plenamente de seus direitos e conviverem coletivamente, pois é um direito do cidadão ser tratado pelos outros como semelhante (LAFER, 1988).

Em razão dessas atrocidades e da maciça violação dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos inicia seu texto afirmando que:

> Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem; Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão.

Dessa forma, a Declaração Universal dos Direitos do Homem representou a conquista da proteção dos direitos humanos na ordem externa, permitindo que os indivíduos se tornassem sujeitos do Direito internacional e que adquirissem a cidadania mundial, o que os permite exigir que o seu próprio Estado respeite seus direitos fundamentais.

Com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, iniciou-se a terceira fase da formação dos direitos humanos. Vale ressaltar a nomenclatura que foi dada a essa carta de direitos, constituindo uma expressão sexista que torna a mulher invisível ou até mesmo excluída desse rol de direitos. Em um manual acerca do uso não sexista da linguagem, Franco e Cervera afirmam que as palavras não devem ser usadas para nomear algo diferente do seu significado, os homens e as mulheres estão inclusos no conjunto da humanidade, no entanto, a mulher não pode ser representada pelo termo “homem”. A discriminação de gênero também pode ser feita por meio do uso da linguagem, e a declaração universal dos direitos do homem traz em seu bojo um viés sexista, na medida em que se dirige aos homens e não aos cidadãos em geral (FRANCO; CERVERA, 2006).

Dito isto, a terceira fase da formação dos direitos humanos apresenta direitos positivos e ao mesmo tempo universais, visto que seu conteúdo se destina aos cidadãos de todo o mundo, além de exigir que os direitos humanos sejam efetivamente protegidos, mesmo contra a vontade do Estado.

2. GERAÇÕES DE DIREITOS

No que tange as gerações de direito humanos, Bobbio aborda três gerações, mas aponta para a possibilidade da existência de uma quarta, a qual não é abordada no presente artigo. O autor afirma que os direitos de liberdade negativa correspondem aos direitos de primeira geração, que exigem um não-agir do Estado, implicando na abstenção de alguns comportamentos. Esses direitos se estendem a todos os seres abstratamente, vigorando o princípio da igualdade, o que significa que não haverá distinção de pessoas para o gozo de suas liberdades, já que todos são iguais perante o Direito. Nessa geração é possível visualizar a predominância da teoria liberal, a qual é marcada pela limitação do poder do Estado através da lei e pela defesa das liberdades individuais.

Um exemplo dessa geração na Constituição Federal da República está no artigo 5º, nos incisos VIII e X, conforme abaixo:

> VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
> (...)

> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Já para os direitos sociais, que correspondem aos direitos de segunda geração, há a exigência de uma ação estatal positiva, motivo pelo qual são mais difíceis de serem protegidos visto que dependem de uma efetiva atuação do Estado em criar políticas públicas que protejam esses direitos. Diferentemente da primeira geração, as diferenças entre os indivíduos são relevantes, e justificam o tratamento diferenciado por parte do Estado. Assim, na atribuição dos direitos sociais é necessário igualar os desiguais na medida das suas desigualdades para que os indivíduos em situação de vulnerabilidade não fiquem às margens do Direito. Nesse sentido, o artigo 6º da Constituição explicita quais são os direitos sociais:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A terceira geração de direitos, por sua vez, é marcada pelas teorias universalistas, e está ligada a ideia de solidariedade e fraternidade, pois aborda os direitos transindividuais e, mais especificamente, as reivindicações dos movimentos ecológicos, como o direito dos indivíduos de viverem em um ambiente que não seja poluído. A Constituição Federal da República exemplifica tais direitos em seu artigo 5º:

> LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Em suma, Bobbio busca demonstrar que embora haja essa divisão didática das gerações de direitos, eles nascem a partir de determinadas necessidades sociais, que acabam exigindo novas proteções. Entende-se assim que os direitos do homem não são naturais, mas históricos, visto que nascem paulatinamente a depender das circunstâncias e do contexto histórico da sociedade em que os indivíduos estão inseridos, não sendo possível a existência de um rol taxativo dos direitos do homem, uma vez que há uma constante atualização dos valores humanos, que exclui determinados direitos e proclama outros.

3. FUNDAMENTO ABSOLUTO VS. FUNDAMENTO RELATIVO DOS DIREITOS HUMANOS

Bobbio prossegue e discorre sobre o fundamento dos direitos humanos, alegando ser impossível a busca por um fundamento absoluto, dado que a tese segundo a qual a natureza do homem é o fundamento absoluto dos direitos mostra-se muito fraca. Primeiramente, porque a expressão “direitos do homem” é muito ampla, o que permite que o indivíduo a interprete de forma valorativa o significado da expressão. Em segundo lugar, porque há uma variação constante nos direitos humanos, visto que direitos que já foram declarados absolutos atualmente podem ser ponderados, assim como direitos que jamais foram previstos anteriormente, a qualquer momento podem ser proclamados.

Outrossim, o filósofo afirma que os direitos são heterogêneos, haja vista a possibilidade de ponderação no caso concreto, o que assegura o direito de uma das partes, mas suprime o da outra. Dessa forma, o autor aponta para o fato de que os direitos não podem ter o mesmo fundamento, visto que ora são protegidos, ora são ponderados e restringidos, não sendo possível um único fundamento inquestionável e irresistível se adequar a ambas as situações.

Bobbio não pretende buscar o fundamento absoluto dos direitos do homem, e sim identificar vários fundamentos possíveis de serem aplicados as particularidades de cada caso concreto. Para tanto, o filósofo aponta para a necessidade de avaliação dos meios fáticos e jurídicos, com intuito de identificar se é possível ou não a proteção e realização de tais direitos.

Diante disso, ele afirma que a delimitação da aplicabilidade dos direitos do homem é relativa, e está condicionada a análise prévia do caso concreto, pois é possível que mais de um direito seja aplicável ao mesmo caso e ao garantir o direito de uma das partes, consequentemente o da outra parte é suprimido, o que permite concluir que os direitos não são absolutos, mas, sim variáveis.

Assim, o autor conclui que a Declaração Universal dos Direitos do Homem solucionou o problema do fundamento dos direitos, mas o conteúdo dessa carta ainda deve ser constantemente aperfeiçoado, de forma a acompanhar a evolução da sociedade. Ainda, a realização dos direitos do homem não está condicionada a sua proclamação ou a vontade daqueles que o desejam proteger, e sim ao desenvolvimento da humanidade. Por este motivo, há uma grande dificuldade no que se refere a realização desses direitos uma vez que a história humana não é linear e é marcada por avanços e retrocessos.

Portanto, o problema atual da comunidade internacional não está em fundamentar os direitos, ou refletir acerca da sua natureza, mas, está em impedir que eles sejam apenas meras declarações formais e não saiam do campo do “dever ser”, permitindo que esses direitos sejam violados. A declaração de direitos representa somente o início de um longo processo, pois ainda há muito que se pensar na implementação de meios eficientes que garantam esses valores na ordem internacional, haja vista a ausência do monopólio da força.

4. A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS À LUZ DA TEORIA DE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY

Como mencionado anteriormente o problema atual da comunidade internacional não está na criação de direitos ou na sua fundamentação, e sim em garanti-los efetivamente. Isso ocorre porque as relações internacionais têm um caráter anárquico, em que não há uma hierarquia entre os Estados e consequentemente não há uma autoridade central detentora do monopólio da força. Considerando esse cenário, é muito comum que os direitos sejam proclamados, mas não sejam efetivamente protegidos (LUIGI, 2014).

Nesse sentido, Bobbio sustenta que a dissolução de regimes autoritários e a implementação de regimes representativos influenciou na afirmação dos direitos do homem no interior dos Estados. Neste sentido, o jurista italiano faz uma analogia no sentido de que a luta pelos direitos humanos na ordem internacional também pressupõe alterações no que diz respeito ao poder externo dos Estados e mudanças no regime representativo dos órgãos internacionais.

Outro fator que influencia a realização dos direitos do homem é o estudo das condições e das situações em que cada direito pode ser realizado. Para tanto, esse artigo

se pauta na teoria dos princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy a fim de mostrar que alguns valores são exigências que deverão ser garantidas na máxima medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto (ALEXY, 2014).

Dworkin (2010), jurista norte-americano, dedicou-se à elaboração da teoria dos princípios, com o intuito de superar a corrente filosófica do positivismo jurídico, a qual reduzia o direito apenas àquilo que estava positivado, afirmando que ele era formado exclusivamente por regras. Diante disso, afirma que o Direito é composto por um conjunto de normas jurídicas que se dividem em regras e princípios, demonstrando que os princípios são complementares às regras na solução dos casos concretos. No que tange as regras o autor afirma que elas:

> São aplicáveis de um modo "tudo ou nada" (*all-or-nothing fashion*). Quando as características do antecedente da norma ocorrem, haveria apenas duas possibilidades. Ou a regra seria válida, e a consequência jurídica deveria ser aceita, ou ela não seria válida, e então ela em nenhuma medida resolveria o conflito. O fato de uma regra poder ter exceções (*exceptions*) não afetaria seu caráter tudo ou nada. Uma formulação completa da regra deveria conter todas as exceções. As exceções seriam, por conseguinte, parte integrante da regra. Ocorrendo a exceção, seguir-se-ia forçosamente que a regra, à qual a exceção pertence, não seria aplicável. Mesmo podendo as exceções ser bem numerosas, seria possível, pelo menos teoricamente, mencioná-las integralmente.

Isso significa que sendo válida, ou a regra se aplica ou não se aplica, não sendo possível ponderar e restringir o âmbito de sua aplicação. Em contrapartida Dworkin apresenta uma forma distinta de se conceber os princípios afirmando que:

> Os princípios têm uma dimensão que as regras não têm, uma dimensão de peso (*dimension of weight*), que se mostraria em seu comportamento no caso de colisão. Quando dois princípios colidem, o princípio que possui o maior peso relativo decidiria, sem que, com isso, o princípio com o menor peso relativo se tornasse inválido. Nas circunstâncias de outro caso poderiam os pesos ser atribuídos inversamente. Diferentemente ocorreria com um conflito entre regras, em que, por exemplo, quando uma regra comanda algo que outra regra proíbe sem que uma das regras estatua uma exceção à outra, sempre pelo menos uma delas seria inválida. Seria indiferente como se decide o que vale. Isso poderia ocorrer segundo uma regra como *"lex posterior derogat legi priori"* ou de acordo com a regra que é apoiada pelo princípio mais importante. O que seria decisivo é que tal decisão seria uma decisão sobre a validade, o que significa que a regra inválida, diferentemente de um princípio preterido, seria retirada do ordenamento jurídico.

Assim sendo, os princípios não têm a mesma lógica das regras porque eles não enunciam uma conduta específica, nem instituem consequências jurídicas em caso de descumprimento. É a dimensão de peso e importância que vai determinar qual princípio deverá prevalecer no caso concreto (DWORKIN, 2010).

Da mesma forma, Alexy (2014), filósofo alemão, dedicou-se à formulação de uma teoria dos princípios, afirmando que tanto as regras quanto os princípios são espécies de normas jurídicas que trazem consigo comandos. Para tanto, o autor define as regras da seguinte maneira:

> Regras são normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva. Nesse sentido elas são *comandos definitivos*. A forma de sua aplicação é a subsunção. Quando uma regra é válida é comandado fazer exatamente aquilo que ela exige. Se isso é feito, a regra é cumprida; se isso não é feito, a regra não é

> cumprida. Assim, regras são normas que sempre podem somente ser cumpridas ou descumpridas.

Portanto, as regras são comandos definitivos que ou são cumpridos ou descumpridos, enquanto os princípios são definidos por Alexy como:

> Normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, portanto, *comandos de otimização*. Enquanto tais eles são caracterizados por poderem ser cumpridos em diferentes graus e pelo fato de a medida comandada de sua realização depender não só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Na visão de ambos os autores, as regras são mandamentos definitivos, enquanto os princípios possuem uma dimensão de peso e importância na visão de Dworkin, e são mandamentos de otimização na visão de Alexy. Abordar os princípios através de um viés otimizador significa dizer que eles ordenam a realização dos direitos na máxima medida possível, observadas as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto (ALEXY, 2014).

Enquanto as regras são aplicadas ao modo “tudo ou nada” (*all-or-nothing fashion*), os princípios têm diferentes graus de concretização e possuem caráter *prima facie*. Isso significa que abstratamente eles têm um amplo âmbito de proteção abarcando todas as condutas relacionadas àquele princípio. Não obstante, essa proteção não é definitiva, pois ao analisar o caso concreto a realização efetiva dos direitos dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2014).

Dessa forma, é possível afirmar que o modo de aplicação das regras se dá através da subsunção do fato a norma, em que ocorrendo a situação hipotética descrita na lei, a regra deverá ser aplicada. Já os princípios são aplicados por meio da ponderação, o que resulta no cumprimento de um princípio e na restrição de outros, quando mais de um for aplicável ao mesmo caso concreto e apontar para soluções opostas (ALEXY, 2014).

É indispensável perceber a diferença entre as regras e os princípios para que se compreenda os impactos dessa conceituação na garantia dos direitos. A teoria dos princípios mostra que a concretização de alguns valores humanos está condicionada à análise das condições em que cada direito pode ser exigido. Isso ocorre porque alguns valores são tidos como regras e outros como princípios, assim, quando determinado valor é tido como regra o Estado é obrigado a garanti-lo a todo o custo, visto que as regras são mandamentos definitivos.

Em contrapartida, quando um direito é tido como princípio, eles serão garantidos na máxima medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Dessa forma, a não realização desse direito não caracteriza uma violação se as possibilidades fáticas e jurídicas não foram suficientes para realizá-lo. É o caso dos direitos sociais, retrocitados, previstos no art. 6º da Constituição Federal brasileira.

Já no âmbito internacional, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC) também proclama os direitos sociais ao afirmar que:

> Artigo 11, parágrafo 1º: Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Portanto, a realização dessa espécie de direitos está ligada a questões socioeconômicas de cada Estado. É inviável, por exemplo, que os Estados garantam o direito à moradia de forma literal e proporcionem moradia a todos os cidadãos que não possuem recursos financeiros para tal. Em contrapartida, o Estado pode garantir esse direito através da criação de políticas públicas que impulsionem e facilitem o acesso à moradia. No Brasil isso é feito através do programa de habitação “Minha Casa Minha Vida”, por exemplo.

Da mesma forma, a saúde é um direito fundamental previsto na Constituição Federal da República e presente em pactos internacionais. Este direito também pode ser visto como um princípio, que será garantido dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de cada Estado. Como exemplo, o Estado brasileiro não tem condições socioeconômicas de garantir todas as necessidades médicas de todos os cidadãos brasileiros, mas garante este direito através de políticas públicas e do Sistema Único de Saúde (SUS), de modo que o direito em tela não seja violado.

Deste modo, é necessário distinguir os princípios das regras a fim de que se compreenda as condições fáticas e jurídicas sob as quais cada direito pode ser realizado. Os impactos dessa conceituação mostram que alguns direitos poderão ser exigidos a qualquer custo, visto que são mandamentos definitivos, ao passo que outros são mandamentos de otimização que poderão ser exigidos na medida em que o Estado possa garanti-los. Isto evidencia que a realização dos direitos humanos não pode estar dissociada de uma análise profunda das condições históricas e sociais de cada Estado.

CONCLUSÃO

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representou um grande avanço na história dos direitos humanos, proporcionando a proteção desses direitos na ordem externa. No entanto, devido ao caráter anárquico das relações internacionais, em que não há uma hierarquia entre os Estados e consequentemente não há uma autoridade central detentora do monopólio da força, há uma grande dificuldade em garantir efetivamente esses direitos no plano internacional.

Diante desse cenário, a teoria dos princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy permite compreender as formas sob as quais os Estados podem realizar esses direitos sem que seja caracterizada uma violação. Os direitos considerados princípios poderão ser exigidos dentro dos limites fáticos e jurídicos de cada Estado, e poderão ser garantidos de forma indireta por meio de políticas públicas que viabilizem a concretização do direito.

Conclui-se assim, que a não realização de alguns direitos no caso concreto nem sempre caracterizará uma violação, pois alguns princípios serão ponderados pelo Poder Judiciário e poderão ser garantidos através de um viés otimizador, e não definitivo. Por isso, a garantia dos direitos humanos não deve estar dissociada das condições históricas e sociais de cada Estado, para que se compreenda as circunstâncias sob as quais cada Estado pode e deve propiciar cada direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 06 de out. 2020.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais**, Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm Acesso em: 06 de out. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3° ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FRANCO, Paki Venegas; CERVERA, Julia Pérez. **Manual para o uso não sexista da linguagem**: o que bem se diz bem se entende. La Paz: REPEM-LAC, 2006. Tradução de: Beatriz Cannabrava.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. Tradução de: Plínio Dentzien.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. 1ª Reimpressão.

MARTELETO, Regina Maria. Cultura da modernidade: discussões e práticas informacionais. **Revista da Escola de Biblioteconomia da UFMG**, Belo Horizonte, v. 23, n. 2, p. 115-137, jul. 1994.

OLIVEIRA, J. C. O indivíduo e o estado: o problema da liberdade em john locke e stuart mill. **Revista Helius**, Sobral, v. 1, n. 1, 6 fev. 2014.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 06 out. 2020.

SILVA, Ivan Lázaro Brito e. O Liberalismo como Doutrina do Público e do Privado: Locke, Mill e Rawls. **Revista Opinião Filosófica**, Porto Alegre, v. 07; nº. 02, p. 241-257, 2016.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 173, p. 15-34, set. 1988.

XIMENES, Julia Maurmann. Reflexões sobre o Jusnaturalismo e o Direito Contemporâneo. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 1, n. 1, p. 157-165, jan. 2001.

AFETO E TECNOLOGIA: DO *HOMOS SAPIENS* AO *VOICEBOT*

Giordani Flenik[1]
Roberto Adam Ramos[2]

Resumo: Esse trabalho analisa os Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASCs) na arena do direito pós-moderno, onde a sociedade busca sua autonomia e contesta fórmulas retrógradas de "dizer o direito", encontrando, no âmbito privado, a disruptura necessária do império estatal, com vistas a obter meios mais céleres, eficazes e principalmente dialogados de resolver conflitos. Alia-se a esta perspectiva a possibilidade do uso das inovações tecnológicas, que permitem uma aproximação virtual, com custos muitas vezes mais reduzidos e minoração dos desgastes emocionais, se considerado o tempo de resolução destas questões. Além dos complexos *softwares* que oferecem uma gama considerável de serviços, as plataformas *online* de negociação, conciliação, mediação e arbitragem tem se revelado ferramentas de extrema competência para atender as demandas, de todos as áreas, valores e especificidades. No entanto, alguns desafios se apresentam, desde a aculturação disforme dos povos até as dificuldades de acesso e entendimento quanto o correto manejo da tecnologia, que, em velocidade exponencial, se desenvolve acima da própria capacidade humana de absorção. Além disso, a pergunta que se faz, é que, até que ponto o ser humano está preparado – ou quer - interagir e se relacionar com máquinas, dispensando-se o contato físico ou mesmo o compartilhamento emocional.

Palavras-chave: MASCs. Acesso à justiça. Tecnologia. Inovação. Mediação. Arbitragem.

INTRODUÇÃO

Quando se fala em Métodos Adequados (ou Extrajudiciais) de Solução de Conflitos, se tem a impressão de que se trata de uma grande inovação no campo do direito, o que é um equívoco. Arbitragem e Mediação, as formas que mais se destacam, e cada mais em voga, principalmente no cenário brasileiro, são tão antigas quanto o próprio homem.

Afinal, quando esse ser decidiu abolir a força física e passou a se comunicar de uma maneira mais efetiva, foi através da arbitragem e da mediação, desenvolvidas pelos líderes comunitários, religiosos ou mesmo aqueles que detinham mais respeito e poder, que as soluções autocompositivas começaram a surgir.

Com o passar das eras, ao mesmo tempo que o Estado avocou para si o monopólio público de decidir, tais formas privadas se mantiveram, por vezes mais discretas, mas sempre presentes.

Os sistemas jurídicos, quer no âmbito público, quer no âmbito privado, acompanharam a evolução humana, mas não na mesma proporção, desenvolvendo-se de acordo com suas necessidades, mas principalmente de acordo com suas conveniências e em paralelo com o poder que passou a dominar, o do Estado.

Ao longo dos séculos, embora o sistema judiciário tenha prevalecido sobre as formas privadas, não foi suficientemente atualizado e operante, mormente considerada a explosão demográfica que ocorreu na maioria dos países, e a ampliação dos direitos em todos os sentidos, fazendo com que se tornasse abarrotado e lento.

---

1. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, com especialização em Mediação e Arbitragem pela Univille. Mestre em Relações Internacionais pela Universidad de La Empresa, Montevidéu, Uruguai. Autora de livros. Professora. Palestrante.
2. Especialista no desenvolvimento de tecnologias para Conciliação, Mediação e Arbitragem, palestrante e autor de artigos. Superintendente em Santa Catarina do Conima – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem e Coordenador do Comitê de ODR (Online Dispute Resolution). Presidente da Fecema – Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem.

Além disso, a ocorrência das grandes guerras mundiais, a globalização com a abertura de fronteiras, a ampliação das relações internacionais e a criação de blocos econômicos vieram contribuir para uma maior utilização dos métodos privados.

Mas, o fenômeno do desenvolvimento tecnológico, principalmente nos últimos 50 anos, trouxe um impacto incalculável em todo o globo terrestre, e, na área do direito e das formas de solucionar conflitos, não tem sido diferente.

Computadores cada vez mais sofisticados, *softwares*, robôs, internet, celulares e seus aplicativos, são uma pequena amostra de quantas inovações o próprio homem criou, em tão curto espaço de tempo, em descompasso com um sistema que vem se desenvolvendo há centenas de anos.

O problema vislumbrado neste artigo consiste em analisar os grandes benefícios, mas também os evidentes obstáculos surgidos a partir do desenvolvimento tecnológico na área do direito e em especial no âmbito privado.

Justifica-se este estudo pela possibilidade de se aplicar a tecnologia para se solucionar conflitos que até então eram de atribuição exclusiva humana, com mais celeridade, qualidade, e quantitativamente mais expressiva, além do que, pode-se considerar, de forma menos onerosa, o que constitui significativa contribuição para a economia global.

Calcada em investigações teóricas, aplicou-se os métodos analítico-histórico e a pesquisa exploratória, com auxílio da pesquisa bibliográfica e estudos estatísticos de casos.

Assim, este artigo foi estruturado nuclearmente em quatro etapas, tendo a introdução a finalidade de contextualizar os MASCs no âmbito do direito, apresentar o problema e justificar a importância do estudo frente as inovações tecnológicas. Na segundo etapa, discorre-se sobre os Métodos Adequados, relacionando-se alguns mais expressivos, suas aplicabilidades e seus alcances.

Após, na terceira etapa, é realizado um levantamento sobre as principais ferramentas tecnológicas utilizadas no campo dos MASCs, principalmente no que se refere à negociação, conciliação, mediação e a arbitragem, enfatizando-se as plataformas *online* de solução de conflitos, números recentes de utilização destas plataformas e outras ferramentas, tecendo-se considerações críticas deste uso quanto à acessibilidade e competência técnica dos atores envolvidos. Por fim, na quarta e última etapa, caminha-se para as considerações finais, na condição de relatório final da pesquisa.

1. POR QUÊ, QUANDO E ONDE DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A começar pela terminologia, já se tem um imbróglio no uso da expressão, que por alguns é adotada como Métodos Extrajudiciais; por outros Métodos Alternativos; mais recentemente, Métodos Adequados; e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (AZEVEDO, 2013, p. 225), como Resolução Adequada de Disputas (RADs) em alusão à expressão secular *Alternative Dispute Resolution* (ADRs) (SERPA, 1999, p. 81), mundialmente adotada, após ser lançada nos Estados Unidos, para designar todas os processos de resolução de disputas sem intervenção de autoridade judicial.

Tais opções, no entanto, em nada restringem ou prejudicam a identificação dos métodos, que, historicamente são concebidos como os principais a arbitragem e a mediação, sendo que esta última, em sentido *lato* compreende a negociação, a conciliação e a própria mediação *(stricto sensu)*.

Para fins deste estudo, importante tecer breves considerações sobre tais institutos, a fim de que se identifique especificamente a essência e as diferenças de ambos, para, ao depois, se correlacionar até que ponto tais formas são compatíveis, ou pertinentes à aplicação tecnológica.

Singelamente, considera-se arbitragem uma forma extrajudicial litigiosa, através da qual as partes envolvidas em um assunto que envolva direito patrimonial disponível, elejam, preventiva ou incidentalmente, de comum acordo, um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, para que decidam eventual conflito futuro ou já existente. O resultado da arbitragem é uma sentença, irrecorrível, que obriga as partes ao seu cumprimento. A função do(s) árbitro(s), é personalíssima, pois decorre essencialmente, da confiança das partes, em delegar-lhe a autoridade de julgador.

É litigiosa, porque, embora decorra da escolha e decisão das partes, o processo em si é contencioso e competitivo, e o resultado final é uma decisão adjudicada, imposta, e que deve ser cumprida.

É uma atividade exercida somente por pessoas físicas, que atuam de forma independente (*ad hoc)* ou institucional (vinculados a câmaras ou organizações criadas para tal finalidade). É um serviço remunerado, cujos gastos são previamente contratados.

Já a mediação é um procedimento consensual, instalada através da decisão informada das partes, que, da mesma forma, a elegem de forma preventiva ou incidental, ou seja, antes do surgimento do conflito (quando da celebração de um contrato, por exemplo), como também ao longo deste. O resultado da mediação difere da arbitragem, pois enquanto essa produz uma sentença, a mediação visa o acordo.

Esse processo é conduzido por um ou mais mediadores, que são pessoas extremamente habilidosas na comunicação, e devem ser muito bem capacitadas para administrar o conflito e fazer com que as partes se desarmem e se tornem mais flexíveis.

Sem mediador, não há mediação, pois é requisito primordial a intervenção deste facilitador, que deve ser sempre neutro e imparcial.

É de se considerar ainda que, de forma mais objetiva e pontual, com assertividade na geração de proposta, há o instituto da conciliação, geralmente confundida com a mediação, pois se utiliza de muitas ferramentas em comum, porém, o procedimento é mais simplificado, e visa somente o acordo, ao passo que o processo mediativo tem ainda a missão de restaurar o diálogo e tornar a relação conflituosa menos beligerante.

Quando as partes optam por buscar a solução sem ajuda de terceiros (embora seja possível esta intermediação), incide então o instituto da negociação. É possível sim, mesmo na negociação, a atuação de um facilitador, que não guarda tantas semelhanças com o conciliador ou o mediador.

Mas as formas privadas não se limitam a tais institutos, abarcando uma gama considerável de outras possibilidades, que vem se desenvolvendo e se destacando por apresentarem na sua essência uma melhor adequação ao conflito exposto.

Dispute Boards ou Comitê de Resolução de Disputas, por exemplo, tem se destacado entre estas formas extrajudiciais, atendendo a conflitos oriundos de grandes obras de infraestrutura. Mediante a formação de uma comissão de técnicos, ao surgir qualquer tipo de conflito ou divergência, estes profissionais são acionados para analisar, investigar e formular decisões ou recomendações, dependendo de como as partes decidiram constituir este comitê.

Os pareceres podem ser vinculantes ou não, mas o fato é que muitas questões são rapidamente contidas na sua origem, sem maiores desdobramentos, e, o mais importante, evitam a paralisação da obra e a geração de inúmeros prejuízos.

Neutral Evaluation (Avaliação Neutra) também se revela uma possibilidade muito viável para prevenir uma ação judicial ou arbitral futura ou então constituir prova hábil e contundente. Um *expert* é acionado para, após uma análise rápida e objetiva das provas e dos argumentos das partes, emitir um parecer, que, em tese seria equivalente a uma sentença.

Desta forma, as partes têm uma visão prévia do que poderá ser o resultado final da demanda, induzindo-as a negociar em busca de um acordo.

Assim, a expressão "métodos adequados" indica que, para cada tipo de conflito, existe uma forma mais plausível, mais eficaz, que atende com mais efetividade as necessidades das partes envolvidas, não se desprezando, nem mesmo a via judicial, muitas vezes indispensável e insubstituível, dependendo da questão e do contexto no qual se insere.

Se, mundialmente, tais métodos privados são conhecidos e praticados, com maior ou menor intensidade, é necessário considerar que no cenário brasileiro a cultura do litígio é ainda extremamente paternalista e judicializada, ou seja, os brasileiros tem um senso forte de dependência do Estado para solucionar seus problemas, o que faz do sistema judiciário um círculo vicioso: usa-se muito do processo judicial e ele se torna moroso, ineficiente e insatisfatório, mesmo que, a final, seja proclamado o veredicto e declarado quem e o vencedor e o perdedor.

A expressão "nadar e morrer na praia" é um retrato atual do sistema judiciário, porque, muitas vezes se litiga durante anos e anos, para, a final, ter um resultado favorável, mas não efetivo, uma vez que, decorrido tanto tempo de trâmite processual, ao ser prolatada a sentença final, com trânsito em julgado, a parte sucumbente já não tem bens, não mais pode ser localizada ou até mesmo a parte vencedora já abandonou o processo, sendo mantido exclusivamente pelo esforço de seu advogado, e até mesmo esse acaba perdendo o contato com seu cliente.

Processos judiciais representam grandes desgastes, não só financeiros, mas também emocionais e temporais. Existe um prazo para a entrada, mas nunca há previsão de término de uma ação, e, consequentemente, de despesas, pois podem ocorrer desdobramentos incalculáveis ao longo das demandas judiciais, penalizando ainda mais as partes envolvidas.

De acordo com o juiz Barcellar (2012, p. 74), o Judiciário decide a lide processual, mais voltada aos atos e formas do processo do que propriamente a questão em si, enquanto que as formas adequadas, em especial a mediação, solucionam a lide sociológica, aquela encoberta pelas posições.

É um equívoco dizer que tais métodos surgiram para descongestionar o judiciário. A uma, porque tais formas, outrora denominadas de extrajudiciais, já existiam antes mesmo do poder constituído do Estado. A duas, porque são opções, que podem ser utilizadas pelas partes de acordo com suas conveniências, interesses e até culturas, sem constituir uma imposição, ou, ao contrário, uma exclusão do acesso à justiça. A três, porque, de acordo com a Resolução n 125 do CNJ[3], o objetivo maior de sua disseminação na esfera pública, decorreu da preocupação em proporcionar aos jurisdicionados uma justiça mais humana, mais satisfativa, mais acessível e menos burocrática. A quatro, porque a cultura do litígio enraizada em todos os caminhos e vãos da sociedade

3. Os objetivos da Resolução estão elencados de forma exaustiva: a) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade; b) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição; c) reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas.

brasileira, não será transformada da noite para o dia, ao mesmo tempo que o volume de ações em tramitação não se reduzirão a curto ou médio prazo.

Conforme observa Danielski (2018, p. 78), “As coisas não acontecem no mundo de forma isolada hermética. O aporte histórico demonstra as imbricações de um fato e as suas sequências. A formação de uma cultura é lenta e somente é possível pela convergência de várias forças.”

Mas é incontestável que, mesmo a passos lentos, as formas adequadas de solução de conflitos podem e vão colaborar efetivamente para uma justiça mais pacificadora e dinâmica, tornando-se protagonistas de uma era moderna e autônoma, sobressaindo-se ainda mais no âmbito privado.

O empoderamento tornar-se-á palavra de ordem, conduzindo o jurisdicionado ao comprometimento consigo mesmo e com o próximo, e quiçá, conforme ressaltado por Boff (2003, p. 16) “deixará de “auscultar a ordem da natureza” tornando-se apenas “auscultador de si mesmo, de seus desejos e planos”, tornando-se, então “em criador de uma ordem da qual se sente responsável”.

2. MASCS E TECNOLOGIA, ESTES DESCONHECIDOS

Na última década, nunca se propagou tanto as formas adequadas de solução de conflitos no Brasil, enquanto que “lá fora” constitui-se a regra – e não a exceção – o uso destes métodos para solucionar a maior parte dos litígios, sejam de ordem privada ou pública.

Como já discorrido, os motivos desse *boom* são vários: desde a morosidade do judiciário, até a aculturação que vem se estabelecendo com a mais intensa aproximação de diversas culturas e geografias, a chamada mundialização.

Mesmo assim, observa-se que ainda é predominante a busca pela tutela judicial, e não raro, há quem desconheça por completo o que é um procedimento de mediação ou de arbitragem.

Ressalte-se ainda que somente a partir do ano de 2019, através da Portaria n. 1.352 de 17 de dezembro de 2018, tornou-se obrigatório a inserção de tais matérias nas grades curriculares dos cursos de direito, que até então eram ministradas como matérias optativas, e, em muitas faculdades, sequer existiam. Em decorrência, os operadores do direito são doutrinados para litigar na via judicial, até a última instância se for necessário, mas poucos são treinados para negociar e dialogar.

O resultado desta contradição é que, mesmo com intensiva propagação das formas consensuais e extrajudiciais, há pouca acolhida entre os advogados, que, uma vez contratados pelos seus clientes, sequer consideram esta opção, e propõe de imediato as ações judiciais, e muitos sequer oportunizam à parte adversa dar sua versão dos fatos.

E o que dizer da tecnologia? Sabe-se que existe, que está presente na vida de todos os seres, humanos ou não, mas tal como a mente, que é minimamente acionada, diante do imenso potencial que tem, as ferramentas tecnológicas vêm sendo desenvolvidas com uma velocidade “além luz”, porém, seu acesso, domínio e conhecimento são privilégios de uma parcela ínfima da população.

Quando se emprega a palavra tecnologia, se vincula à ideia de equipamentos de última geração e a cibernética. No entanto, considerando origem etimológica da palavra, do grego, tem-se que *“téchne”* traduz arte ou ofício e *“logia”*, que é o estudo de determinado assunto.

Assim, a criação de qualquer tipo de ferramenta, seja eletrônica ou não, seja virtual ou física, pode ser considerada uma invenção tecnológica. Que os diga a roda, o tacape, a flecha e o fogo.

Assim considerados, os próprios Métodos Adequados se constituem tecnologia na área do direito, pois são ferramentas utilizadas para solução de conflitos, e que vem se utilizando de outras tecnologias para desempenhar suas funções.

Este crescimento tecnológico incontrolável, já projeta a "Revolução 4.0": a convergência digital, física e biológica, que irá acarretar transformações fundamentais e irreversíveis para a humanidade, impactando tanto nas relações interpessoais, como no mercado de trabalho, como explica Schwab (2018, p. 36).

Por consequência, é possível a ocorrência do "darwinismo tecnológico", ou seja, a sobrevivência dependerá da adaptação.

E de tal realidade, não escapam os Métodos Adequados de Solução de Conflitos, e muito menos os seus operadores, advogados e usuários.

Em princípio, os MASCs, são atividades que devem, ou deveriam ser executadas exclusivamente por seres humanos. Árbitro é aquele que, por delegação das partes, tem o poder de proferir uma sentença, irrecorrível. Mediador é um terceiro, sempre imparcial e neutro ao conflito, que aproxima as partes, reestabelece a comunicação e as auxilia na identificação do real conflito e na geração de opções, até que se chegue a um resultado (acordo) satisfatório.

Vislumbrar a automação destas práticas poderia soar como insanidade. Afinal, ninguém quer ser julgado por um robô. E muito menos estabelecer um diálogo, ser ouvido, ser reconhecido por uma máquina. Mas há casos e casos.

HARARI (2018, p. 427) lembra que "há 70 mil anos, o *homo sapiens* ainda era um animal insignificante", mas hoje, diz o autor, "está prestes a se tornar um deus, pronto para adquirir não só a juventude eterna como também as capacidades divinas de criação e destruição".

Inolvidável que esta evolução traz novas necessidades, e, na ciência da conflitologia, verifica-se que, com a mesma velocidade que as relações são estremecidas e muitas vezes dilaceradas por evidentes falhas na comunicação, da mesma forma suas soluções requerem agilidade e resultados.

É justamente neste ponto que os avanços tecnológicos têm muito a contribuir, e tornar a parceria homem-máquina extremamente útil e produtiva. Quando aplicada de forma inteligente, com ferramentas estratégicas, e voltadas para o bem-estar do homem, os resultados só podem ser exitosos.

3. *HOMO SAPIENS* X *VOICEBOT*, A POSSÍVEL COMPATIBILIZAÇÃO

Seres humanos e máquinas. Ambos falíveis, ambos substituíveis, de acordo com HARARI (2016, p. 398) pois, segundo ele "tudo pode ser considerado um algoritmo, inclusive seres humanos, de modo que mesmo o *Homo Sapiens* é substituível".

Não se equivalem, pois, ao ser humano, foi dado o privilégio dos sentimentos e emoções. Sob esta perspectiva, Warat (2001, p. 51-52) promove a seguinte reflexão:

> "O amor e a afetividade são básicos no ser humano. Todos precisamos amar e ser amados, sermos reconhecidos. Pelo outro como sujeito de afetos. Dependemos desse reconhecimento para melhorar nossa qualidade de vida, nosso equilíbrio emocional e as nossas relações com o mundo. Vinculam-se tantas coisas no

> relacionamento amoroso que, muitas vezes não podemos deixar de sentir-nos perdidos, em um mundo que não compreendemos, mas que nos machuca.

E, prossegue o estudioso da outridade[4], que "o amor tem que ser uma possibilidade de ajuda para encontrar os caminhos do crescimento pessoal, isso que chamamos de autonomia (...). A mediação tem seu destino atrelado a essa necessidade de realização de autonomia.

E na era da modernidade líquida de Bauman, Danielski (2018, p. 158) proclama que "o afeto devolve à pessoa a sua humanidade", e a dignidade da pessoa "transforma o cuidado num imperativo; e é o cuidado que fundamenta a dignidade".

De onde surge então, estas surpreendentes ferramentas tecnológicas, despidas de afeto e amor, mas plenas de algoritmos e equações, para "cuidar" dos conflitos do ser humano?

As primeiras experiências com o sistema ODR (*Online Dispute Resolution)* ocorreram nos Estados Unidos, devido a demanda de procedimentos e a habitualidade do uso da internet pela população.

Nos procedimentos de arbitragem, passou-se a utilizar dessas ferramentas para viabilizar sessões entre partes distantes, possibilitando desde a tomada de depoimento, oitiva de testemunhas e experts e até mesmo debates entre advogados.

Por ser um processo técnico, no campo da arbitragem o uso da tecnologia é mais aceito e até entendido como mais eficiente porque se possibilita não só o armazenamento de arquivos, mas também registros de tudo que se fala ou escreve.

Denominadas plataformas, esse design de sistemas é a transformação das formas reais, ou físicas, para o ambiente virtual, onde, além das partes e do facilitador, há quem denomine o próprio sistema como uma "quarta parte", à medida que viabilizando a aproximação das partes, envio de mensagens e arquivos e até mesmo sessões virtuais torna-se também um facilitador na intermediação.

Uma grande experiência exitosa vem ocorrendo com a empresa eBay, que, pioneira, desde 1999 se utiliza desta forma virtual, e, atualmente, atende em torno de 60 milhões de conflitos por ano, sendo 80% destes casos exitosos.

Inspirada nesta iniciativa, que se consolidou ao longo dos anos, a União Europeia desenvolveu sua própria plataforma, que desde 2016 vem operando com grande sucesso. Considere-se a enormidade de transações que são realizadas diariamente, entre os países-membros e seus milhares de consumidores. Reclamações, trocas, devoluções e desacordos são frequentes e somente um sistema *online* poderia equalizar tais conflitos e proporcionar uma solução rápida e sem ônus para o consumidor, já que, não se justificaria, para nenhuma das partes, iniciar um procedimento judicial ou exigir que o consumidor fosse até o país fornecedor simplesmente para resolver uma devolução.

Nesse aspecto, as plataformas *online* viabilizam não só a resolução do conflito em si, mas propriamente as relações comerciais internacionais, proporcionando a geração de incontáveis negócios, com segurança e agilidade. Informa a *European Commission* que o prazo de resolução é de no máximo 90 dias. E não se resolvendo pela forma consensual,

4. Segundo Warat (2001, p.195), outridade "pode ser vista como o espaço construído com o outro para a realização da ética, da autonomia e da configuração de outra concepção do Direito e de sociedade. É a fuga junto com o outro, da alienação (ou nós escapamos com o outro, ou não temos saída). São desde concepções de mundo baseadas em referências transcendentes e o interior até uma concepção de mundo que aponta a uma construção, com o outro, de uma sobrevivência sustentável (o sentido transmoderno de justiça).

é possível ao usuário optar por uma avaliação neutra, e até mesmo por uma arbitragem expedita.

No Brasil, a Adam Tecnologia[5], que desde 2001 fornece soluções para cerca de 500 câmaras de mediação e arbitragem no Brasil e exterior, espalhadas em 200 cidades, em 26 estados diferentes, apresenta, por amostragem, para não ferir as cláusulas de sigilo com seus clientes, números interessantes. Entre os anos de 2016 a 2018, 100 destas instituições registraram 168.732 casos *online,* ou seja, questões que, se não fossem resolvidas desta forma, iriam ser direcionadas para o Judiciário.

Segundo Vasconcelos (2015), um estudo feito pelo cientista político da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Luciano da Ross, apurou que cada processo judicial custou, em 2013, R$ 2,2 mil para o Estado.

Uma simples conta aritmética, resulta que tais procedimentos totalizam R$ 371.210.400,00 de economia para os cofres públicos, e, melhor ainda, geraram renda possivelmente para as partes e para as instituições que viabilizaram o procedimento.

Em questões de consumo, por exemplo, até alguns anos atrás, as câmaras privadas realizavam ações de propaganda para captar a população consumidora, incentivando a utilização dos MASCs. Isso exigia um trabalho enorme e trazia poucos resultados.

Atualmente o foco dessas ações estão direcionadas para as empresas fornecedoras, justamente porque é uma positiva exposição institucional da imagem, demonstrando a lisura e boa-fé do fornecedor em relação aos seus clientes.

Para uma empresa responder à uma reclamação de um consumidor, seja no Procon, Juizados Especiais (JEC) ou fórum cível, são investidos vários recursos econômicos, como o custo hora, seja do empresário, colaborador ou mesmo advogado, além do custo de deslocamento, estacionamento, e em certos casos até a alimentação. Isso, muitas vezes, multiplicado pelo número de audiências necessárias para resolver o problema.

Considere-se ainda que muitos casos não acordados, vão parar em uma instância superior, gerando outros tantos gastos.

Ainda, há o custo de imagem da empresa, que é intangível, porém financeiramente mensurável, pois certamente esse consumidor insatisfeito, comentará o caso com uma ou mais pessoas com quem convive, ou, o que é mais comum, publicará nas redes sociais, o que tem uma abrangência infinita.

Nesse caso quantos recursos essa empresa deverá investir para desfazer, ou pelo menos melhorar sua imagem, diante destas pessoas que não tiveram uma boa experiência?

Outro fator impactante, é o valor do acordo, que tende a ser muito maior quando na via presencial, pois o consumidor precisará ir até um local para fazer a reclamação, normalmente em seu tempo de folga ou pedindo licença no trabalho, além de voltar outras vezes para participar das audiências. Provavelmente esse consumidor criaria uma resistência futura em permanecer como ciente dessa empresa.

A título de mera especulação, imagine-se esse custo operacional da empresa para responder uma reclamação, por exemplo de R$ 200,00, multiplicado por 1.000 casos, dependendo do tamanho da empresa, por dia, semana, mês ou ano. Seriam R$ 200.000,00 além dos custos com acordos ou condenações.

No entanto, se a empresa estimular seus consumidores a realizarem suas reclamações em uma plataforma digital, oferecendo comodidade, agilidade, sigilo,

5. Disponivel em: https://issuu.com/adamsistemas/docs/rcsc_2017_adam/10. Acesso em 30.set.20

imparcialidade, entre outros benefícios, e ainda pagando para a plataforma o custo operacional igual ou menor do procedimento tradicional, esta atitude refletirá beneficamente, não só nesse acontecimento, mas possivelmente fidelizará o consumidor.

Se, para o cliente são gerados tais benefícios, para a empresa existem outros: a economia no valor do acordo que ocorre mais tranquilamente, eliminação do custo com propagandas, já que o consumidor relataria sua experiência positiva com as pessoas que convive, além da diminuição das estatísticas negativas nos órgãos de proteção ao consumidor, Juizados Especiais e Fóruns. E, o principal, a manutenção da relação comercial com o cliente.

Um exemplo significativo da flexibilidade nas mediações ou conciliações digitais, é a comunicação assíncrona, ou seja, as pessoas interagirem conforme sua disponibilidade, sem necessariamente pararem seus atividades para resolver um assunto, tal como acontece no *WhatsApp* e outros chats, onde uma pessoa inicia a conversa e não havendo interação, continua com os seus afazeres, o mesmo podendo ocorrer com os demais interlocutores, até que não necessariamente, todos possam interagir ao mesmo tempo.

Há inúmeros *feedbacks* de casos menos complexos, onde não foi necessária a participação de um terceiro (conciliador, mediador ou árbitro) para auxiliar na solução ou decidir o conflito, ou seja, empresa e consumidor negociaram sozinhos um bom acordo dentro da plataforma.

Existem também outros fatores que aumentam a chance de negociações bem-sucedidas, dentre elas a comodidade e segurança, por não haver o enfrentamento presencial entre empresa e consumidor, sendo que este último se sente normalmente o lado mais fraco, e a plataforma iguala essas posições. O consumidor percebe que realmente é ouvido ou suas palavras são lidas.

Apesar do número expressivo dessa amostragem de casos, ainda existe muito preconceito e mito na utilização de plataformas na resolução de conflitos, se compararmos com o número de processos judiciais, reclamações em Procons e demais órgãos governamentais.

Por desconhecer o procedimento, o brasileiro ainda não confia na tecnologia para esse fim, mesmo comprando, realizando pagamentos e cobranças *online*.

Por ser um mercado tecnicamente novo, muitas pessoas estão buscando a qualificação e formação para atuarem como conciliadores, mediadores e árbitros, assim como os advogados para representarem seus clientes nesses procedimentos. Por outro lado, poucos pensam em conhecer as tecnologias e aprimorar seus conhecimentos nessa área, afinal se mal utilizada a tecnologia, pode afastar todos os benefícios citados.

Mas até este ponto, tudo vai bem. A grande inovação que vem ocorrendo com algumas destas plataformas, é que estão se utilizando de *Chatbots* e *Voicebots,* com ou sem Inteligência Artificial, na facilitação da resolução de conflitos.

Também conhecidos por assistentes ou agentes virtuais, ou apenas *bot* (robô), os *chatbots* são softwares que gerenciam troca de mensagens, e, em versões mais complexas, com recursos da Inteligência Artificial, aprendem a reproduzir atendimentos de forma inteligente (*machine learning)*, à medida que forem interagindo com a outra parte. Ou seja, a partir de várias informações recebidas, se atualizam automaticamente, sem a intervenção humana, gerando outras tantas informações.

Já *Voicebots*, vão um pouco além, pois as pessoas podem manter contato a partir da fala, e não pela escrita, como acontece no *chat*. Literalmente, conversa-se com um robô. Esta ferramenta, de alta complexidade, deve ser capaz de ouvir a pessoa, que pode

falar qualquer coisa, e ser capaz de entender e responder de acordo com a necessidade apresentada.

Surge então, o fulcral questionamento de tudo que se expôs nesse trabalho: está o ser humano apto, ou receptivo, ou ainda mesmo preparado psicologicamente para interagir com um robô?

Por ser tema tão atual e altamente técnico, não se tem farta doutrina sobre esse assunto. São *experts*, possivelmente jovens, que apontam suas impressões.

Caio Calado, *chatbot advocate* da empresa Take, citado por LIMA (2019, p 12), afirma que "Projetar uma conversa não é uma tarefa tão simples quanto parece. É muito diferente de um aplicativo ou um site, que são limitados pela sua interface."

E complementa com informações genéricas a respeito deste serviço:

> "Para que as expectativas sejam supridas, é preciso criar um fluxo de trabalho no qual o robô entenda as perguntas e sugira ou associe respostas a elas. Por isso, é importante ter um time multidisciplinar de especialistas, já que programar um computador é como educar uma criança sobre o que é certo e errado, requer tempo e atualizações, afinal, a língua muda a todo instante.
> A pessoa responsável por pensar o conjunto de questionamentos e resoluções é o *dialogue designer*. Esse profissional pode ser da área de letras ou comunicação social. Para fazer a implantação e a integração do voicebot em sites, é preciso contar com as habilidades de um (a) engenheiro (a) de software com especialização em redes neurais e IA."

Transpondo tais informações para o campo dos MASCs, é indiscutível que há um longo caminho a percorrer. Se a tecnologia galga com tamanha rapidez tantos degraus evolutivos, pode não ser possível que na esfera dos métodos adequados tal crescimento ocorra na mesma proporção. E não apenas pelo fator produtivo, ou de capacitação. Mas também porque os seres humanos, esses mesmos, cuja origem remonta a era *homo sapiens,* também tem um tempo evolutivo, que precisa ser respeitado.

CONCLUSÃO

Entre vários de seus ensinamentos, Sun Tzu já dizia que "Não é preciso ter os olhos abertos para ver o Sol nem ouvidos afiados para ouvir o trovão. Para ser vitorioso, você precisa ver o que não está visível".

Até alguns anos atrás, as inovações tecnológicas eram perceptíveis, pois se traduziam tão somente em equipamentos. Na atualidade, de tão potentes, tornaram-se invisíveis, o que causa, muitas vezes, grande desconforto, pois os homens ainda não aprenderam a ver "o que não está visível".

No Brasil o processo de aceitação das tecnologias pela população ainda é mais lento, se comparado com outros países mais desenvolvidos. Talvez pelo fato de que o brasileiro seja mais afetuoso, mas sinestésico e mais sentimental.

A grande questão, portanto, não é usar ou não usar a tecnologia, pois esse fenômeno tornou-se irreversível, mas sim, como utilizá-la para favorecer e fortalecer o acesso à justiça, tornando-a mais efetiva e eficaz.

Quando se fala em operacionalização de plataformas para solução de conflitos, é preciso considerar não apenas os profissionais da área cibernética, como engenheiros de software, *dialogue designer*, comunicólogos e pedagogos, mas principalmente, os atores altamente capacitados nas formas adequadas, os mediadores, porque esses detém a

expertise da linguagem não violenta, das expressões de afago e neutralidade, e sabem como ninguém técnicas que aproximam e acolhem.

A mentoria da inteligência artificial aplicada a essas plataformas *online* deve ser necessariamente realizada pelo mediador, que criará, também no ambiente virtual, um espaço viável para a aproximação de partes em conflito.

A tecnologia deve ser usada pelos profissionais para organizar e buscar informações relevantes com agilidade e segurança. Na transparência dos atos para as partes envolvidas, porém mantendo o sigilo para o mundo exterior. Na alternativa para pessoas que preferem à distância virtual para sentirem-se seguras e empoderadas. Para aproximar pessoas geograficamente distantes. Para minimizar o tempo de espera e proporcionar às pessoas oportunidade de realizar outras atividades mais prazerosas do que litigar. Para diminuir custos, que muitas vezes impossibilitam o acesso à resolução de conflitos. Para coletar *feedbacks* anônimos e com isso mais sinceridade das partes envolvidas. Para obtenção de estatísticas seguras que podem ser utilizadas para aperfeiçoar os procedimentos existentes.

Nesse futuro que já se tornou presente, os desafios são recíprocos: aos profissionais da área tecnológica, conhecer melhor a complexidade do ser humano, embrenhando-se pelas suas redes neurais e criando equações e fórmulas que possam se assemelhar aos pensamentos e sentimentos; e, aos facilitadores de conflitos, enfrentar os dragões virtuais, decifrar seus códigos e expressões de infindáveis números, para tornar os *bots* algo mais assemelhável à conformidade humana, não em aparência, pois essa já está desenhada, mas nas suas manifestações, sejam de escrita, sejam de voz, ou quem sabe, de abraços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção saberes do direito, 53).

BOFF, Leonardo. **Ethos Mundial:** um consenso mínimo entre os humanos. 2ª. ed. Rio de Janeiro; Sextante, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma (org) Manual de Mediação Judicial. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em 30 set. 2020.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Educação. Portaria n. 1.352 de 17 de dezembro de 2018. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=100131-pces635-18&category_slug=outubro-2018-pdf-1&Itemid=30192. Acesso em 30 set. 2020.

DANIELSKI, Silvia Regina. **Mediação Judicial:** um diálogo entre direito e afeto. Florianópolis: EMais, 2018.

HARARI, Yuval Noah. ***Homo* Deus: uma breve história do amanhã.** São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

_____. ***Sapiens.* Uma breve história da humanidade**. São Paulo, LPM Editora. 32ª. Ed.

LIMA, Alessandro. Seu pedido é uma ordem. **A Notícia:** 15 jan. 2019

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias. **Revista do Direito:** Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 53.

SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. São Paulo: Edipro, 2018

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SISTEMAS, Adam. Disponível em: https://issuu.com/adamsistemas/docs/rcsc_2017_adam/10. Acesso em 30 set.20

UNIÃO EUROPEIA. Disponivel em: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumers/resolve-your-consumer-complaint/alternative-dispute-resolution-consumers_en. Acesso em 30 set 2020.

VASCONCELOS, Fábio. **Na relação com o PIB, Judiciário brasileiro custa quatro vezes o registrado na Alemanha.** Disponível em: https://blogs.oglobo.globo.com/na-base-dos-dados/post/custo-relativo-ao-pib-do-judiciario-brasileiro-e-quatro-vezes-o-registrado-na-alemanha.html. Acesso em 30 set. 20.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador.** Vol. I. Florianópolis: Habitus, 2001.

O DIREITO À EDUCAÇÃO E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA APLICABILIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Gleidse de Oliveira Gonçalves[1]
Luiz Cláudio Gubert[2]

Resumo: O estudo apresenta considerações acerca da aplicação do direito à educação e a discricionariedade administrativa. Destaca-se que o direito à educação se encontra delineado no princípio da dignidade da pessoa humana e garante a eficácia dos demais direitos contidos na Constituição Federal, possibilitando ao sujeito o acesso à justiça social e o exercício da cidadania com autonomia e efetividade. Ademais, por ser uma das funções sociais do Estado Democrático de Direito, a educação brasileira dispõe de pessoal técnico qualificado e meios financeiros que garantem a sua efetiva realização e proteção jurídica, de modo que possui prioridade no exercício da discricionariedade administrativa. Desse modo, o objeto de estudo do presente artigo é a prevalência do direito à educação frente a atuação do gestor público no que tange às determinações impostas pela Carta Magna vigente no país. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica e o método é dedutivo com nível de aprofundamento explicativo. Com base no arcabouço jurídico existente e na realidade social brasileira, verifica-se que a educação nacional se distancia cada vez mais dos ditames constitucionalmente impostos, o que impossibilita uma participação mais ativa e eficaz da população no âmbito da administração pública. Em que pese a discricionariedade administrativa possibilite uma certa autonomia ao gestor público, esta permanece vinculada ao bem comum, sendo necessário cada vez mais que sua atuação esteja voltada às demandas educacionais, podendo sua atuação sofrer controle tanto por parte da sociedade, quanto do próprio judiciário.

Palavras - chave: Direito à educação. Discricionariedade Administrativa. Direitos Fundamentais. Cidadania.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, consolidou uma série de conquistas no campo político, histórico, econômico e social. Na leitura do texto da Carta Magna, é possível identificar todas as garantias previstas na esfera educacional, principalmente ao determinar a responsabilidade do Estado e da sociedade em geral com a educação brasileira. Ademais, por ser uma das funções sociais do Estado Democrático de Direito, a educação brasileira dispõe de pessoal técnico qualificado e meios financeiros que garantem a sua efetiva realização e proteção jurídica, de modo que possui prioridade frente às demandas e à discricionariedade do poder público.

Desse modo, o objeto de estudo do presente artigo é a prevalência do direito à educação frente a atuação do gestor público no que tange às determinações impostas pela Carta Magna vigente no país, respeitando os dispositivos normativos e os princípios que fundamentam a legislação, tendo em vista que não se trata de mero comando legal, mas de uma garantia constitucional que ampara o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se encontra esculpido em uma cláusula pétrea de uma norma axiológica máxima que irradia seus reflexos em todo o ordenamento jurídico pátrio.

Assim, as demandas educacionais passam a prevalecer, ganhando novo *status* em virtude de seu caráter absoluto e imediato, tão importante e necessário para toda a

1. Bacharel em Direito pela Universidade da Região de Joinville – Univille. Possui graduação em Pedagogia pela Universidade Federal do Pará (2013), especialização em Psicopedagogia Clínica e Institucional pelo Centro Universitário Internacional – Uninter (2017). Advogada. E-mail: gleidse_og@hotmail.com.
2. Professor da Universidade de Joinville – Univille. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Joinville (1989), graduação em Engenharia Civil pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (1983) e mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2003). Atualmente é professor da Universidade da Região de Joinville e professor universitário do Centro Universitário - Católica de Santa Catarina. E-mail: lcgubert@yahoo.com.br.

sociedade brasileira. Importante mencionar que é o direito à educação que possibilita ao sujeito o acesso à justiça social e o exercício da cidadania com autonomia e efetividade. Na Carta Magna, todos os princípios e objetivos são voltados para às garantias e à proteção jurídica dos direitos de todos os cidadãos brasileiros, a fim de garantir a equidade e justiça social, o que fez o direito à educação ganhar especial destaque por ser a medida que mais se amolda aos ditames da justiça, sendo uma 'porta' para acesso aos demais direitos.

Nesse cenário, o orçamento disponível para aplicação do direito à educação nem sempre é suficiente para efetivar o que prevê e o que garante o ordenamento jurídico, comprometendo de modo significativo a disponibilidade do acesso e a permanência à educação. Tal situação abre margem para a atuação discricionária do gestor público, gerando a possibilidade de destinar maior atenção às demandas educacionais. Como já mencionado, o direito à educação decorre de norma constitucional com garantia de aplicação direta e imediata e com prevalência sobre muitas demandas, devendo ser fornecida como um instrumento para possibilitar a participação ativa e eficaz do sujeito no âmbito social.

No entanto, não é o que de fato ocorre no cenário brasileiro, onde a concepção de educação que prevalece no meio social é voltada para o mercado de trabalho, se distanciando cada vez mais da sua real finalidade. Considerando os índices atuais da educação brasileira, é fácil constatar que a sociedade em geral ainda não compreende o que constitui uma educação de qualidade. No que tange às destinações de verbas, além de se deparar com um contexto de corrupção contínua, a educação muitas vezes sofre com a constante desvalorização da sociedade, que ainda não a reconhece como prioridade na administração pública e nem compreende os reflexos existentes da atuação do gestor público.

Assim, de modo a responder o questionamento sobre de que modo se construiu este estudo, o presente artigo contextualiza primeiramente a normatização do direito fundamental à educação e seu amparo constitucional e, em seguida, busca caracterizar a discricionariedade administrativa dos gestores públicos para, ao final, apontar a prevalência do direito à educação frente à discricionariedade administrativa.

1. DA NORMATIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E SEU AMPARO CONSTITUCIONAL

A CRFB/88 expressa que a educação representa um direito fundamental de cidadania. Como se infere no artigo 205, a educação deve estar ao alcance de todos, visando sempre o desenvolvimento pleno do sujeito, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o mercado de trabalho. Convém mencionar que o direito à educação encontra respaldo em diversos tratados e declarações internacionais, construídos no cenário global por intermédio de diversas lutas e tensões estabelecidas historicamente, visando garantir a devida proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Dentre os marcos normativos da política educacional brasileira, além da CRFB/88, pode-se mencionar o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira - LDB (Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996), a Emenda Constitucional - EC nº14/1996 e, ainda, normas infraconstitucionais e resoluções do Conselho Nacional de Educação, com significativas contribuições para o cenário educacional (GOUVEIA, 2011). Tal alicerce jurídico garante a

todos os cidadãos brasileiros as condições formais para o acesso ao direito fundamental à educação, assim como todo esse arcabouço normativo tem o importante papel de determinar e estruturar no cenário atual as responsabilidades e competências necessárias para a implantação e efetividade da educação no Brasil.

Atualmente, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – LDB, estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Importante destacar que a educação brasileira é inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana com a finalidade de conquistar o desenvolvimento pleno do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, conforme dispõe o art. 2º da referida lei. Dentre os textos normativos fundamentais na construção do cenário educacional, pode-se apontar também a Base Nacional Curricular Comum - BNCC, o Plano Nacional de Educação - PNL, os Parâmetros Curriculares Nacionais - PCNs, entre outros documentos oficiais.

Com o objetivo de atender ao disposto na LDB e em resposta às demandas que perpassavam todos os documentos oficiais em educação, assim como orientar as propostas pedagógicas e os currículos dos sistemas e redes de ensino, tanto de escolas públicas e privadas de Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio, em todo o Brasil, foi estabelecida a Base Nacional Curricular Comum – BNCC, a qual fixa conhecimentos, competências e habilidades (gerais e específicas), as quais se almejam que todos os estudantes desenvolvam ao longo da escolaridade básica, independentemente de condições econômicas ou sociais.

Desse modo, observa-se que ao longo do tempo, no cenário educacional brasileiro, diversos documentos normativos foram sendo consolidados a partir de reflexões e anseios sociais, buscando sempre garantir o direito ao acesso e a permanência no âmbito escolar. Assim, é possível identificar que o direito à educação já encontra respaldo na legislação, sendo necessária sua aplicação pelo poder público.

1.1 O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL, O DIREITO À EDUCAÇÃO E AS GARANTIAS ORÇAMENTÁRIAS CONSTITUCIONAIS

A CRFB/88 adota como máxima o Estado de bem-estar social, o qual é um Estado assistencialista, sendo diretamente responsável por prover as necessidades básicas da população por intermédio de prestação de serviços ou até mesmo por contribuição pecuniária. Visando a garantia de direitos básicos, a consolidação dos dispositivos buscou estabelecer segurança jurídica, impedindo arbitrariedades do poder governamental. Para caracterizar um Estado de bem-estar social, é fundamental que a população tenha seus direitos reconhecidos em normas positivadas vinculadas a serviços sociais e, ainda, que tais benefícios sejam universalmente concedidos, de fácil acesso e sem necessidade de contraprestação (PALUDO, 2016).

De acordo com Barcellos (2018), a CRFB/88 definiu o bem-estar social como um princípio jurídico com a finalidade de estabelecer um norte para os atos realizados pelos poderes públicos. Desta maneira, por intermédio das atividades desenvolvidas pela administração pública, é possível definir o bem-estar social, sua aplicabilidade e eficácia. Tal princípio funciona como um limite de contenção aos atos desvinculados desse fim geral e impõe de modo imediato os efeitos obrigatórios decorrentes da norma constitucional, assim como pode ser considerado como um parâmetro hermenêutico no ordenamento jurídico, ou seja, por mais possibilidades de interpretações que possam existir, deve ser escolhida na norma mais voltada para o bem comum.

Considerando que o Brasil foi constituído como uma república federal, cumpre salientar que o país tem um poder central, mas está dividido em Estados, regiões e entidades que possuem determinada autonomia governativa. É importante mencionar que a relação constituída entre os entes políticos que compõem a federação brasileira é de coordenação, portanto, não há qualquer subordinação. Desse modo, todos os entes que compõem a federação possuem autonomia legislativa, organização política própria e autonomia administrativa e financeira, no entanto, tal autonomia deve estar dentro dos ditames e princípios impostos pela CRFB/88 e a finalidade de cada ato (RICARDO e DEUS, 2018).

Corroborando com a organização da estrutura da federação brasileira, Medauar (2018) ressalta que entre os desdobramentos da autonomia concedida aos entes políticos que compõe o Estado estão a 'autoadministração' e a 'autolegislação'. Cada ente é dotado de estrutura administrativa própria e independente das demais, podendo atuar no que for atinente à respectiva competência. A autonomia concedida para esses entes políticos, salvaguardada pela Carta Magna, é exatamente para que seja preservada a independência e a liberdade de atuação de cada um, para que cada gestor público consiga ter a possibilidade de atender da melhor forma os anseios sociais locais.

Como já mencionado, não há subordinação e sim colaboração. No entanto, a CRFB/88 não estabelece uma regra geral sobre o modo de estabelecer a coordenação entre os entes no exercício das diferentes competências fixadas no art. 23, sendo necessário aplicar uma legislação específica para cada tema. Em relação à educação, por exemplo, o art. 30, VI, estabelece que cabe ao Município manter programas de educação infantil e fundamental com a cooperação técnica dos outros entes. Assim, os demais níveis educacionais ficam sob a responsabilidade da União e dos Estados (BARCELLOS, 2018).

Gouveia (2011) aponta o reconhecimento da autonomia dos sistemas federais, estaduais e municipais de ensino, a organização em regime de colaboração entre esses sistemas e a definição de papéis e prioridades de cada uma das esferas de governo na educação como especificidades relevantes a se pontuar dentro da organização federativa brasileira. Afinal, mais do que garantir o direito à educação, a preocupação do legislador foi garantir o acesso, a aplicabilidade e eficácia, atribuindo as três esferas à responsabilidade e, ao mesmo tempo, oferecendo autonomia para cada uma em um determinado aspecto.

No que concerne a essa especificidade, Branco e Mendes (2017) apontam a divisão estabelecida na legislação de acordo com as competências de cada um. Aos Municípios, cabe atuar no ensino fundamental (séries iniciais) e na educação infantil (art. 211, § 2º CRFB/88) e, aos Estados e ao Distrito Federal, ensinos fundamental e médio (art. 211, § 3º CRFB/88). Já para a União, cabe organizar o sistema federal de ensino e o dos Territórios, assim como financiar as instituições de ensino públicas federais e exercer, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva a fim de garantir a igualdade de oportunidades educacionais (acesso e permanência) e um padrão mínimo de qualidade do ensino por intermédio de assistência técnica e financeira aos demais entes da federação brasileira (art. 211, § 1º CRFB/88).

Cumpre salientar que a divisão de competências de atuação na educação brasileira mencionada acima estabelece apenas a atuação prioritária, não exclusiva. Desse modo, a atuação do gestor público não necessita ficar restrita à sua competência, sendo oportuno desenvolver uma leitura e uma análise do contexto social em que se encontra inserido para atender outras demandas que possam eventualmente surgir. Como já apontado, os

atos do gestor público devem estar voltados para o bem-estar social, princípio imposto pelo constituinte para garantir que esta seja a maior limitação do poder público.

Conforme apresentado por Gouveia (2011), em relação ao financiamento, as três esferas de governo possuem responsabilidades e prioridades de acordo com sua respectiva competência. Cada esfera deve aplicar parte de suas receitas de impostos em educação. Ressalta-se ainda que a priorização financeira para o ensino fundamental (atualmente obrigatório) se manteve vigente desde a promulgação da CRFB/88, com ênfase para os Estados e os municípios na vigência da Emenda Constitucional (EC) nº 14/1996. Com o passar do tempo, houve uma expansão para toda a educação básica com fundamentos mais sólidos dados pelas ECs nº 53/2006 e nº 59/2009.

Visando garantir a eficácia e a aplicabilidade desse direito, a CRFB/88 regulamenta a forma que o financiamento dos investimentos públicos serão aplicados na educação, assim, cabe a União, anualmente, dispor de no mínimo 18% aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e o mínimo de 25% da receita resultante de impostos, compreendida a oriunda das transferências na manutenção e no desenvolvimento do ensino, garantindo não só o acesso, mas a permanência dos educandos aos estabelecimentos escolares (CANOTILHO, 2018).

A priorização financeira para a área da educação já apontada apenas reflete a preocupação do constituinte em garantir a aplicabilidade imediata desse direito, assegurando o acesso e a permanência para todos os sujeitos por intermédio da exigibilidade proporcionada com o arcabouço legislativo. Afinal, não foi por acaso que a CRFB/88 estabeleceu, de forma geral, que a ordem econômica e social devia possibilitar a todos os cidadãos existência digna, assegurando como um direito fundamental a educação (BARCELLOS, 2018). Como se observa, o próprio ordenamento jurídico pátrio reconhece o direito à educação como um instrumento de acesso eficaz ao exercício da cidadania.

Em que pese à educação tenha sido dotada constitucionalmente de um percentual mínimo de investimento público, Canotilho (2018) aponta o fato de que o restante da receita há de ser distribuída entre todos os demais direitos sociais, o que consequentemente acarreta em uma série de conflitos que se estabelecem nessa seara, considerando que caberá ao Estado integralmente arcar com os encargos sociais que claramente não tem logrado êxito em atender. Tal conflito de interesses sociais pode gerar uma crise que poderá resultar em um *deficit* na prestação de serviços estatais.

Conforme menciona Paludo (2016), um ideal de futuro possível a ser alcançado, que demanda a soma dos esforços de todos, deve considerar a atual condição do País, os seus potenciais, a consciência dos riscos e as decisões soberanas de governo que indicam a necessidade e a possibilidade de orientar o desenvolvimento econômico e social com inclusão social, elegendo como prioridade a educação e o combate às formas mais extremas da pobreza no país, visto que o futuro é construído de maneira conjunta e participativa pelo governo e pela população brasileira. Desse modo, não há como garantir um significativo desenvolvimento social sem investir de modo eficaz em educação, respeitando os princípios que perpassam todo o ordenamento jurídico brasileiro.

2. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA DOS GESTORES PÚBLICOS

Com o advento de uma dinâmica estatal intervencionista, na segunda metade do século XX surge uma expansão das atividades administrativas, impactando de forma significativa os direitos de indivíduos e de grupos sociais. Com a existência de inúmeros

centros de interesse distintos na sociedade e a ampliação dos direitos individuais e coletivos, ocorre um aumento de pressão da sociedade sobre a administração pública para o atendimento de suas reivindicações. Tem origem nesse cenário uma preocupação crescente com a atuação discricionária no âmbito administrativo, para que seja objetiva, imparcial e controlável, sobretudo no que tange à garantia do Estado de bem-estar social (MEDAUAR, 2018).

Nesse diapasão, cumpre diferenciar as expressões 'governo' e 'administração', comumente confundidas no âmbito social. O termo 'governo' pode ser definido como um conjunto de funções atribuídas ao Estado, dotadas de teor político e supremacia dos interesses públicos (MARINELA, 2018). Ainda, o governo, cuja natureza é eminentemente política, é exercido por sujeitos que tomam decisões de maneira relativamente autônoma e discricionária. Já a 'administração' é responsável pela execução de tais decisões e age de forma mais técnica, em regra, vinculada a uma norma e exercida sob uma hierarquia imposta (RICARDO e DEUS, 2018).

Nesse mesmo ângulo, afirma Paludo (2016) que a administração compreende toda a estrutura existente à disposição dos governos para que os objetivos políticos, econômicos e sociais que constituem a república federativa do Brasil sejam, de fato, concretizados e a finalidade do Estado, o bem comum, seja alcançada. De modo geral, tanto os atos desenvolvidos pelo governo, quanto pela administração, devem visar os anseios sociais, pois no governo a prevalência é o interesse público e na administração o bem comum é a finalidade de toda e qualquer ação.

Isto posto, deve-se destacar que a atuação do gestor público não é ilimitada e, para compreender essa atuação, faz-se necessário conceituar o ato administrativo que, nas palavras de Oliveira (2018, p.344), "[...] é a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública e de seus delegatários, no exercício da função delegada, que, sob o regime de direito público, pretende produzir efeitos jurídicos com o objetivo de implementar o interesse público", ou seja, o ato realizado pelo gestor público deve sempre ter como finalidade o bem comum.

Importante salientar que todo o arcabouço jurídico existente não é capaz de estabelecer rigorosamente todas as condutas de um agente administrativo. Entretanto, a legislação estabelece casos que possibilitam ao agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que deve praticar enquanto administrador dos interesses coletivos. Tais casos se enquadram perfeitamente no que se pode conceituar como poder discricionário por fazer parte das prerrogativas de valores que, nas palavras de Carvalho Filho (2018, p.110), "[...] é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público". Como se observa, há requisitos e limitações até mesmo na discricionariedade do gestor público.

Percebe-se dessa forma que a discricionariedade é a liberdade de atuação do gestor público limitada pelo direito, principalmente pelo princípio da legalidade, considerando tratar-se de poder atribuído à administração que deve ser exercido sob a égide constitucional (DI PIETRO, 2019). Logo, a discricionariedade deve ser uma alternativa outorgada ao administrador público para cumprir os objetivos que constituem as verdadeiras demandas dos administrados, sob o risco de impugnação por parte da coletividade e do judiciário (CARVALHO FILHO, 2018).

Nas lições de Medauar (2018), é possível encontrar o conceito de "liberdade-vínculo", tendo em vista que a discricionariedade administrativa significa uma condição de liberdade, mas com o exercício condicionado à atribuição legal desse poder específico a

determinados órgãos. Além de se sujeitar às normas específicas para cada situação, o poder discricionário também se encontra ligado a uma rede de princípios que fundamentam uma decisão, vinculando-a ao interesse geral.

Nos casos em que a lei transfere ao agente a verificação de sua ocorrência, atendendo à critérios de caráter administrativo (conveniência e oportunidade), cabe ao agente que elege a situação fática geradora da vontade, permitindo, assim, maior liberdade de atuação, embora sem afastamento dos princípios administrativos. Segundo Carvalho Filho (2018, p.177), “desvinculado o agente de qualquer situação de fato prevista na lei, sua atividade reveste-se de discricionariedade, redundando na prática de ato discricionário”, ou seja, caso uma demanda seja apresentada ao gestor público e não exista uma previsão expressa para sua conduta, sua ação será discricionária.

De fato, em que pese teoricamente o gestor público tenha uma ‘possibilidade de escolha’, as opções que elege como alternativas devem decorrer das demandas que se apresentam no âmbito social e, observando os dispositivos normativos, os princípios que constituem o Estado democrático de direito e a realidade social, percebe-se como é limitada a atuação do gestor público ao fornecimento das medidas adequadas para aplicação dos direitos previstos na legislação, pois não basta realizar uma escolha, tal opção precisa atender a finalidade à que seu cargo foi confiado, qual seja, o bem comum.

Como se observa, os atos praticados pela administração pública devem sempre visar o bem-estar social, mesmo nos casos específicos em que é possível ao gestor praticar atos discricionários. Desse modo, entende-se que nem todos os atos estão diretamente dispostos no ordenamento jurídico, até mesmo porque sem determinadas prerrogativas conferidas pela legislação aos agentes administrativos, não poderia o Estado alcançar os fins a que se destina, necessitando o gestor público de uma liberdade de ação, liberdade essa, monitorada pelos fundamentos que constituem a sociedade brasileira (CARVALHO FILHO, 2018).

2.1 A DISCRICIONARIEDADE ENQUANTO DEVER JURÍDICO E AS DEMANDAS SOCIAIS

Ao exercer o poder discricionário, o gestor deve voltar sua atenção ao interesse público, visando atender às reais necessidades referentes à competência que lhe foi conferida, o que demonstra claramente que a escolha realizada deve ser finalística, sendo uma possibilidade dentre tantas levantadas pelos anseios sociais que constituem o campo de atuação do gestor público. É fato que há distintos interesses no âmbito social, sendo função da autoridade em questão atribuir um peso justo a cada demanda suscitada, considerando os fatos e interesses dentro daquele determinado contexto (MEDAUAR, 2018).

Di Pietro (2019) menciona que a finalidade pode ser determinada de acordo com os critérios definidos em lei, podendo ser discricionária ou vinculada. Nesses termos, quando não há critérios objetivos legais que possibilitem inferir os fins alcançados, haverá discricionariedade administrativa, pois a lei comumente se refere a ela com noções vagas e imprecisas. Já em relação à finalidade vinculada, entende-se que para cada ato administrativo previsto na lei há uma finalidade específica que não pode ser contrariada, ou seja, as condutas já estão impostas e atreladas aos resultados.

Medauar (2018) afirma que a finalidade é critério vinculado invariável, considerando que toda a atuação administrativa deve visar o interesse público, sendo esse o fim mediato da administração pública, ao passo que o objeto da finalidade pode ser

constituído por um elemento variável, o que resulta na discricionariedade, sendo esse fim imediato que é o conteúdo do ato administrativo. Por exemplo, ao ponderar a construção de uma escola ou hospital, tem-se uma escolha relacionada ao objeto do ato, mas ambas visam atender os interesses públicos, demonstrando que a finalidade se encontra vinculada e o objeto não.

Com base na legislação vigente, infere-se que o poder é um atributo do Estado, cujo caráter é eminentemente instrumental, ou seja, trata-se de um instrumento para alcançar os fins estatais. Ainda que o poder decorra do povo, cabe ao Estado o exercício desse atributo para organizar as atribuições a ele conferidas. Assim, o Estado Democrático de Direito deve ter por objetivo geral e prioritário o atendimento do interesse público e, se no exercício do poder que lhe foi conferido pelo povo, o Estado se afastar do interesse coletivo, o ato praticado por este gestor padecerá de 'vício de finalidade', também denominado como 'desvio de poder' ou 'desvio de finalidade', devendo resultar na invalidação do ato, seja por medida administrativa ou judicial (RICARDO e DEUS, 2018).

2.2 A GESTÃO PÚBLICA E O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Em consonância ao ordenamento jurídico pátrio, toda atuação administrativa deve ser norteada pela busca da finalidade pública. Tal conceito, é abordado no âmbito administrativo na sua forma mais ampla, podendo-se admitir que o ato seja praticado na busca de diversos objetivos específicos e por vezes distintos, mas sempre observando a natureza finalística da escolha. Desse modo, eleger segurança pública, saúde ou educação como prioridade é defender o interesse público. Percebemos que, sem se afastar do bem comum, a autoridade competente pode escolher, com base em critérios discricionários de conveniência e oportunidade, uma ou outra prioridade dentre as demandas existentes (RICARDO e DEUS, 2018).

Conforme previsão expressa na CRFB/88, a ordem econômica e social deve possibilitar a todos existências dignas, tendo assegurado a educação como um direito social. Dessa forma, toda a ordem jurídica existente e a estrutura estatal devem estar devidamente organizadas e voltadas para oferecer aos indivíduos prestações educacionais. De acordo com Barcellos (2018, p.157), "[...] não é apenas a formação intelectual do indivíduo que receberá influência dessa decisão; também sua capacidade de integrar o mercado de trabalho, de participar politicamente, de exercitar suas liberdades etc. serão afetadas", o que reforça a amplitude do direito à educação.

Ainda que a CRFB/88 expresse o direito à educação no art. 6º, tal disposição desdobra -se em vários direitos mais específicos, aos quais correspondem serviços a serem prestados pelo Poder Público em parceria com toda a sociedade geral. Desse modo, ao longo do texto constitucional, encontram-se garantias expressas atreladas ao direito à educação, como o direito das crianças de até cinco anos de idade terem acesso ao ensino infantil (art. 208, IV), à educação básica (art. 208, I e VII) obrigatória, que abrange o ensino ministrado dos quatro aos 17 anos e, portanto, inclui a pré-escola (crianças de quatro a seis anos), o ensino fundamental (com duração de nove anos e início aos seis anos de idade) e o médio (com duração mínima de três anos), dentre outras garantias.

Nem sempre haverá necessidade de realizar uma determinada escolha, pois, mesmo que não haja conflitos entre diferentes manifestações de demandas distintas, a escassez de recursos pode exigir a fixação de prioridades entre diferentes necessidades

vinculadas a direitos, como é o caso da educação. Desse modo, cabe ao gestor estabelecer as prioridades que se apresentam nos anseios sociais (BARCELLOS, 2018). Ademais, conforme previsão expressa na CRFB/88, a educação a ser ofertada pelo Estado deve ser de qualidade, ainda, oferecida independentemente da esfera governamental, sem discriminação de sujeito, devendo ser acessível e capaz de abrir as portas para os demais direitos constitucionalmente garantidos.

É nesse sentido que o direito à educação deve ser observado pelos gestores públicos como a escolha que possibilita aos sujeitos de direito enxergar as ações governamentais, capaz de conduzir e guiar as novas demandas que compõem o cenário da administração pública, pois o dever do Estado não se encontra limitado à construção de creches e escolas públicas. Mais do que garantir o número de vagas suficientes para o atendimento dos titulares do direito, a educação ofertada deve atender aos propósitos constitucionais, não se tratando de obrigação apenas da União, mas estendida à toda a federação brasileira (CANOTILHO, 2018).

3. DA PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO X A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

As desigualdades regionais resultam em realidades distintas, impedindo que todos os cidadãos brasileiros tenham acesso aos serviços públicos compatíveis com o que prevê o texto constitucional. Nas palavras de Gouveia (2011, p.76), “as disparidades no desenvolvimento socioeconômico e os problemas do padrão pouco equitativo de financiamento da educação resultam em sérias desigualdades educacionais no Brasil em relação a todas as etapas da educação”. Ao analisar os dados da educação brasileira, é fácil constatar que persiste uma determinada ‘exclusão educacional’, principalmente nas regiões Norte e Nordeste, decorrentes da disponibilidade financeira, refletindo na diversidade de gasto por aluno praticado em cada região e unidade da Federação, impossibilitando que o ideal de dignidade humana previsto na CRFB/88 seja, de fato, alcançado.

Para que ocorra o cumprimento das metas previstas no ordenamento jurídico é necessário planejamento e recursos orçamentários. Destaca-se que não existe recurso orçamentário o suficiente para atender a todos os pleitos individuais e todos os direitos sociais. Desse modo, sabiamente, o constituinte estabeleceu no artigo 165 da CRFB/88 três importantes instrumentos de definição de metas a serem estabelecidos por meio de leis de iniciativa do Poder Executivo, sendo eles: o Plano Plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. Com o objetivo de demonstrar que a educação é prioridade quando se fala em recursos orçamentários, foi imposto que algumas diretrizes podem ser vinculantes e devem, obrigatoriamente, ser incluídas nas leis orçamentárias, como a exigência de percentual mínimo de gastos com a educação, segundo o artigo 212 da CRFB/88 (DI PIETRO, 2019).

Quando se fala de gastos e investimentos na educação, é importante mencionar que a escola não pode ser pensada apenas como instrumento para combater o analfabetismo e a ignorância. De acordo com Cruz e Silva (2016), mais do que oferecer instrumentos técnicos para a superação das desigualdades, é necessário oferecer ao sujeito possibilidade de transformação social, para que esse indivíduo possa reconhecer o cenário social como algo de sua responsabilidade e se sinta parte ativa do contexto da administração pública. A escola tem papel de construir com os sujeitos novos hábitos, respeitando as singularidades e especificidades de cada cenário imposto.

Comumente, a educação é oferecida como algo atrelado ao mercado de trabalho, mas é necessário apontar que a valorização do trabalho humano necessita de políticas públicas de qualificação profissional a fim de valorizar a prática profissional, bem como sua remuneração, visando mudanças significativas nas condições em que a função é exercida (BARCELLOS, 2018). Importante destacar que, conforme previsão expressa no art. 205 da Constituição, a educação é exatamente uma das políticas públicas voltadas para a 'qualificação para o trabalho'. Ocorre que a educação é mais do que a mera preparação para o trabalho, visto que a educação é a preparação para a vida, seja as conquistas individuais do sujeito, como sua preparação para o convívio social.

Ainda, a valorização do trabalho não se encontra limitada a uma mera remuneração, mas sim ao fortalecimento dos sindicatos, tendo em vista que, organizados coletivamente, os trabalhadores têm melhores condições de negociar melhorias significativas no contexto em que se encontram inseridos. Nossa Carta Magna apresenta um ousado projeto: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), com prevalência na promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), oferecendo, por exemplo, condições dignas de trabalho e educação para o filho do trabalhador (art. 227, caput). Trata-se de um denso esforço de proteção do ser humano nos mais variados cenários existenciais e sociais (CANOTILHO, 2018).

Frente às garantias constitucionais, é importante apontar a fragilidade da ideia de conduzir uma sociedade e um Estado pela lógica do capital em sua ânsia de reprodução e legitimação, e não pelo atendimento das necessidades dos administrados. Por mais bem concebido e intencionado que seja um plano de atuação estatal, suas possibilidades de realização, se guiadas unicamente pelo capital, não serão suficientes para suprir o que dispõe o texto constitucional. Ora, observando o cenário brasileiro, observa-se que a classe dominante nunca teve e nem tem um projeto de independência nacional e as classes populares até hoje não conseguiram se organizar para formular e implementar um projeto segundo seus interesses, principalmente na esfera educacional (CRUZ E SILVA, 2016).

Ainda de acordo com a autora, trata-se de um grande equívoco pensar que um plano de educação possa ser realizado com êxito se estiver desvinculado de outras medidas voltadas à, pelo menos, atenuar as problemáticas sociais que afetam de modo direto ou indireto a educação brasileira, como o desemprego, a fome, os baixos salários, a moradia, a saúde, o lazer, os transportes, a cultura, dentre outros. De acordo com Gouveia (2011), a ampliação das prestações em educação se deu sem a ampliação dos recursos e de condições necessárias para o fornecimento de uma educação de qualidade. Mais escolas, mais alunos e mais docentes, em um cenário de recursos insuficientes, afetou diretamente a remuneração e as condições de trabalho dos sujeitos envolvidos no âmbito escolar e a administração pública não deu (nem dá) conta de fornecer a manutenção adequada dos ambientes escolares, tornando precário o contexto da educação brasileira.

Marinela (2018) enfatiza que a presença de três pressupostos deve conduzir a interpretação do Direito Administrativo, sendo eles: a desigualdade jurídica existente entre a administração e os administrados, a presunção relativa de legitimidade dos atos desenvolvidos pela administração e a necessidade de poderes discricionários para que a administração possa atender a esses interesses. Conforme aponta a autora, o gestor público não pode ser um "boneco de olhos fechados" e nem mesmo um mero aplicador da lei. Por isso, a discricionariedade administrativa é fundamental para o exercício da função, sendo a possibilidade que o direito oferece para que o gestor possa contemplar as

demandas mais urgentes e necessárias que se apresentam por intermédio dos administrados, pois tal prerrogativa encontra-se demarcada pela finalidade pública e pelo bem comum, sob risco de ser penalizado em razão da prevalência do interesse público.

3.1 DA PRIORIDADE ABSOLUTA DO DIREITO À EDUCAÇÃO

A Constituição garante o direito social à educação, tanto no art. 6º quanto no art. 205, ao tratar da Ordem Social. O direito à educação apresenta uma estrutura um pouco mais complexa dentre as demais garantias constitucionais, pois o constituinte dispôs vários direitos à educação, contemplando todas as modalidades de atendimento, e inseriu a determinação expressa que caberá ao Estado prestar os diferentes serviços educacionais (BARCELLOS, 2018).

Cumpre salientar que a expressão 'serviços educacionais' representa bem mais do que atividades relacionadas com a construção de escolas, existência de aulas, atendimento aos alunos e oferta de materiais didáticos, pois, conforme previsão no artigo 205 da CRFB/88, todo o conjunto de atividades ofertadas no âmbito educacional deve visar o "pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". Observa-se que a educação, como disposta no texto constitucional, é bem mais ampla do que comumente conhecemos. A própria população muitas vezes distorce e desvaloriza o cenário educacional, priorizando outros direitos em detrimento à educação.

Quando a discussão se volta para o campo econômico, é possível identificar "[...] que o destino de ações estatais visando à promoção de direitos será em boa medida definido no âmbito do orçamento e, no caso brasileiro, por conta do caráter autorizativo deste, também no momento da execução orçamentária" (BARCELLOS, 2018, p.565). Assim, mesmo que se trate de despesas obrigatórias, como por exemplo os investimentos mínimos em saúde e educação, determinadas prioridades terão de ser definidas a fim de especificar a atuação da autoridade competente, já que tais categorias são consideravelmente amplas.

A implantação de diferentes políticas públicas pode ser uma importante contribuição a fim de alocar o orçamento de acordo com as diversas demandas, pautando-se de acordo com o que é mais importante em cada momento histórico, principalmente no que tange a estes dois grandes direitos – saúde e educação. Importante estabelecer uma pequena comparação do rol dos direitos sociais e as obrigações estatais na garantia dos direitos com a realidade atual do Estado brasileiro, o que possibilita compreender que o Estado não possui condições de cumprir todas as metas constitucionais e atender a todos os 'direitos' dos cidadãos e, por isso, tais normas são consideradas programáticas, pois necessitam de leis e medidas administrativas para serem efetivadas (BARCELLOS, 2018).

Conforme aponta Di Pietro (2019, p.1660), "daí a necessidade e importância das políticas públicas: dentre tantas metas postas pela Constituição, as políticas públicas definem as que devem ser atendidas prioritariamente". De modo geral, o ponto mais relevante em uma discussão orçamentária deveria ser o debate acerca das prioridades em termos de direitos fundamentais no país, o que não tem acontecido no campo prático. Nesse ponto, cumpre reforçar o papel desempenhado por uma educação de qualidade, proposta no texto constitucional, a fim de garantir a completa eficácia dos direitos políticos dos cidadãos, possibilitando o exercício da cidadania com total autonomia frente à administração pública.

Corroborando o que já foi mencionado, Branco e Mendes (2017, p.589) apontam que “[...] as falhas na formação intelectual da população inibem sua participação no processo político e impedem o aprofundamento da democracia”. Desse modo, interessante observar que o art. 5º, LXXI, da CRFB/88 expressamente, previu a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de uma norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das garantias inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A própria origem do mandado de injunção demonstra que tal instituto foi criado com vistas a sanar o problema da ineficácia das disposições previstas no texto constitucional que concediam direitos sociais, em particular as obrigações estatais no plano da educação pública, podendo-se afirmar que o mandado de injunção surgiu com a necessidade de elaborar-se um instrumento jurídico-processual com fundamento em uma norma de eficácia máxima, para a defesa do direito à Educação. A regulamentação do permissivo constitucional se deu com a edição da Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016, que regulamentou o processamento dos mandados de injunção individual e coletivo (BRANCO E MENDES, 2017).

Desse modo, todo o conjunto de atos praticados para prestar o serviço de educação envolve o exercício de competências político administrativas, seja relacionada à estrutura, currículos e outros temas, com a finalidade de dar efetividade à Constituição e à legislação na matéria (BARCELLOS, 2018). Assim, resta claro que o direito à educação constitui um direito fundamental que não pode ser postergado, tendo em vista que a violação de um direito fundamental, de acordo com Branco e Mendes (2017, p.151), “[...] autoriza, em casos de mais aguda gravidade, que o juiz imponha as providências concretas, estimadas necessárias para que a omissão não agrave o dano que gera”. Tal determinação realizada pelo judiciário não pode ser censurada como afronta à separação de Poderes, nem contestada pela defesa da reserva do possível.

Ao que se refere à constante institucionalização, deve-se apontar o caráter de direito subjetivo conferido pelo constituinte a essas situações jurídicas, sendo perfeitamente possível a judicialização em caso de prestação de serviço deficiente ou incompleto. Trata-se de um entendimento consolidado na doutrina e no ordenamento jurídico pátrio que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, considerando que o não oferecimento de ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importará responsabilização imediata da autoridade competente (BRANCO E MENDES, 2017).

A preocupação em universalizar pelo menos o acesso ao ensino fundamental ainda permanece presente nas principais discussões sociais atuais. No entanto, o questionamento a ser feito é ‘universalizar para quê?’, tendo em vista que a mera inserção no âmbito educacional não garante uma qualidade significativa do ensino. Oferecer o acesso é diferente de garantir a permanência. A concepção tradicional de educação ainda se faz presente no senso comum, principalmente naqueles que escrevem sobre educação e sobre política educacional. Esse senso comum acredita que existe um conhecimento e que o papel da escola é simplesmente depositar esse conhecimento na cabeça dos alunos. Em que pese tal entendimento encontre-se superado, a sociedade continua atribuindo à escola essa função (CRUZ E SILVA, 2016).

A CRFB/88 estabelece a obrigatoriedade do Poder Público para estabelecer metas de educação, visando enfrentar as problemáticas mais graves que envolvem esse direito no país, como por exemplo o analfabetismo, a não universalização do atendimento escolar, o *deficit* na qualidade do ensino, bem como a adoção de medidas concretas para

a promoção humanística, científica e tecnológica do país. A democratização advinda com o texto constitucional foi firme ao visar compensar décadas de descaso com a educação pública com a aplicação de novas medidas, a fim de garantir qualidade e acesso universal. Atualmente, além da universalização, o modelo constitucional de educação precisa atender a camada mais humilde da população com uma educação que ofereça acesso para a cidadania, pois, nas palavras de Canotilho (2018, p.3616), “o futuro do país depende de um projeto de educação abrangente, que pense o país nos próximos cinquenta anos, de modo a dar-lhe condições de existência e sobrevivência nesse mundo que se interliga cada dia mais”.

Mais importante do que fornecer a educação, a administração pública deve se preocupar com a qualidade do ensino ofertado, pois não basta oferecer o mínimo constitucional previsto ou argumentar a escassez de verba existente, visto que o texto constitucional elegeu a educação como prioridade e como o direito capaz de fornecer acesso aos demais direitos. Desse modo, uma sociedade sem acesso a uma educação digna não poderá participar de forma autônoma e eficaz das decisões governamentais, ficando sempre à mercê dos jogos políticos e das decisões de uma classe dominante. A educação é medida que se impõe na construção de uma sociedade nos moldes do próprio texto constitucional.

METODOLOGIA

A presente pesquisa decorre de uma observação realizada no ordenamento jurídico pátrio, o qual prevê o direito à educação como um direito de cidadania, delineando-o entre os direitos fundamentais. Ocorre que, quando inserido no contexto da Administração Pública, tal garantia é contemplada pela discricionariedade do Gestor Público, necessitando de um aprofundamento teórico mais significativo a fim de estabelecer a autonomia do Gestor e a prevalência dos direitos fundamentais, apontando que demandas devem ser atendidas pelo Poder Público.

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Nas palavras de Oliveira (2007, p.37), é uma pesquisa que exige “um processo de reflexão e análise da realidade através da utilização de métodos e técnicas para a compreensão detalhada do objeto de estudo em seu contexto histórico e ou segundo sua estruturação”. A referida abordagem permite o conhecimento do estado da arte do objeto em estudo e avançar no conhecimento e interpretação da realidade. Henriques e Medeiros (2010) ponderam que o Direito, ao estudar os fenômenos sociais, expressam a sociedade de modo geral e não sujeitos em particular. Ao objetivar essa expressão, a pesquisa científica permite aprofundar o conhecimento das normas da ciência jurídica. Neste sentido a pesquisa qualitativa se adequa aos objetivos da investigação em curso, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis mais complexas.

A pesquisa é do tipo bibliográfica, onde são analisadas as referências a respeito do assunto em livros, considerando a vasta literatura existente acerca da temática abordada. Nas palavras de Henriques e Medeiros (2017, p.106), “a pesquisa bibliográfica é uma das principais modalidades a que o pesquisador jurídico geralmente se dedica”. Cumpre salientar que, de acordo com os autores acima mencionados, a pesquisa do tipo bibliográfica pode constituir-se em uma única fonte de pesquisa, atrelando-se à revisão da literatura, sendo essa responsável pela devida fundamentação para uma efetiva análise, à construção de hipóteses, à formulação do problema de pesquisa, entre outros pontos relevantes.

O método, como forma de explicitar a verdade, busca na dedução a possibilidade de constatar “verdades particulares em verdades universais” (CERVO; BERVIAN e SILVA, 2007). O texto, portanto, busca uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos mais densos e plausíveis possíveis. Ademais, de acordo com Matias-Pereira (2019, p.48), “o raciocínio dedutivo tem o objetivo de explicar o conteúdo das premissas. Por intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para o particular, chegar a uma conclusão”. Assim, o presente estudo usou o método dedutivo por contemplar de forma mais eficaz os objetivos da pesquisa.

A pesquisa é explicativa, pois mostra as relações causais entre as variáveis. De acordo com Henriques e Medeiros (2017, p. 99), “ocupam-se de causas, de fatos que determinam ou contribuem para a ocorrência de determinados fenômenos”. Nesse sentido, Matias-Pereira (2019, p.90) enfatiza que a pesquisa “[...] aprofunda o conhecimento da realidade porque explica a razão, o ‘porquê’ das coisas”, com o objetivo de identificar elementos que contribuem para o surgimento de novos ‘fenômenos’. Desse modo, a pesquisa explicativa atende ao objetivo geral do projeto de pesquisa.

ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS DADOS

Com base no levantamento bibliográfico realizado, é possível constatar que nem todo o arcabouço jurídico existente é capaz de conduzir de forma significativa as ações de um gestor público. Frente às constantes intervenções estatais e às crescentes demandas sociais que compõem o cenário atual, torna-se fundamental a aplicação correta da discricionariedade administrativa a fim de atender os distintos anseios sociais que vão sendo apresentados. Considerando que a discricionariedade atua no campo das ‘escolhas’ realizadas pelos gestores, observa-se que tais atos não possuem liberdade irrestrita e, por mais que esse ato não se encontre vinculado à lei, todos os atos administrativos devem ter uma finalidade comum, o bem-estar social. Ainda, a escolha eventualmente realizada deve corresponder a uma demanda social, apontada como prioridade pela própria sociedade.

Ao pensar nessa preponderância de direitos, é importante destacar que o direito à educação, além de compor o direito da dignidade da pessoa humana, também compõe o exercício da cidadania, capacitando o sujeito para uma prática eficaz dos demais direitos constitucionalmente amparados, devendo se sobrepor a qualquer demanda, o que claramente não tem ocorrido na atual conjuntura brasileira. Seja na esfera municipal, estadual ou federal, é fato que a educação como conhecemos atualmente ainda permanece distante dos ditames constitucionalmente impostos.

Além da constante indiferença de muitos gestores, a própria sociedade permanece inerte frente ao quadro de desvalorização e ataques constantes aos direitos adquiridos no âmbito educacional, o que torna mais difícil exigir dos gestores que escolham e priorizem a educação quando a própria população não o faz. Ocorre que, quanto menos se investir na educação, menor será a população com possibilidade de exercer sua cidadania com autonomia e eficácia, menor será a população capaz de interferir na discricionariedade administrativa, menor será a população que reconhecerá a educação como porta de acesso para os demais direitos e menor será a população com possibilidade de transformação do contexto em que se encontram inseridos. Desse modo, por mais indiferente que seja a sociedade, os ditames constitucionais garantem uma educação de qualidade que deve ser priorizada pelos gestores públicos.

CONCLUSÃO

A discricionariedade administrativa é a autonomia de decisão concedida ao gestor frente às demandas que surgem na administração pública, referente às escolhas que podem ser realizadas. Frisa-se que tal ato encontra limitação no princípio da legalidade e na finalidade de cada ação pública, qual seja o bem comum. Além da vinculação específica da finalidade da discricionariedade, o ato realizado precisa de critérios, como a conveniência e a oportunidade. Com o intuito de resguardar o direito à educação, a CRFB/88 delineou essa garantia, insculpindo-a entre os direitos fundamentais, tendo em vista que, mais do que agregar conhecimentos, a educação é o instrumento que possibilita à cada sujeito a inserção no âmbito social e a transformação da realidade em que se encontra inserido. Assim, a educação brasileira dispõe de um percentual mínimo que deve ser aplicado obrigatoriamente pelos entes federativos.

Frente à complexidade deste direito fundamental, a educação brasileira necessita, em muitos casos, de mais investimento do que prevê a legislação, considerando a amplitude e o que abrange de fato a educação conforme disposição constitucional. A educação fornecida deve ter exatamente o efeito de possibilitar a ascensão do sujeito aos distintos espaços sociais. O estabelecimento das garantias e a proteção que o ordenamento jurídico pátrio disponibiliza possibilita o acesso e a permanência nos espaços educacionais, permitindo que cada cidadão brasileiro possa, por intermédio da educação, conviver no âmbito social com dignidade e qualidade significativa de vida.

Desse modo, constata-se que em determinados momentos o direito à educação deve prevalecer na discricionariedade administrativa, principalmente quando um determinado gestor, por exemplo, deseja optar por investir em outras atribuições como infraestrutura, ou outras demandas que possam eventualmente surgir em detrimento da educação. Por mais que o investimento mínimo constitucionalmente fixado tenha sido realizado, se a educação não se encontra devidamente amparada, a discricionariedade realizada pelo gestor deve ser questionada pelos agentes da sociedade, pelas entidades sociais, pela sociedade organizada, pelo Ministério Público, pelo Legislativo, entre outros, pois o direito à educação representa a ‘porta de acesso’ aos demais direitos constitucionalmente amparados, assim como a participação dos administrados no contexto da administração pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **BRASIL. Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria da Educação Básica. **Base nacional comum curricular**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Lei n. 9.349, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al*. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

CERVO, Luiz A.; BERVIAN, Pedro A.; SILVA, Roberto. **Metodologia científica**. 6ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

GOUVEIA, Andréa Barbosa et al (org.). **Federalismo e políticas educacionais na efetivação do direito à educação no Brasil**. Brasília: IPEA, 2011.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no Curso de Direito:** como elaborar o trabalho de conclusão de curso (TCC). 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed., rev. e reform. São Paulo: Atlas, 2017.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de metodologia da pesquisa científica**. 4. ed. 3. Rempr. São Paulo: Atlas, 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer pesquisa qualitativa**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2018.

PALUDO, Augustinho Vicente. **Administração pública**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

RICARDO, Alexandre; DEUS, João de. **Direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ACIDENTE SOFRIDO PELO TRABALHADOR AVULSO E SUA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO EMPREGO

Guilherme Henrique Hartwig[1]
Cloves Fernandes Barbosa[2]

Resumo: O presente estudo analisa a responsabilidade civil decorrente do acidente sofrido pelo trabalhador avulso e sua estabilidade provisória do emprego. O tema é importante em razão de ser a responsabilidade civil um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Persiste para aquele (o trabalhador avulso) que sofre um dano a possibilidade jurídica de ser ressarcido. Sucessivamente, a estabilidade provisória no emprego, que considera o direito de o trabalhador manter-se no emprego mesmo contra a vontade do empregador. A pesquisa tem abordagem qualitativa, é do tipo bibliográfica, com método dedutivo e aprofundamento descritivo. O instituto da responsabilidade civil dispõe de vieses que merecem atenção, principalmente ao tratar de acidente decorrente da execução do contrato de trabalho. O estudo aborda as teorias de responsabilização juntamente com seus pressupostos, bem como as excludentes do dever de indenizar. Derradeiramente, se constata que a teoria subjetivista é tida como regra geral, com o fito de apurar as verdadeiras causas do dano e, consequentemente, responsabilizar aqueles que contribuíram para o acidente, seja empregador, terceiro ou o próprio trabalhador.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Acidente. Trabalhador avulso. Estabilidade. Emprego.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto os aspectos legais que devem ser considerados quanto à responsabilidade civil decorrente do acidente sofrido pelo trabalhador avulso e a sua estabilidade provisória do emprego. O estudo está pautado em duas teorias principais de responsabilização previstas no ordenamento pátrio, a saber: a teoria da responsabilidade civil objetiva, prevista no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil, baseada no dever de indenizar independente da comprovação de dolo ou culpa e a teoria da responsabilidade subjetiva, com previsão constitucional no artigo 7º, inciso XXVIII, calcada na figura da culpa aquiliana *lato sensu* prevista nos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil.

A matéria é fundamental para todos os ramos do Direito, uma vez que se encontra intimamente ligada à ideia de manutenção da ordem pública e da proteção daquele que sofre um dano, proporcionando sua total reparação ou, quando isso não for possível, sua compensação. Nas relações de trabalho, a responsabilidade civil assegura ao empregado seus direitos até a cessação de seu infortúnio. Para o empregador, no primeiro momento, exercendo a atividade de empresário, recai a responsabilidade decorrente do acidente de trabalho. “Assumir os riscos delas decorrentes, pois, mesmo sabendo da potencialidade ou possibilidade de danos a terceiros, ainda assim optou por dedicar-se a esse mister” (STOCO, 2004, p. 167). Por outro lado, o empregador se exime de responsabilidade caso restar comprovado que não contribuiu para o acidente de trabalho. “É necessário comprovar a culpa do agente causador do dano, bem como o nexo de causalidade, e os prejuízos dali decorrentes” (CARVALHO, 2017, s. p.). O tema é tão relevante na sociedade que o legislador infraconstitucional reservou título exclusivo no Código Civil,

1. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: guilherme.hartwig@hotmail.com.
2. Professor Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: clovesbarbosab@bol.com.br.

qual seja, Título IX. Conforme a sociedade evolui, mister se faz que o direito como um todo se renove, se adapte, principalmente quando tratar de relações de trabalho.

Apesar das teorias de responsabilidade civil já serem amplamente estudadas nas relações de trabalho previstas no ordenamento pátrio, ainda existem algumas lacunas que pendem de aprofundamento, especialmente ao se referir à modalidade de trabalhador em comento. Por ser uma modalidade atípica comparado com as outras espécies de trabalhador existentes na sociedade, bem como de não possuir o vínculo de emprego, de tal forma que, ainda há dúvidas sobre para quem deverá recair a responsabilização decorrente do acidente do trabalho.

Nascem vários conflitos quanto à responsabilização decorrente do acidente do trabalhador avulso, pois tal classe, anteriormente a Constituição Federal de 1988, não possuía nenhum direito previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Com a promulgação da Magna *Lex*, no entanto, concedeu-lhes tratamento isonômico entre o trabalhador avulso e o trabalhador com vínculo empregatício, em seu artigo 7º, inciso XXXIV, que trata da igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo de emprego permanente e o trabalhador avulso.

Desse modo, não se pode deixar lacunas, bem como se valer de interpretações exíguas ao tratar de uma lesão ao trabalhador e uma possível responsabilização civil juntamente com uma estabilidade provisória no emprego, a depender do caso concreto. Nas palavras de Oliveira (2006, p. 71) “onde houver dano ou prejuízo, a responsabilidade civil é invocada para fundamentar a pretensão de ressarcimento por parte daquele que sofreu as consequências do infortúnio”. Conflitos não podem obstruir a responsabilização civil e, consequentemente, uma reparação do dano a aquele que o sofreu.

Embora o trabalhador avulso tenha seus direitos assegurados na CLT, vez que são equiparados ao trabalhador da modalidade celetista, ainda há certa divergência ao tratar da responsabilização civil, ainda mais que nessa categoria os trabalhadores são, necessariamente, intermediados por sindicato da categoria ou pelo Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO). Surgem, então, dúvidas quanto à estabilidade provisória do emprego desse trabalhador avulso, tal qual, como deverá ser tratado os casos decorrentes de acidente do trabalho e a quem compete a responsabilização inerente a este acidente, seja para o empregador, empregado, isolada ou concorrentemente, sindicato da categoria ou até mesmo para o OGMO, nestes casos, de forma solidária ou subsidiária.

O artigo contextualiza, inicialmente, a responsabilidade civil no direito do trabalho. Posteriormente, caracteriza o trabalhador avulso, sindicato e o OGMO. Finaliza demonstrando a responsabilidade civil decorrente do acidente do trabalho e a sua estabilidade provisória do emprego.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO

1.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

O instituto da responsabilidade traz uma ampla discussão teórica conceitual, a responsabilidade é um termo que se constitui em quanto categoria de análise, dentro do direito, notadamente, a responsabilidade está presente em diversas áreas e, principalmente na seara do Direito do Trabalho. Há autores, como Carvalho (2017), que apresentam o termo como originário do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, onde a tradução significa responder ou se comprometer, ou seja, o indivíduo que exerce alguma atividade que gera riscos para outrem tem o dever de assumi-los. No sentido etimológico,

pode se comparar a uma obrigação, contraprestação ou encargo. Por outro lado, no sentido jurídico, expressa a ideia de desvio de conduta.

Atualmente, na esfera trabalhista, a responsabilidade civil objetiva está prevista na Constituição Federal e na Lei nº 8.2136/91, bem como na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) onde trata do contrato de trabalho. Assim, a CLT se preocupou em enunciar em seu artigo 2º, *caput*, que quando o dano decorrer da execução (regular) do contrato de trabalho, aquele, o empregador, que explora tal atividade deve aceitar os riscos a ela inerentes.

A responsabilidade civil objetiva no âmbito do Direito do Trabalho presume que o empregado não pode ser acometido de qualquer ônus em razão da execução de suas atividades. O empregador deverá ser responsabilizado pelos atos do empregado na execução do contrato, independentemente se realiza uma instrução periódica quanto a segurança na execução de seus serviços, bem como propicia um ambiente seguro para o empregado. Isso não o desobriga da responsabilidade, pois sem a atividade exercida ao empregador, o empregado, continuaria com sua saúde incólume. Nesse sentido entende Cavalieri Filho (2009, p. 135) que "o causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado, cabendo-lhe elidir essa presunção, isto é, provar que não tem culpa, o que, sem dúvida, favorece sobremaneira a posição da vítima".

Nos casos decorrentes de acidente de trabalho, a assunção da responsabilidade objetiva do empregador necessita, para tanto, a comprovação do nexo causal e o efetivo dano ao trabalhador, sendo irrelevante a comprovação de culpa. Dessa forma, a responsabilidade civil objetiva trouxe maior segurança ao trabalhador, pois na maioria dos casos de acidente típico de trabalho a maior dificuldade enfrentada pela vítima é conseguir comprovar a culpa do empregador.

Concomitante a responsabilidade civil objetiva, foi desenvolvida a teoria de risco, com o fito de responsabilizar quem efetivamente o produziu, este, então, terá que arcar com os danos causados a outrem. Partindo desta teoria, impede apresentar as principais espécies de riscos trazidas pela doutrina em matéria de responsabilidade civil, a saber: risco integral, risco proveito, risco criado, risco profissional e social e, por fim, a teoria do risco da atividade econômica (MAZEAUD, 1961).

O risco integral, como o próprio nome já diz, possui o escopo de responsabilizar totalmente o agente causador do dano, todos os infortúnios suportados pela vítima, sem a análise da culpa. Bastando a vinculação do nexo causal e do prejuízo experimentado (DALLEGRAVE NETO, 2008).

A teoria do risco proveito, decorre da ideia que ao explorar determinada atividade com a mão de obra alheia, o empregador se beneficia, ou seja, tira de alguma forma proveito do fato causador. Caso ocorra algum dano, este fica obrigado a repará-lo, em conformidade com o brocardo *ubi emolumentum, ibi ônus*, que se traduz em onde está o bônus deverá estar o ônus, é o fundamento da teoria do risco proveito. (VILHENA, 1999).

Risco criado, tem por objetivo facilitar a indenização do trabalhador que exerce atividades que, apesar de lícitas, são consideradas perigosas. Aquele que possui uma atuação empresarial em determinada atividade que enseja perigo ao executá-la, deve assumir os riscos pertinentes a ela. Imperioso destacar a lição de Dallegrave Neto (2005, p. 107) "a teoria do risco criado, além de ser mais equitativa, ampliou o conceito de risco proveito, na medida em que a vítima sequer terá que provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um proveito obtido pelo agente".

A teoria do risco profissional, segue o mesmo rito do risco criado, porém ela é mais abrangente, ao passo que está última se limita a analisar a responsabilização das

atividades perigosas exercidas pelo trabalhador. Já a teoria profissional, deriva do conceito de que o risco deverá sempre ser suportado pela empresa, independentemente se a atividade não é considerada perigosa nos casos de acidente de trabalho, pois é ela quem cria o risco, sendo a responsável pelo desenvolvimento das ações de seus empregados (FERREIRA, 1999).

Para finalizar as teorias de risco, tem-se a da atividade econômica, prevista no artigo 2º da CLT e 927 do Código Civil, deriva do conceito que o trabalhador não pode sofrer qualquer dano pelo simples fato de executar justamente o que fora contratado, o risco para viabilizar a atividade econômica é do empregador (exclusivamente), não podendo ser transferido para o trabalhador. Salienta-se que a responsabilidade civil objetiva está assumindo cada vez mais espaço nas relações jurídicas da sociedade, principalmente nas relações de trabalho. Assim, fundamental seu aprofundamento, juntamente com as diferentes facetas da teoria do risco.

Por outro lado, o Direito do Trabalho também admite a teoria da responsabilidade subjetiva, tendo o elemento culpa como diferenciador da objetiva. De acordo com a referida teoria, a culpa estaria associada à responsabilidade subjetiva, onde necessária a comprovação do dolo e da culpa *stricto sensu* (CARVALHO, 2017). Tal responsabilidade erige em pressuposto da obrigação de indenizar, compensar ou de reparar o dano. Portanto, aquele que sofre um dano em decorrência do ato de outrem, para fazer jus a algum tipo de reparação, consoante a responsabilização subjetiva, necessário que prove a culpa do agente causador, o nexo de causalidade e, ainda, os prejuízos suportados. Para Diniz (2002, p. 07),

> a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ele pertencente ou de simples imposição legal.

A responsabilidade civil, em especial a subjetiva, exerce duas funções principais, primeiramente uma função reparadora afim de indenizar o dano por outrem sofrido e, também desempenha uma função sancionadora, quando há um ato ilícito e culpável, quem o ocasionou deve suportar as consequências provenientes daquele.

De tal modo, se constata que ambas teorias se complementam, ao passo que a responsabilidade subjetiva é exposta nos casos de acidentes de trabalho quando o empregador incorrer em dolo ou culpa, e, em contrapartida, a objetiva naquelas atividades que expuserem o trabalhador a risco, independendo da análise de culpa.

1.2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

A responsabilidade civil, também pode ser contratual ou extracontratual. No primeiro caso ela procede de uma obrigação preexistente em contrato que fora violada, resulta de uma infração em que uma das partes causa um dano a outra, não cumprindo com o que foi pactuado. Assegura Dallegrave Neto (2008, p. 81) “a chamada responsabilidade civil contratual provém da inexecução de uma obrigação mantida previamente entre as partes (ofensor e vítima). Logo, em sentido estrito, o correto seria denominar responsabilidade civil obrigacional”.

Resulta, por conseguinte, de ilícito contratual, ou seja, falta de adimplemento ou da mora no decorrer do contrato de trabalho. Nesta teoria, a vítima não precisa provar a culpa do ofensor para obter reparação, basta comprovar o ilícito praticado pelo mesmo, já

que as obrigações já estão preestabelecidas. Portanto, o ônus de provar sua inculpabilidade competirá a quem inadimpliu o que fora convencionado.

Na extracontratual, há a prática de um ato ilícito sem uma obrigação estabelecida previamente, ocorre, portanto, infração de um dever legalmente previsto. Assim é o entendimento de Cavalieri Filho (2009, p. 197) “a responsabilidade extracontratual, também conhecida como aquiliana, decorre de violação de dever geral previsto em lei ou na ordem jurídica, é o ato ilícito que, por si só, dá origem à relação obrigacional”. Logo, deve haver uma violação de um dever fundado em algum princípio geral de direito conforme disposto em lei, visto que as partes ainda não possuem nenhum tipo de vínculo obrigacional anterior ao fato danoso.

Nesta espécie de responsabilidade o que se discute é a inobservância da conduta legalmente prevista. Apontando o dano a um direito jurídico de outrem sem que preexista qualquer relação obrigacional entre eles (ofensor e ofendido), daí o termo “extraobrigacional”, anteriormente citado. Vale ressaltar que, nesta modalidade, ao contrário da contratual, incumbirá à vítima provar a culpa do transgressor.

1.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho ostenta princípios próprios, reconhecidos pela doutrina e aplicados em jurisprudência, a saber: o princípio da proteção, o princípio da irrenunciabilidade, o princípio da primazia da realidade e, por fim, mas não menos importante, o princípio da continuidade da relação de emprego (GARCIA, 2015).

O princípio da Proteção visa resguardar a parte hipossuficiente da relação contratual, o empregado por ser, na maioria das vezes, a parte com menos recursos da relação jurídica trabalhista. Esse princípio pretende trazer isonomia à relação, haja vista o desiquilíbrio de forças. Por um lado, o empregador com uma ampla capacidade, principalmente de cunho econômico, de outro o trabalhador, na maioria das vezes pessoa humilde, que se vê desprotegido e com menos chances de litigar de forma equivalente contra o empregador.

O princípio da Irrenunciabilidade refere-se ao fato de algumas normas trabalhistas serem de ordem pública e de natureza cogente, não podendo as partes suprimi-las em atendimento a sua vontade, já que tais direitos são concedidos pela própria CLT, bem como adquiridos por meio de Acordo Coletivo de trabalho (ACT) e Convenção Coletiva de Trabalho (CCT). Portanto, protege o empregado tanto do empregador quanto dele mesmo, pois, muitas vezes, ele prefere renunciar alguns direitos afim de dispor de uma maior remuneração ao longo do contrato de trabalho e esse princípio veda essa renúncia em determinadas situações, assegurando seus direitos (VIEIRA, 2017).

Na sequência dos princípios elementares do Direito do Trabalho, têm-se o da Primazia da Realidade, o qual consagra o que efetivamente aconteceu durante o contrato de trabalho, não importando a forma em que foi construído o fato, ou seja, o que realmente importa é a realidade, ainda que outra prova indique ao contrário. Alguns doutrinadores carregam o pensamento de que é o princípio da verdade real, ou seja, interessa como o fato realmente se sucedeu.

> O princípio da primazia da realidade sobre a forma torna-se um poderoso instrumento para confrontar a verdade real em uma situação de litígio trabalhista. Não deve ser usado unilateralmente pelo operador do direito, que deve investigar e aferir se a substância da regra protetiva foi atendida na prática entre as partes (DELGADO, 2011, p. 202).

O princípio da Continuidade visa à manutenção do pacto laboral, vez que objetiva conferir segurança ao trabalhador, tanto do ponto de vista econômico quanto do aspecto social, pois ambiciona a preservação do emprego. Atribui, consoante a súmula 212 do TST, que o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego constitui presunção favorável ao empregado (MARTINS, 2007).

Cumpre ressaltar que a doutrina também adota outros princípios aplicáveis ao Direito do Trabalho, porém não exclusivos deste ramo e, sim, pertencentes ao ordenamento jurídico como um todo, quais sejam, a boa-fé nas relações da sociedade, a razoabilidade e a proporcionalidade que exigem que o os atos sejam feitos com prudência e bom senso, protegendo os indivíduos da sociedade de condutas arbitrárias e desproporcionais.

1.4 FUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

No âmbito do Direito do Trabalho existem duas funções principais atribuídas a responsabilidade civil, principalmente nos casos de acidentários. A função punitiva que tem como objetivo garantir a reparação dos danos decorrentes do acidente do trabalho, proporcionando à vítima o retorno ao *status quo ante*, ou seja, à situação em que se encontrava anteriormente ao fato. E quando não for possível sua reparação, a função punitiva que tem o condão de promover a compensação dos danos causados pelo acidente do trabalho, pois alguns pelo grau de sequelas causadas à vítima, impossibilitam sua reparação (SILVEIRA, 2016).

Há, também, uma função preventiva que decorre do receio do empregador de sofrer sanção ou multa dos órgãos fiscalizadores. E um efeito preventivo geral, consistente na eliminação de certas atividades perigosas pelos custos financeiros que estas podem gerar. Conforme Carvalho (2017), nesta seara, se detém uma função social. A Justiça do Trabalho busca ofertar essa função social tornando menos formal e onerosa a sua prestação jurisdicional, para que os direitos do trabalhador, muitas vezes hipossuficiente, sejam efetivados com mais rapidez e eficácia.

> A finalidade do Direito do Trabalho é assegurar melhores condições de trabalho, porém, não só essas situações, mas também condições sociais ao empregador. Assim, o Direito do Trabalho tem por fundamento melhorar as condições de trabalho dos obreiros e também suas situações sociais, assegurando que o trabalhador possa prestar seu serviço, num ambiente salubre, podendo, por meio de seu salário, ter uma vida digna para que possa desempenhar seu papel na sociedade (MARTINS, 2006, p. 51).

Assim, a primeira função busca a reparação ou compensação do dano e a segunda desestimular e educar o causador do dano para que ele não seja reincidente, bem como para que sirva como exemplo negativo.

O Direito Trabalhista está em constante atualização, promovendo ao trabalhador e empregador uma maior celeridade jurisdicional. Buscando acompanhar a evolução da sociedade e das relações de emprego a fim de tornar tais relações e condições o mais justas possíveis.

1.5 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Segundo Carvalho (2017), as excludentes de responsabilidade, também conhecidas como causas de exclusão de ilicitude ou rompimento do nexo causal, afastam o dever de indenizar nos casos em que, apesar de presentes os requisitos que configuram a responsabilização civil, a conduta danosa não viola dever jurídico. São considerados para a exclusão da responsabilização o fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima e caso fortuito e força maior.

O agente (empregador) envolvido no dano estará desobrigado do dever de indenizar quando restar comprovado que não contribuiu para o fato. Quando a vítima de infortúnio laboral der causa ao seu acidente, afasta a responsabilidade de seu empregador. Existe, também, algumas espécies de trabalho em que o empregado assina uma cláusula 'sem o dever de indenizar', ao assinar ele se torna o único e exclusivo responsável por sua saúde e qualquer ato que derive de sua conduta isenta o empregador do dever de responsabilidade e, consequentemente, de indenizar.

Já o caso fortuito e a força maior são aquelas situações em que não se pode prever, independem da vontade do indivíduo. Nesse quesito, elucida Cavalieri Filho (2012, p. 71) que o

> caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza, como as tempestades, enchentes, etc., estaremos em face da força maior, como o próprio nome o diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível. A imprevisibilidade, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a irresistibilidade é o da força maior.

Finalizando as causas de excludente de responsabilidade, a excludente de fato de terceiro, se dá quando a conduta que resultou no acidente de trabalho foi exclusivamente de terceiro, ou seja, tampouco o empregado e o empregador contribuíram para o fato. Importante destacar que esta excludente pode ser total ou parcial a depender do *quantum* que o terceiro contribuiu para que realmente acontecesse o acidente de trabalho.

2. TRABALHADOR AVULSO, SINDICATO E ÓRGÃO GESTOR DE MÃO DE OBRA (OGMO)

2.1 TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO E COM VÍNCULO EMPREGATÍCIO

A Lei nº 12.023/2009 trata de regulamentar o trabalhador na modalidade avulsa. Em conformidade com o Decreto nº 3.043/1999, art. 9º, inciso VI, o qual conceitua o trabalhador avulso como "aquele que, sindicalizado ou não, presta serviço de natureza urbana ou rural, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, com a intermediação obrigatória do órgão gestor de mão-de-obra, nos termos da Lei nº 8.630 de 25 de fevereiro de 1993, ou de sindicato da categoria [...]". No entanto, cumpre esclarecer que apesar da intermediação pelo sindicato ou OGMO ser obrigatória, o trabalhador optante pela modalidade avulsa está facultado a filiar-se a este sindicato.

No sistema do porto organizado (aquele que está sob a jurisdição de autoridade portuária), tem-se somente a opção de contratar trabalhadores para as funções de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de

embarcações, de duas formas: ou contrata o trabalhador com vínculo empregatício e, por conseguinte, com contrato de prazo indeterminado ou contrata o trabalhador na modalidade avulsa por meio do OGMO (NILA, 2014).

Como já dito, a espécie de trabalhador em comento dispõe dos mesmos direitos trabalhistas que aquele possuidor do vínculo empregatício, bem como de acordo com o artigo 11 da Lei nº 8.213/1991, é segurado obrigatório da Previdência Social. A Carta Federal de 1988 conferiu tratamento equitativo do trabalhador avulso com o trabalhador com vínculo empregatício, por força do artigo 7º, inciso XXXIV. O trabalhador com vínculo, diferentemente do avulso, não possui tomadores de serviços distintos, sucessivamente, como estes. Nos dizeres de Nila (2014, s. p.) “um operador portuário admite em seus quadros funcionais um ou mais empregados, e passa a ser responsável pela supervisão do trabalho, treinamento, pagamento de salários, isto é, exerce todos os deveres de um empregador comum”.

O OGMO mantém e organiza o cadastro e o registro dos trabalhadores, entidade que opera na regulamentação do trabalhador avulso, possui caráter administrativo, fiscalizador e profissionalizante. Fica incumbido de fazer a administração da mão de obra, cadastrando o trabalhador para os diferentes tomadores de serviços, ainda supervisiona a execução dos trabalhos, bem como fica encarregado do treinamento e habilitação profissional da categoria, consequentemente cuida da organização dos setores de Medicina Ocupacional e Segurança do Trabalho (PSCHEIDT, 2014).

Ainda que o haja tratamento isonômico entre o trabalhador avulso e o celetista, resta evidenciado que aquele não trabalha com vínculo empregatício. Pois este, para ser reconhecido, é necessário que cumpra todos os requisitos configuradores, quais sejam: habitualidade, pessoalidade, subordinação e onerosidade. Portanto, o trabalhador avulso não se encaixa em tais requisitos, afastando a vinculação empregatícia desta relação de trabalho, derivada da atividade uma relação não habitual, autônoma e avulsa dentre outras tantas possibilidades.

Afim de promover a garantia dos direitos desta classe de trabalhador, com o advento da referida lei, os sindicatos de cada categoria passaram a fazer a intermediação obrigatória, assegurando direitos a tal modalidade de trabalho, como remuneração justa, repouso remunerado, Fundo de Garantia do Tempo de serviço (FGTS), 13º salário, férias remuneradas e adicional de trabalho noturno (CASTRO, 2009).

2.2 MODALIDADES DE TRABALHADOR AVULSO NO BRASIL E OBRIGAÇÕES DO SINDICATO E OGMO

A categoria avulsa de trabalho se subdivide em duas modalidades no Brasil: o portuário e o não portuário. Ambos, via de regra, estão ligados à movimentação de mercadorias e a distinção entre os mesmos decorre do local onde são prestados seus serviços.

O trabalhador avulso portuário pode realizar as seguintes funções: capatazia, conserto e conferência de carga, estiva, vigilância das embarcações e instalações portuárias. Em tais casos necessitam obrigatoriamente da intermediação de OGMO, podendo prestar serviços a tomadores distintos. Já o trabalhador avulso não portuário exerce as seguintes funções: carga e descarga de embarcações, amarra as embarcações, carregador de bagagem nos portos, realiza consertos de carga e descarga, trabalhador em Alvarengas (embarcações usadas para carga e descarga de navios) (PSCHEIDT, 2014). Ao passo que o trabalho portuário, realiza suas atividades laborativas

na orla marítima e com a participação do Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO), o trabalhador avulso não portuário, apesar do nome indicar o contrário, este pode desenvolver seus serviços nas áreas rurais e urbanas, bem como nos portos.

Consoante ao artigo 9º da Lei nº 9.719/98, o qual dita que compete ao órgão gestor de mão de obra, ao operador portuário e ao empregador, conforme o caso, desempenhar e fiscalizar as normas concernentes a saúde e segurança do trabalho portuário. Conforme Basílio (2009), as obrigações do sindicato ao promover a intermediação a fim de realizar a prestação dos respectivos serviços, deverão estar antevistos em negociação coletiva conforme o artigo 1º da Lei nº 12.023/2009. Portanto, a definição dos salários, de funções, bem como as demais condições de trabalho a que o trabalhador avulso se sujeitará, ficarão a cargo de negociação entre as entidades representativas, dos tomadores de serviços e, também, com participação do próprio trabalhador avulso.

Vale ressaltar que o sindicato de trabalhador avulso é equiparado a empresa, portanto, estando sujeito às normas aplicáveis às empresas em geral, em relação a todos os encargos decorrentes das atividades prestadas pelo trabalhador avulso (PSCHEIDT, 2014).

2.3 IMPACTOS DA LEI Nº 12.815/13 NA DEMANDA PELO TRABALHO PORTUÁRIO AVULSO

Após dois decênios de vigência da Lei nº 8.630/93, denominada Lei de Modernização Portuária, finalmente um novo marco regulatório surgiu com o objetivo de incentivar e estimular as atividades portuárias e a competitividade entre os que exercem ou querem explorar os portos organizados e instalações portuárias (LINHARES, 2013). Para uma melhor compreensão do trabalho portuário, se faz imperioso compreender que o porto organizado é um bem público feito para atender às demandas de navegação, movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, tendo sua área delimitada pelo Poder Executivo. Com o advento da referida lei, a exploração dos portos organizados e de suas instalações pode ser feita direta ou indiretamente pela União. Ao explorar de forma indireta, a União poderá passar a uma pessoa jurídica a exploração por meio de instrumentos jurídicos de concessão, por forma de arrendamento de bem público ou por autorização (CARVALHO, 2013).

Continuadamente, existem duas formas de se instalar no porto organizado, dentro ou fora dele. Ao se situarem fora da área do porto é onde se encontra o terminal de uso privado, estação de baldeação de carga, instalação pública de pequeno porte e instalação de turismo. Nesse ponto, a lei em comento não faz nenhuma referência quanto às normas de segurança e medicina do trabalho, entretanto, note-se que não despreza a aplicação da atual Norma Regulamentadora (NR) nº 29, a qual disciplina sobre segurança e saúde no trabalho portuário.

Nesse diapasão, elucida Carvalho (2013), de modo geral, com o advento da nova lei, a maneira de como são desempenhados os serviços portuários nos portos não perdeu sua essência, tampouco sofreu mudanças significativas. O OGMO continua exercendo suas funções na fiscalização da mão de obra avulsa portuária e, a partir da promulgação desta, além de possuir uma responsabilidade solidária com o tomador de serviço pela remuneração do trabalhador avulso, passou a ficar responsável solidariamente pelas indenizações decorrentes de acidente de trabalho.

Uma das principais modificações introduzidas pela referida lei, é no que diz respeito a aposentadoria do trabalhador avulso, que, ao se aposentar era

automaticamente excluído do cadastro e registro junto ao OGMO e, consequentemente, abrindo uma nova vaga. Tal inscrição não mais se extingue pela aposentadoria, mas somente por morte ou cancelamento do órgão competente. Desse modo, o OGMO passa a ter em sua lista além do trabalhador avulso cadastrado e registrado, também o trabalhador avulso aposentado, que irá concorrer, caso queira, com o trabalhador não aposentado às escalas de trabalho. Destarte, há a exceção em decorrência de saúde deste trabalhador que ocorre dentro do PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional), assim, esse trabalhador irá ser remanejado para funções que não exija muito esforço físico ou até mesmo será substituído, a depender do grau da sua morbidade.

Outro importante benefício trazido pela nova lei, afim de auxiliar aquele trabalhador (avulso) que possui mais de sessenta anos e não preenche todos os requisitos para pleitear a aposentadoria, bem como não consegue prover a subsistência de sua família por meio do seu labor, a lei instituiu um benefício assistencial mensal de até um salário mínimo. Entretanto, não poderá ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro benefício no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

Ainda que a Lei nº 12.815/13 não tenha produzido grandes modificações sob o enfoque jus laboral, acabou por impactar de forma sublime na seara dos portos e, consequentemente, repercutindo na mão de obra avulsa, originalmente encarecida. Para a categoria de trabalhador avulso, competirá se organizar para que consiga se adequar à nova lei, implementando a multifuncionalidade afim de garantir um sindicato mais coeso, com maior poder de negociação, ou então ficará a não ver navios (DELGADO, 2020). Por derradeiro, importante destacar que o tema não aborda somente uma questão humanitária, de modo a garantir os direitos do trabalhador avulso, mas trata também de uma questão com natureza econômica. A seara portuária é basilar para a economia de qualquer país e dependendo de como é conduzido pode impactar positiva ou negativamente seu crescimento.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ACIDENTE DO TRABALHO E A SUA ESTABILIDADE PROVISÓRIA NO EMPREGO

3.1 CONCEITO DE ACIDENTE DO TRABALHO

Ao se referir a acidente de trabalho, de acordo com o artigo 19 e seguintes da Lei nº 8.213/91, estamos diante de uma categoria que compreende o acidente-tipo, acidente por equiparação e a doença ocupacional. De mesmo modo, consoante ao entendimento de Dallegrave Neto (2010, p. 305) “todas essas espécies de acidente, uma vez tipificadas, produzem os mesmos efeitos para fins de liberação de benefícios previdenciários, indenização civil em ação trabalhista e até mesmo para fins de crime contra a saúde do trabalhador”.

Entende-se, então, que acidente de trabalho é aquele que decorre da execução da atividade laborativa, causando ao trabalhador alguma perturbação funcional, seja a redução da capacidade laborativa, esta, temporária ou permanente, ou até mesmo a morte deste trabalhador. Aduz Josserand (1961, p. 548) acerca do acidente de trabalho típico.

> O acidente de trabalho-tipo, ou típico, se caracteriza pela existência de evento único, súbito, imprevisto e bem configurado no espaço e no tempo. Nesses

> acidentes típicos as consequências geralmente são imediatas, ao contrário das doenças ocupacionais que se caracterizam por um resultado mediato, porém evolutivo.

Forçoso ressaltar, ainda que a lesão ou incapacidade não tenha como causa exclusiva a execução do trabalho realizado para o empregador, conquanto, será considerado acidente do trabalho, pois sem tal execução não teria ocorrido aquele, ainda que esse não seja o único fato gerador que ocasionou o acidente. Essa situação é denominada como 'acidente do trabalho por concausa'. Nas palavras de Nascimento (1984, p. 33): "Eventual lesão cumulativa entre o trabalho e algum fator preexistente, concomitante ou superveniente caracterizará a concausa e, por conseguinte, o acidente do trabalho, devendo-se lembrar que a causa laboral tem sempre *vis atractiva* sobre a causa não laboral".

Distintamente dos tipos de acidentes anteriormente citados, o Direito do Trabalho admite algumas situações em que o acidente comum é equiparado a acidente do trabalho, denominado 'acidente por equiparação legal'. Um exemplo interessante é quando o trabalhador sofre alguma agressão de algum colega, tal situação, a *priori*, não se caracterizaria como acidente do trabalho pois não existe nenhuma relação com a execução laboral, porém situações semelhantes ao exemplo devem ser equiparadas a acidente do trabalho.

Da mesma forma, acidentes ocorridos quando o trabalhador vai ao banheiro, ou faz sua refeição, durante ou no local de trabalho, assemelham-se a acidente do trabalho por equiparação. Assim como, os acidentes ocorridos no percurso do trabalhador para a empresa e da volta para a sua residência, mesmo que o carro não seja da empresa, caso ocorra algum acidente, será considerado acidente do trabalho. A MP 905/2019 tinha definido que não seria mais considerado acidente do trabalho tal deslocamento, porém essa definição caiu por terra, em abril deste ano foi revogada pela MP 955/2020 e, portanto, o trabalhador que sofrer acidente em trajeto voltou a ter seus direitos assegurados (ANGELO, 2020). Se o acidente do trabalhador avulso ocorrer no trajeto do Órgão Gestor de Mão de Obra ou Sindicato para a residência, é indispensável, para caracterização do acidente, o registro de comparecimento ao próprio OGMO ou Sindicato.

Cumpre esclarecer que, integram o conceito de acidente de trabalho os fatos que de alguma forma causem lesão a saúde mental ou física do trabalhador, o nexo causal deverá restar comprovado entre o trabalho e o prejuízo suportado por este, bem como a redução parcial ou total da sua capacidade laborativa. Logo, consoante ao pensamento de Martins, é necessário que, para a caracterização do acidente de trabalho, haja um nexo entre o trabalho e o efetivo acidente. Inexistindo tal relação de 'causa e resultado' entre o acidente e a execução do trabalho, não há que se falar em acidente do trabalho, tampouco dever de indenizar do empregador (MARTINS, 1999).

3.2 INDENIZAÇÕES AO ACIDENTADO E A SUA ESTABILIDADE PROVISÓRIA NO EMPREGO

Ainda que autônoma a natureza da indenização, acidentária e comum, o Direito do Trabalho admite sua cumulação. Conforme anteriormente citado, a vítima pode vir a suportar prejuízos emergentes e não emergentes. Desse modo, consoante a súmula 229 do STF, a eventual compensação pela indenização acidentária não dispensa o ressarcimento da indenização comum. Tendo o dano como pressuposto para indenização,

analisa Gonçalves (2002, p. 529): “O conceito do dano abrange qualquer lesão a um bem tutelado pelo Direito, que tanto pode ser patrimonial, moral ou estético”. Se não houve prova do dano, falta fundamento para indenização. Não se admite o dano incerto, improvável ou eventual, o dano condicional e nem mesmo o dano hipotético (STOCO, 2004).

Imprescindível destacar quais são as indenizações que se originam dos danos acidentários decorrentes do acidente do trabalho. São elas: indenização no caso de morte do trabalhador (artigo 948 CC), indenização quando o trabalhador ficar incapacitado temporariamente (artigo 949 CC) e, por fim, indenização quando o trabalhador ficar incapacitado permanentemente, ainda que parcial ou até mesmo total (artigo 950 CC).

Ao falar de indenização quando o trabalhador vier a óbito, seguirá a regra do artigo 950, porém, se deve atentar ao *quantum* indenizatório, neste caso, estamos diante de uma reparação total (*resistitutio in integrum*, artigo 944, CC). Não somente restituição dos valores gastos, por exemplo, com funeral, bem como lucros cessantes, que trata no inciso II (alimentos para a família), enfim, tal reparação não se limita ao dano emergente, mais também irá compreender outros danos decorrentes do acidente do trabalho, como, por exemplo, dano moral a família que acabou de perder um pai, um filho, por exemplo. De tal modo, devem ser analisados todos os danos sofridos para fins de indenização, principalmente nos casos de morte do trabalhador (DE ANGELIS, 2015).

Antes de entrar no tópico da indenização em que o trabalhador fica incapacitado temporariamente, mister se faz um esclarecimento do que é incapacidade temporária, nas palavras de Dallegrave Neto (2008, p. 320)

> “a incapacidade temporária é aquela que ocorre durante o tratamento e desaparece após esse período pela convalescença ou pela consolidação das lesões, sem sequelas incapacitantes ou depreciativas; é, pois, o caso de lesões mais leves”.

O trabalhador que vier a ficar incapacitado temporariamente devido a um acidente de trabalho, ficará amparado por todo o tempo em que a morbidade estiver presente, fazendo jus a indenização de tudo o que foi gasto com o tratamento, pois sem a execução do trabalho não ocorreria o acidente, tampouco o trauma sofrido. Fará jus também, a indenização por lucros cessantes por todo o tempo que deixar de laborar, além de outros gastos provenientes deste, acompanhando o mesmo entendimento do artigo 944 do Código Civil, o qual dispõe que as indenizações deverão ser de forma integral (MELO, 2004).

Ao tratar de indenização cabível pela incapacidade permanente do trabalhador, sendo parcial ou total, além das indenizações já mencionadas como as emergentes, lucros cessantes, despesas com o tratamento, outras despesas decorrentes do dano, a legislação prevê, ainda, o pagamento de pensão mensal no valor da depreciação suportada pelo trabalhador ou sua inabilitação profissional, cabendo destacar que tal pensão pode ser paga em uma única vez, a escolha da vítima, ou seja, o trabalhador.

Ainda que seja concedida a indenização para o trabalhador que ficou incapacitado, parcial ou totalmente, os doutrinadores afirmam que ele tem a opção de vir a trabalhar em outra profissão, esta aptidão não excluíra o dever de pagamento da pensão. Nesse sentido observa Pereira (1999, p. 320):

> Uma cantora que perde a voz, pode trabalhar em outra atividade; um atleta que perde a destreza não está impedido de ser comentarista. Uma e outro, no entanto, sofrem a destruição inerente à sua atividade normal. A indenização a que fazem

> jus leva em consideração o prejuízo especifico, uma vez que a procura de outro trabalho é uma eventualidade que pode não vir a ser.

O trabalhador avulso, por ser intermediado, necessariamente, pelo sindicato ou OGMO, bem como prestar serviços para diferentes tomadores de serviço concomitantemente, deixa uma lacuna a respeito da responsabilização e para quem deverá recair o dever de indenizar quando ocorrer o acidente do trabalho.

Pois bem, vários TRTs possuem o entendimento que se o sindicato ou OGMO não cumprirem com suas obrigações, especialmente se tratando de treinamento, o dever de indenizar recai sobre a entidade intermediadora e subsidiariamente o tomador de serviço. Quando não houver nenhum descumprimento das normas de segurança e saúde ocupacional ou excludente de responsabilização, há uma responsabilidade solidária entre o tomador de serviço no qual ocorreu o acidente e a entidade intermediadora. Poderá, então, o trabalhador avulso mover ação indenizatória contra ambos, ou contra qualquer dos dois e, quando houver alguma violação, por parte do tomador de serviço, está atrairá para si, exclusivamente, o dever de indenizar, pela máxima de que quando algum direito for violado, aquele o violou, tem o dever de indenizar, bastando ser analisado o caso concreto (BASÍLIO, 2009).

Vale ressaltar que, os tribunais estão fazendo vista grossa com os órgãos intermediadores se tratando de registro e cadastramento do trabalhador avulso, pois ainda hoje, há muita informalidade neste meio, os famigerados ‘chapas’ que não são cadastrados, nem registrados por nenhum órgão intermediador e mesmo assim executam atividades para tomadores de serviços, sendo que é prerrogativa destas entidades (OGMO e sindicato) em realizar o cadastramento, registro e treinamento deste trabalhador (CASTRO, 2009).

Ao se referir a estabilidade provisória do emprego, mister se faz a conceituação de estabilidade provisória que, sinteticamente, é o direito do trabalhador manter-se no emprego mesmo contra a vontade do empregador. O Direito do Trabalhista admite algumas formas de se aplicar a estabilidade provisória do emprego, desde que compridos seus requisitos autorizadores, admite por exemplo: estabilidade da gestante, dirigente sindical, membros da CIPA e, o que está em discussão, a estabilidade provisória decorrente do acidente do trabalho.

A estabilidade provisória no emprego do trabalhador acidentado, especialmente a do trabalhador avulso, que teve seus direitos equiparados ao do trabalhador que possui vínculo empregatício. Dessa forma, consoante ao artigo 118 da Lei nº 8.213/91, o trabalhador que sofreu um acidente, caracterizado como acidente do trabalho, tem garantido, pelo prazo de 12 (doze) meses, a manutenção do seu contrato de trabalho, após a cessação do seu respectivo auxílio, o trabalhador, então, terá o direito de retornar ao trabalho na mesma função que se encontrava anteriormente ao acidente. Portanto, não restou dúvidas que o trabalhador avulso também possui o direito a estabilidade provisória no emprego que deverá ser suportada pelos tomadores de serviço que concorreram para o acidente de trabalho solidariamente, o que consequentemente, traz ao trabalhador avulso uma maior segurança ao executar seus serviços, sabendo que caso se acidente tem seu direito assegurado pela lei (DALLEGRAVE NETO, 2008).

3.3 DADOS ACIDENTÁRIOS DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Ocorre um acidente de trabalho a cada 0,49 segundos no Brasil e uma morte a cada 3 horas 40 minutos. Os afastamentos decorrentes de doenças ocupacionais e

acidentes de trabalho colocaram o estado de Santa Catarina na segunda posição do ranking nacional de gastos da previdência com auxílios acidentários. O custo, desde 2012, passa do R$ 1,6 bilhão e ao menos 150 mil trabalhadores catarinenses se afastaram de suas funções devido a incapacidade laboral. O nosso estado só perde para São Paulo, que está na primeira posição do ranking nacional.

Devido ao perfil da atividade econômica de Santa Catarina, com forte atuação industrial, agroindustrial e na construção civil, se tem relação direta com a quantidade de lesões que causam afastamento de trabalhadores. No entanto, é necessário que seja concebida pelas empresas uma cultura de prevenção, afim de diminuir o número de acidentes de trabalho e também os afastamentos por doença ocupacional, por exemplo, LER ou DORT. Tal prevenção, além de dar segurança ao trabalhador, desonera não só o INSS como também as próprias empresas com eventuais indenizações. Assim assevera o procurador do Ministério Público do Trabalho em Joinville e coordenador regional do Meio Ambiente do Trabalho, Guilherme Kirtschig.

Por derradeiro, mister se faz a menção aos maiores percentuais de acidente do trabalho dentre as cidades catarinenses:

Quadro 1 – Percentuais de acidente do trabalho no estado de Santa Catarina:

Colocação	Cidade	Percentual
1º Lugar	Joinville (13º colocado no *ranking* nacional)	13%
2º Lugar	Florianópolis	7%
3º Lugar	Blumenau	6%
4º Lugar	Chapecó, Itajaí, Criciúma e São José	4%
5º Lugar	Palhoça	3%
6º Lugar	Jaraguá do Sul, Brusque, Lages, Tubarão e Balneário Camboriú	2%
7º Lugar	Caçador, Navegantes, Içara, Concórdia, Rio do Sul, Indaial, São Bento do Sul e Xanxerê	1%

Fonte: Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho (2018).

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Assevera Oliveira (2007, p. 37), se caracteriza como “um processo de reflexão e análise da realidade através da utilização de métodos e técnicas para a compreensão detalhada do objeto de estudo em seu contexto histórico e ou segundo sua estruturação”. Nessa perspectiva o estudo com o método qualitativo compreende os objetivos da indagação em curso, alcançando, também, pensamentos e informações mais complexos.

Quanto aos procedimentos técnicos, é do tipo bibliográfica, que, conforme Gil (1999) e Severino (2007), é aquela elaborada partindo de materiais já produzidos, concebidos e disponíveis, composta, em sua maioria, de livros, artigos científicos, documentos, jornais, revistas, internet e outros meios de comunicação pertinentes.

O método utilizado é o dedutivo, parte do geral e vai para o particular, caracterizado por reescrever o que já está previsto na obra ou em documento que fora estudado. Elucida Henriques e Medeiros (2017, p. 36) “o método dedutivo parte de enunciados ferais (princípios) tido como verdadeiros e indiscutíveis para chegar a uma conclusão”. É o método defendido pelos racionalistas, que acreditam na razão como meio capaz de levar ao verdadeiro conhecimento. Assim, o diálogo com a literatura permite construir uma

veemente linha de pensamento bem como desenvolver os argumentos que a sustenta (SORDI, 2013).

A pesquisa é de forma analítica, pois mostrou as relações causais entre as variáveis, aprofundou as informações coletadas em uma determinada obra, estudo. Na tentativa de elucidar interpretações de um fenômeno no âmbito da sociedade. É mais complexa do que a pesquisa descritiva, uma vez que procura explicar a relação entre a causa e o efeito (MARCONI; LAKATOS, 2005).

CONCLUSÃO

O estudo acerca da responsabilidade civil decorrente do acidente do trabalhador avulso e sua estabilidade provisória do emprego tem o fito de elucidar interpretações ambíguas encontradas na responsabilização acidentária da modalidade de trabalhador em comento.

Preliminarmente, se vê que o tema é relevante, principalmente, pelas disparidades enfrentadas pelo trabalhador em uma relação de emprego e, consequentemente, nos casos de acidente de trabalho, onde ele (o trabalhador) é a parte com menos recursos para fazer frente junto ao empregador em uma eventual disputa judicial.

A expressão ‘responsabilidade’ remete a ideia de ‘reparação’, reparação de um direito que fora violado. O empregador é livre para agir como lhe convém, no entanto, ocorrendo o acidente de trabalho e não havendo nenhuma hipótese de excludente de responsabilização, ficará sujeito a indenizar os danos provenientes deste. Por outro lado, o trabalhador deve executar seu trabalho com segurança e, caso reste comprovado que ele colaborou para o fato exclusivamente, o empregador se exime do dever de indenizar. Ainda, caso o trabalhador concorra para o acidente do trabalho, mas não de maneira exclusiva, tanto ele quanto o empregador irão responder concorrentemente, a depender do *quantum* que cada um contribuiu.

No que tange à estabilidade provisória do emprego, aquele trabalhador, ainda que na modalidade avulsa, que for vítima de um acidente (caracterizado como acidente do trabalho), fará jus a manutenção de seu contrato de trabalho por um período de doze meses, conforme disposto na Lei nº 8.213/1991.

Diante disso, conclui-se que o acidente do trabalho por si só não é capaz de constituir obrigação de indenizar para empregador. Portanto, mister se faz uma investigação do caso concreto, onde somente considerar-se-á responsabilidade quando restar comprovado que o dano é decorrente de sua conduta (dolosa ou culposa), sendo necessário demonstrar, além da conduta, o dano, o nexo causal e os prejuízos suportados. Em outras palavras, entre as teorias de responsabilidade civil decorrentes de acidente do trabalho, a que prepondera é a modalidade subjetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELO, Tiago. Trabalhador que sofrer acidente em trajeto volta a ter direitos assegurados. **Revista Consultor Jurídico**, 27 de abril de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/acidente-trajeto-volta-considerado-acidente-trabalho#author. Acesso em: 05 ago. 2020.

BASÍLIO, Paulo Sérgio. O trabalhador avulso urbano e rural – primeiras linhas sobre a Lei nº 12.023/2009. **Revista IOB – Trabalhista e Previdenciária nº 245** – novembro/2009.

CALIXTO, Eduardo da Silva. Análise crítica das teorias sobre a responsabilidade civil: da reparação à punição e securitização. **Revista Âmbito Jurídico nº 168** – Ano XX – janeiro/2018. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/analise-critica-das-teorias-sobre-a-responsabilidade-civil-da-reparacao-a-punicao-e-securitizacao/. Acesso em: 05 ago. 2020.

CARVALHO, Amanda Bezerra de. Acidente do trabalho: responsabilidade civil do empregador. **Revista Âmbito Jurídico nº 158** – Ano XX – março/2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-158/acidente-do-trabalho-responsabilidade-civil-do-empregador/. Acesso em: 17 mar. 2020.

CARVALHO, Francisco Edivar. Trabalho portuário a partir do novo marco regulatório instituído pela Lei nº 12.815/13. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/25182. Acesso em: 19 ago. 2020.

CASTRO, Frederico Vaz Pacheco de. Trabalhador avulso: jornada de trabalho e aspectos sociais. **Revista do TRT da 2ª região**. São Paulo, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2012. 10. ed. 640 p.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2009. 8. ed. 614 p.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2005. 784 p.

_____. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2008. 429 p.

_____. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2010. 784 p.

DE ANGELIS, Juliano. O pagamento em forma de parcela única nas ações indenizatórias por acidente do trabalho. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4557, 23 dez. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/34146. Acesso em: 7 ago. 2020.

DE SORDI, José Osvaldo. **Elaboração de pesquisa científica:** seleção, leitura e redação. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2011. 1.808 p.

_____. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, 7. ed. 520 p.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 7. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. 600 p.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed., rev. e reform. – São Paulo: Atlas, 2017. 413 p.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 68, jun. 1961.

LINHARES, Jose Luiz. As Relações de Trabalho no Novo Marco do Setor Portuário. Lei nº 12.815 de 5 de junho de 2013. **Revista Tribunal Superior do Trabalho**. 2013.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 6 ed. São Paulo, SP: Atlas, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. Continuidade do Contrato de Trabalho. **Jornal Carta Forense Online**. dez/2007. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/continuidade-do-contrato-de-trabalho/952. Acesso em: 20 jul. 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Atlas, 2006. 1.318 p.

MAZEAUD, Henri; MAZEUD, Leon. **Tratado teórico y prático de la responsabilidad civil delictual y contratual**. 5. ed. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castilho. Buenos Aires: EJEA, 1961.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. São Paulo: Editora LTr, 2004.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à lei de acidentes do trabalho**. Rio de Janeiro.: Aide, 1984. 318 p.

NILA, Safira. Impactos da Lei nº 12.815/13 no sistema portuário brasileiro: avulsos portuários podem ficar a não ver navios. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3920, 26 mar. 2014. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/27093. Acesso em: 18 ago. 2020.

OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer pesquisa qualitativa**. Petrópolis: Vozes, 2007. 232 p.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 2. ed. São Paulo: Editora LTr, 2006. 438 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. 464 p.

PSCHEIDT, Kristian Rodrigo. OGMO: trabalhadores portuários avulsos e a imunidade das contribuições previdenciárias. **Revista Âmbito Jurídico**. fev/2014. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/ogmo-trabalhadores-portuarios-avulsos-e-a-imunidade-das-contribuicoes-previdenciarias/#_ftnref2. Acesso em: 07 ago. 2020.

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

SILVEIRA, Renato Azevedo Sette da. Função punitiva da responsabilidade civil. **Revista Migalhas** 2016. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/249706/funcao-punitiva-da-responsabilidade-civil. Acesso em: 29 jul. 2020.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 2.203 p.

VIEIRA, Tiago. A principiologia do direito do trabalho e sua correspondência constitucional. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5049, 28 abr. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/57308. Acesso em: 17 jun. 2020.

VILHENA, Paulo Emílio Riberio de. **Relação de emprego:** estrutura legal e supostos. São Paulo: Editora LTr, 1999.

JUIZ, UM SER PSICANALÍTICO: REFLEXÕES SOBRE A TOMADA DE DECISÃO A PARTIR DA INTERSECÇÃO ENTRE O DIREITO E A PSICANÁLISE

Jean Rodrigues Salles[1]

Resumo: As presentes reflexões têm como cerne a decisão judicial e pretendem investigar as condições inconscientes sob as quais se assentam as decisões jurídicas, principalmente as judiciais. Isto é, pretende-se discorrer sobre quais implicações estão envolvidas quando uma questão jurídica é decidida, questionando-se até que ponto fatores subjetivos influenciam na atividade do agente decisor.

Palavras-chave: Decisão Judicial. Psicanálise. Inconsciente. Subjetividade.

INTRODUÇÃO

No atual cenário jurídico, verifica-se que a atuação do Poder Judiciário surge como um dos temas que mais ganha destaque, tendo o exercício da jurisdição se tornado o centro do debate jurídico em todo o mundo. Nesse passo, apostar no perfil ativista do Judiciário tornou-se o ponto de partida para a composição do cenário jurídico, mas muitos ainda não se deram conta que tal posição acarreta em um enorme abalo à democracia.

A proposta aqui elaborada é a de investigar as condições sob as quais se assenta uma decisão judicial, ou seja, quer-se demonstrar o que acontece quando uma questão jurídica é decidida e quais fatores subjetivos implicam na atividade jurisdicional. Assim, trazendo a decisão judicial como objeto da análise, parte-se de um questionamento sobre aquilo que sustenta os fundamentos utilizados pelos agentes decisores, e a partir daí, tenta-se formular a possibilidade de um tecido básico que determine os conceitos articulados e operacionalizados pelo julgador capaz de produzir sentido.

Diante desse quadro, pretende-se apresentar um diálogo inadiável e recorrente com a psicanálise, tentando estabelecer a estrutura do inconsciente dos atores jurídicos envolvidos no processo judicial, em que a importância ocorre na produção de significantes preparatórios para o ato decisório atribuidor de sentidos. Em consequência disso, articula-se a construção do mito da verdade como sublime objeto do protagonismo judicial, demonstrando um cinismo ideológico existente no ato de julgar, e o surgimento de *neojulgadores*, que são sujeitos alienados ao desejo ilimitado do gozo de poder.

1. O SUBLIME OBJETO DO PROTAGONISMO JUDICIAL

Já dizia um velho ditado popular: “cada cabeça uma sentença”. A partir dessa afirmação, ou melhor dizendo, a partir dessa constatação, é que se parte o presente estudo. Que fenômeno seria este, o ato de julgar? Diante de tal questionamento, faz-se necessário um aprofundamento nas investigações daquilo que se denomina Teoria da Decisão Judicial (Streck), a qual enfrentará os problemas decorrentes da interpretação e da aplicação do Direito (STRECK, 2010).

Fernando Vieira Luiz, no prefácio de seu livro, traz uma indagação extremamente propícia:

> Sou juiz, minha mãe é juíza, meus amigos juízes e promotores, com os quais convivo, são todos honestos, probos e justos. Interessante é que, quando nos

1. Bacharel em Direito pela Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE), Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). MBA em Gestão de Tributos e Planejamento Tributário pela FGV. Advogado. E-mail: jeansalles@rmsadv.com.br.

> reunimos para falar sobre os casos que decidimos, chegamos à conclusão de que, embora a nossa honestidade, probidade e sentimento de justiça, damos sentenças tão diferentes umas das outras, em casos, por vezes, muito, muito similares. Por isso, cheguei à conclusão de que havia algo errado. Não basta ser honesto, probo e ter sentimento do justo. Todos, eu, minha mãe, meus amigos, decidimos conforme nossas consciências. Só que as decisões são tão discrepantes... Por isso, fui estudar *teoria da decisão*. (2013, p. 25)

Com efeito, podemos ampliar nosso questionamento para: que fenômeno seria este, o ato de julgar de um sujeito (*in*)consciente? Mas a questão ligada a esse sujeito consciente, trataremos mais adiante, por hora, passaremos a lidar com o "sujeito inconsciente".

É na interseção do Direito com a Psicanálise[2] que se aprofundará na investigação e compreensão do psiquismo proposto por esta, sobretudo devido à carência de explicações acerca da "mentalidade" do julgador" (CECCARELLI, 2013, p. 401). Entra em cena o sujeito inconsciente, a dimensão subjetiva que nos informa sobre o ato de julgar – que figura inconsciente ele encarna?

Entretanto, isso não significa que há uma compatibilidade teórica entre institutos jurídicos com a psicanálise, como bem adverte Rosa (2006, p. 5), tal aproximação "não pode ser feita de maneira simplista, precisando de contornos próprios e um tanto quanto dificultosos". No final do século XX, a psicanálise emerge sob a possibilidade de se pensar o "novo" com as flexibilidades de seus conceitos sobre o psiquismo humano (GUSSO, 2011, p. 46). O sujeito passa a ser cindido, atravessado pelo inconsciente (MELCHIOR, 2013, p. 25), de modo que a psicanálise permitirá "descobrir" um processo judicial preocupado com a "interdição do julgador, sujeito que está, como todos, ao escoamento puro da tensão narcísica sobre a alteridade" (MELCHIOR, 2013, p. 26).

Como afirma Gusso, esse anúncio de um sujeito inconsciente foi de encontro com aportes teóricos da filosofia da consciência (2011, p. 47). Entretanto, para se falar do inconsciente, nesse caso, do julgador, mister se faz um retorno às bases freudianas e lacanianas, "preparando o caminho para mais adiante tentar indicar conteúdos *inconscientes* do *um-julgador* – entendido em sua *singularidade* in-di-ví-duo – no ato decisório" (ROSA, 2006, p. 6).

Isso porque a estruturação do sujeito psicanalítico desloca a questão da verdade para outro lugar, não havendo critério objetivo para defini-la. Marque anuncia que a "verdade, em psicanálise, é a presença do inconsciente na fala, que se dá por uma brecha no discurso do sujeito" (1996, p. 34). Com efeito, essa presença no produto final da decisão judicial, sem que seja percebida, assim como os demais significantes

2. "Ficou patente, por exemplo, que não se pode fazer um discurso psicanalítico do direito e muito menos um discurso jurídico da psicanálise, ou seja, um pelo outro. (...) Os elementos dos campos (direito e psicanálise), por outro lado, não têm a mesma estrutura e não podem ser tomados como lugar-comum". (COUTINHO, 1996, p. 41).

psicanalíticos, de maneira ôntica[3], demonstram um sujeito inconsciente estruturado como uma linguagem (LACAN, 1998, p. 25).

1.1 FREUD – SOBRE INCONSCIENTE E INVERSÃO EPISTEMOLÓGICA

Freud se propôs a descrever o modo como o narcisismo universal dos homens, o seu amor-próprio, sofreu três severos golpes pelas pesquisas científicas.

O primeiro a quebrar com essa ilusão narcisista é atribuído a Copérnico, e por Freud denominada de "golpe cosmológico", demonstrando que a Terra gira em torno do Sol, privando-nos do lugar central do Universo. O segundo, o "golpe biológico", veio com Darwin, ao constatar que o homem não é um ser diferente dos animais, nem superior, mas sim ancestral deles. E o último, é o de natureza psicológica, e segundo Freud talvez seja o que mais fere (FREUD, 2007).

Contrapondo-se ao pensamento cartesiano, na psicanálise o sujeito do pensamento consciente deixa de ser soberano[4] e passa para o registro de um sujeito do pensamento inconsciente. "Então, não há por completo um sujeito do conhecimento, um sujeito 'todo consciente', senão o sujeito clivado, cindido – pelo inconsciente –, sujeito de um saber que não sabe que sabe (tudo)" (ROSA, 2006, p.10).

Para Freud (2007, p.30), o conteúdo da mente pode ser: consciente (Cs); pré-consciente (Pcs) e inconsciente (Ics). Em que o consciente é entendido por uma camada mais superficial do psiquismo, sem domínio total da vida psíquica; já o pré-consciente serve de intermediário entre este e o inconsciente, e tem a função de selecionar os atos motores e as vias de pensamento para a consciência; já o inconsciente é um sistema regido por leis próprias separado da consciência, lugar das pulsões.

Lacan destaca que a pulsão nada tem a ver com instinto[5], ou seja, é definida como um "conceito limite entre o psíquico e o somático, como o representante psíquico das excitações oriundas do interior do corpo e chegando ao psiquismo, como uma exigência de trabalho imposta ao psíquico em consequência de sua ligação corporal" (MARRAFON, 2008, p. 124). O sistema inconsciente tem a missão é de busca do prazer absoluto, por meio do escoamento da tensão (=desprazer), e que será sempre inatingível. Já o sistema pré-consciente/consciente, embora também busque o prazer, agora o faz de modo adequado ao Princípio da Realidade, responsável por incitar a moderação ante as exigências do real.

---

3. Aqui vale uma nota: a definição de ôntico, não leva aqui uma equiparação pura e simples com a noção de coisificação. Nesse sentido, Streck discorre que: "trata-se – e busco socorro em Stein – de uma compreensão de caráter ontológico, no sentido de que nós somos, enquanto seres humanos, entes que já sempre se compreendem a si mesmos e, assim, o compreender é existencial da própria condição humana, portanto, faz também parte da dimensão ontológica: é a questão do círculo hermenêutico-ontológico. [...] Desse modo, a ontologia ligada à compreensão do ser será uma ontologia fundamental, condição de possibilidade de qualquer ontologia no sentido clássico que sempre está ligado à entificação e objetificação. Assim, podemos dizer que a ontologia – originária da tradição hermenêutica – está ligada a um modo de ser e a um modo de operar do ser humano". (STRECK, 2012, p. 15-16).

4. "Uma outra mudança significativa operada por ela foi o descentramento do sujeito. Desde Descartes, o sujeito ocupava um lugar privilegiado: o lugar do conhecimento e da verdade. A subjetividade, identificada com a consciência, devia se fazer clara e distinta para que o Modelo fizesse seu aparecimento. Nessa transparência, o desejo era visto como perturbação da Ordem, era ele que modificava o pensamento tornando-o inadequado à realidade que pretendia preservar". (GARCIA-ROZA, 2004, p. 23).

5. "A pulsão, tal como é construída por Freud a partir da experiência do inconsciente, proíbe ao pensamento psicologizante esse recurso ao instinto com que ele mascara sua ignorância, através da suposição de uma moral na natureza" (1998, p.865.).

Com efeito, a tensão existente entre o “Princípio do Prazer” e o “Princípio da Realidade” engendra o psiquismo humano, o qual é marcado pela existência do recalcamento, isto é, há um mecanismo que protege a personalidade psíquica de determinadas ideias (impulsos/pulsões) incompatíveis com desejos individuais, capazes de produzir um conflito psíquico, o que é resolvido por meio de expulsões destas do plano consciente, remetendo-as ao inconsciente (MILANEZ, 2012, p. 80).

À reaparição, no plano consciente, de uma ideia anteriormente reprimida, atribui-se o nome de “sintoma”, “um dos exemplos a partir do qual Freud forja o conceito de formações inconscientes, assim como chistes, os atos falhos, os sonhos e as formações encobridoras” (FREUD, 2007, p. 80).

Isto porque Freud desloca o lugar da verdade para o inconsciente, sendo que dela nada se sabe, senão porque há uma redução da consciência ao resultado de adequação ao inconsciente (pulsional e instintivo), que está em constante busca do prazer, de uma realidade exterior e repletas de imposições normativas (morais, legais, religiosas, etc.). Portanto, o sujeito, imerso nas ambiguidades do próprio inconsciente, não é capaz de discernir, tem a ilusão que tudo o que pensa, faz e sente estaria sob controle de sua consciência, senão porque desconhece a existência de uma força invisível, de um poder (psíquico e social) atuante sobre esta sem que o saiba.

Como bem assevera Marrafon, “enfim, (...) os indivíduos são crentes, influenciados por ideias provenientes dos vencedores das relações de poder na sociedade, ideias que não são suas, mas que fingem ser; e ainda sofrem pressões que extrapolam o âmbito da consciência, conclui-se que não há mais espaço para o racionalismo moderno”(2008, p. 127).

Nesta quadra, então, é possível afirmar que a psicanálise desqualifica esse sujeito racional, promovendo uma inversão epistemológica, e, acima de tudo, questionando a verdade desse sujeito desejante, que só entende dentro das possibilidades de seu próprio inconsciente[6], até então ignorado pelo racionalismo. O inconsciente fala e pensa.

1.2 LACAN – SOBRE LINGUAGEM E O GRANDE OUTRO

Em um retorno às leituras de Freud e Saussure[7], Jacques Lacan parte de uma nova conexão entre a palavra e a ordem simbólica, diante do fato de que as manifestações do inconsciente nada mais são do que manifestações da fala, em que o inconsciente está estruturado como uma linguagem.

Em O Seminário: os escritos técnicos de Freud (Livro 1), Lacan leciona que

6. “Freud observava em suas palestras que algumas pessoas entendiam algumas coisas, outras entendiam outras coisas, mas nunca alguém entendia tudo o que ele queria transmitir. As pessoas não entendem tudo o que se quer ensinar, elas entendem o que podem entender, o que faz sentido para elas dentro das possibilidades de seu próprio consciente, pois ninguém escapa ao próprio desejo”. (SOUZA LEITE, 1992, p. 38).

7. Lacan toma emprestadas algumas ideias da linguística que Freud não teve acesso. Saussure mostrou em sua teoria que um sinal não é necessariamente algo que conecta uma palavra, ou nome a uma coisa, mas é de fato algo que liga um som ou imagem com um conceito. O som ou a imagem é chamado de um significante. O conceito é chamado de significado. O sentido é produzido não só pela relação entre o significante e o significado, mas também, fundamentalmente, pela posição dos significantes em relação a outros significantes (num dado contexto). Quando a teoria de Saussure é colocada junto com as de Freud, não é difícil ver que o movimento de significantes, aquilo que gera significado, deve permanecer fundamentalmente inconsciente. Assim, o significado só pode ter um lugar em que Lacan chama de "a cadeia significante”, e como o significante tem primazia sobre o significado, o que significa que o significado é gerado não pelo sentido normal de uma palavra, mas pelo lugar que uma palavra tem em uma cadeia significante.

> uma palavra não é palavra a não ser na medida exata em que alguém acredita nela. (...) É nessa dimensão que uma palavra se situa antes de tudo. A palavra é essencialmente o meio de ser reconhecido. Ela está aí antes de qualquer coisa que haja atrás (...) A palavra não tem nunca único sentido, o termo, um único emprego. Toda palavra tem sempre um mais-além, sustenta muitas funções, envolve muitos sentidos. Atrás do que diz um discurso, há o que ele quer dizer, e, atrás do que quer dizer, há ainda um outro querer-dizer, e nada será nunca esgotado - se não e que se chega ao fato de que a palavra tem função criadora e faz surgir a coisa mesma, que não é nada senão o conceito. (...) O último sentido da palavra do sujeito diante do analista é a sua relação existencial diante do objeto do seu desejo (1998, p. 272/276).

Com essa lição, pode-se compreender que o conceito está sempre onde a coisa não está, ou seja, não é a coisa no que ela é, ele a substitui. Esse mais-além ao qual somos reenviados será sempre uma outra palavra, algo mais profundo, de modo a criar a ressonância de todos seus sentidos; o que devemos encontrar num ato é seu sentido de palavra, ou seja, um ato é uma palavra.

Para Lacan, a realidade dos seres humanos se dá em três níveis que se entrelaçam: o simbólico, o imaginário e o real[8]. Em que o grande Outro[9] opera no nível do simbólico, ou seja, na constituição não escrita da sociedade, é a segunda natureza de todo ser falante: ela está aqui dirigindo e controlando os meus atos.

Em seu livro Escritos, Lacan representa a primazia do significante pelo algarismo S/s (Significante “sobre” significado). Desse modo, adentrando no conceito de signo, em um diálogo com a semiologia, conclui que este se sobrepõe ao significado, sendo o modo com que o sujeito atribui sentido a uma materialidade, e rompendo com o paralelismo entre significante e significado.

Com isso, para Lacan o significante sempre antecipará o sentido, mas alerta, que é na cadeia de significantes que o sentido insiste. Portanto, a significação só se torna possível após a revelação de todos os significantes, pois não se pode olvidar que o significante em si mesmo nada significa, apenas o sendo na referência a outro significante.

O que essas manifestações (re)velam, é a possibilidade que o sujeito possui de se servir da língua para que expresse algo totalmente diferente do que ela diz. A essa capacidade de atribuição de diferentes sentidos constituídos pelo significante Lacan apreende duas vertentes: a metonímia e a metáfora. Aquela como sendo a possibilidade de se tomar a parte pelo todo, e esta representando a possibilidade de substituição de uma palavra pela outra.

---

8. “Essa tríade pode ser precisamente ilustrada pelo jogo de xadrez. Às regras que temos de seguir para jogar são sua dimensão simbólica: do ponto de vista simbólico puramente formal, ‘cavalo’ é definido apenas pelos movimentos que essa figura pode fazer. Esse nível é claramente diferente do imaginário, a saber, o modo como as diferentes peças são moldadas e caracterizadas por seus nomes (rei, rainha, cavalo), e é fácil imaginar um jogo com as mesmas regras, mas com um imaginário diferente, em que esta figura seria chamada de ‘mensageiro’, ou ‘corredor’, ou de qualquer outro nome. Por fim, o real é toda a série complexa de circunstâncias contingentes que afetam o curso do jogo: a inteligência dos jogadores, os acontecimentos imprevisíveis que podem confundir um jogador ou encerrar imediatamente o jogo”. (ŽIŽEK, 2010, p. 16).

9. Como ensina Souza Leite, “pesar o inconsciente como ‘linguagem’ faz supor um código. (...) Quando se usa palavras, supõe-se um lugar onde elas tenham um sentido, um espaço onde se organizam. Esse lugar será chamado por Lacan de ‘grande Outro’, ou ‘A’. No ensino de Lacan, o ‘Outro’ é o lugar do tesouro dos significantes, o lugar de todas as significações possíveis. O ‘A’ é a linguagem, é o que já estava aí antes de o sujeito nascer, é o discurso universal, o Outro que sabe, o Outro da verdade. É o lugar de garantia da verdade” (SOUZA LEITE, 1992, p. 49).

Com efeito, Marrafon atenta que “os processos interativos entre metáfora e metonímia na cadeia de significações constituem argumentos contundentes para compreensão da primazia do significante na produção de sentido e, por tabela, na formação de um sentido ou compreensão com pretensões de verdade” (2008, p. 149).

Desse modo, constata-se que o inconsciente (Icc) não existe fora do significante, que determina o (A) Sujeito, i.e., a língua (o Outro) é prévia ao sujeito, e a letra o suporte material deste significante. A noção de verdade, portanto, é um princípio a ser entendido como razão conceitual, uma vez que a palavra é gerida a partir de um lugar desconhecido.

Esse discurso do sujeito será sempre marcado pelo discurso do Outro, que revela, no encadeamento de significantes, as manifestações do inconsciente por meio da linguagem. Daí o motivo pelo qual o lugar da verdade, substituído por este significante primeiro, constitui um mito, senão porque dele nada se sabe verdadeiramente. Não havendo pré-compreensão possível quando uma ação ou decisão é determinada por ideias inconscientes.

Nesse sentido, destaca Coutinho,

> Não é difícil entender que a construção do sujeito se dá pelo efeito dos limites. Afinal, são eles que permitem desejar; desejar o que se não tem. Claro! Deseja-se o que se não tem. O que se tem, goza-se! Goza-se, por evidente, o quanto é possível, até porque não é possível gozar tudo, por pura sorte ou, como querem alguns, por graça de Deus. Afinal, não teria sentido seguir vivendo se não fosse para tentar encontrar, amanhã, o gozo que hoje não se encontrou. Sem ter o que fazer amanhã, por primário, restaria pouco para viver, num equilíbrio muito perigoso, mormente quando se começa a projetar o suicídio como forma última de expressão da diferença: como uma forma de se fazer presente. (MIRANDA COUTINHO,1995, p. 99).

Nessa busca e impossibilidade do gozo, o sujeito se vê numa relação entre gozo e perda, encontrando-se excluído do paraíso da unidade, apenas alcançando essa plenitude pela morte, o fim do desejo. Em Produção dos Quatro Discursos, Lacan discorre que o sujeito, o gozo, o saber e o poder são laços sociais formados pela relação do agente e seu outro. Esse laços, aparelhos que tratam o gozo, ganham o nome de “discursos”[10]. É no Direito que percebemos como o discurso estrutura o mundo real.

O estatuto do poder, discurso do mestre, do senhor, embora se diga ordinariamente que o gozo seja um privilégio deste, o interessante é o que lá por dentro desmente isso. Um verdadeiro senhor, diz Lacan, não deseja saber absolutamente nada – ele deseja que as coisas andem (1998, p. 23).

Em verdade, o discurso da histérica é o que conduz ao saber, é ele quem faz o homem, um sujeito movido pela busca do saber. Como afirma Lacan, “o caminho do inconsciente propriamente freudiano, foram as histéricas que o ensinaram a Freud. É aí que faço entrar o desejo da histérica (...)” (1998, p. 20). A histeria surge quando passamos

10. “Trata-se de reconsiderar a questão do Pai e o estatuto da verdade em nosso mundo atravessado pelas produções da ciência. Lacan retoma as três profissões qualificadas por Freud como impossíveis – governar, educar, analisar – elevando-as à categoria de Discursos. Dos discursos destacados por ele, o do Mestre faz referência à de governar, o Discurso da Universidade faz referência à impossibilidade de educar e o Discurso do Analista, à impossibilidade de analisar, acrescentando-se a isto o Discurso da Histérica que faz referência à impossibilidade de histericizar-se de verdade, ou seja, à impossibilidade de “fazer desejar”. Lacan está às voltas com o real e com a impossibilidade de que ele seja apreendido totalmente, como se evidencia nos ideais da ciência. Tantos impossíveis tentando capturar o real do gozo. (PENNA, 2003, p. 91).

a nos questionar ou sentir desconforto em sua identidade simbólica, seu problema é distinguir o que ele é (seu verdadeiro desejo), do que os outros veem e desejam nele.

Talvez aí esteja o surgimento do juiz histérico, em que não mais distingue sua real função e como deva agir, mas sim aquilo que a sociedade vê e deseja nele, pois a identidade simbólica está inevitavelmente ligada a uma questão histórica determinada, dependente de um contexto ideológico. Estamos lidando aqui com o que Louis Althusser chamou de 'interpelação ideológica': a identidade simbólica conferida a nós é o resultado do modo como a ideologia dominante nos 'interpela' – como cidadãos, democratas, cristãos.

Assim, para Lacan a questão é saber quem é o sujeito do discurso ao afirmar que, na neurose, o elemento determinante é o Outro da linguagem, no qual o sujeito se reconhece e se faz reconhecer. Mais precisamente: o desejo do homem é o desejo do Outro.

O que define aquilo que deve ser a estrutura que se chama uma interpretação é um saber como verdade. "Porém, o que é verdadeiro? Meu Deus, é aquilo que é dito. E o que é dito? É a frase. Mas a frase, não há meios de fazê-la se sustentar em outra coisa senão o significante, na medida em que este não concerne ao objeto" (ZIZEK, 2010, p. 58).

Portanto, ao fazer o uso da linguagem, o sujeito adquire certo poder, de modo que um controle é exercido ao agir sobre o outro, i. é., uma ação é exercida sobre alguém a quem se dirige a palavra. Daí porque o discurso funda um poder, na medida em que supõe o uso da palavra.

1.3 LEGENDRE – BREVE GLOSA SOBRE O AMOR (AO CENSOR)

De que os mestres não querem saber e de que as histéricas clamam por uma resposta, isso Lacan já nos mostrou. Com efeito, a metáfora paterna é decisiva nas relações com o simbólico, e com a lei e a cultura; o sujeito estará apto a aderir à obediência à lei jurídica somente tendo inscrito no registro do Simbólico o dever de submetimento ao Nome-do-Pai.

Ocorre que o poder do pai, o poder do simbólico, declinaram juntamente com o poder da palavra. O Nome-do-Pai[11] não cumpre mais sua função. Philippi bem coloca que "quando a explicação divina acerca das normas destinadas a reger o gênero humano começa a perder o prestígio, a lei deixa de ser percebida como produto de uma autoridade transcendente para identificar um ditame da razão do qual o homem é o autor" (2001, p.311).

Lengendre aduz que,

> a Lei em cada sistema institui sua ciência própria, um saber legítimo e magistral, para assegurar a comunicação das censuras até os sujeitos e fazer prevalecer a opinião dos mestres. No estreito espaço das tradições ocidentais, mas graças a linhagem ininterrompida dos comentários jurídicos ou das novas versões do texto, se nos oferece essa matéria surpreendentemente preservada, uma ciência perpétua do Poder (1983, p. 7).

11. "A importância do Complexo de Édipo é fundamental na configuração do que Lacan denominou Nome-do-Pai – a primeira interdição que se apresenta e que estrutura o inconsciente do indivíduo –, eis que é a partir dela que é inserido na linguagem e tem acesso à cultura, ao Simbólico. E o Direito, na forma que se conhece, também procura estabelecer a ordem social, colocando limites às pulsões, na pretensão de coibir o excesso de gozo em nome da Civilização". (ROSA, 2006, p. 14).

Sob a missão de obstruir o gozo, o sistema jurídico se estabelece para legitimar e garantir o discurso do poder, em que o Estado por meio desse mandato edita as regras de convivência, as quais devem ser obedecidas em nome do amor ao censor.“O trabalho do jurista (depois, o de seus sucessores hoje na empresa dogmática) é exatamente a arte de inventar as palavras tranquilizadoras, de indicar o objeto de amor onde a política coloca o prestígio e de manipular as ameaças primordiais“ (LEGENDRE, 1983, p. 24).

Retomando o discurso do mestre, Legendre afirma que ele anuncia a palavra recebida de cima e a traduz em regra, assim, no processo, a representação procurada pelo juiz demonstra bem que a última palavra é tarefa do Poder, em que o magistrado porta a máscara sacerdotal, ele representa o Outro.

É verdade, pois, haver um constante movimento para que o Outro (o Legislador ausente) imponha limites, estabelecendo uma ordem que traga conforto, suscitando os discursos sobre a necessidade de reformas legislativas. Trazendo a ilusão de que o Poder Legislativo, imbuído em ‘Nome-do-Pai’, expeça comandos normativos capazes de gerar uma convicção de dever cumprir do bom cidadão.

Entretanto, a falácia não se mantém, ao passo que a figura paterna não mais se sustenta, e como dito; essa referência do amor ao censor está aí para lembrar que o Poder toca no nó do desejo.

1.4 ZIZEK – SOBRE IDEOLOGIA E CINISMO

O *insight* básico da psicanálise é distinguir o gozo dos prazeres corriqueiros, pois eles não são os mesmos. O gozo é precisamente o gozo de uma satisfação perturbadora, até mesmo o gozo na dor, e esse fator excessivo perturba a relação aparentemente simples entre dever e prazer. Esse também é o espaço onde opera a ideologia.

O conceito de ideologia demonstra algum tipo de ingenuidade constitutiva básica: o desconhecimento de seus próprios pressupostos, condições efetivas, a divergência entre a chamada realidade social e nossa representação distorcida, a distância, e nossa falsa consciência dela.

Provavelmente, a definição mais elementar da ideologia é o famoso enunciado de Marx em O Capital: “disso eles não sabem, mas o fazem”. Mas Zizek se pergunta: “será que esse conceito da ideologia como consciência ingênua ainda se aplica ao mundo de hoje?” (1996, p. 310)

A palavra “ideologia” é capaz de definir qualquer coisa, desde um conjunto de crenças voltado para a ação, até uma atitude contemplativa que desconhece sua dependência em relação à realidade social; desde o meio essencial em que os indivíduos vivenciam suas relações com uma estrutura social até as ideias falsas que legitimam um poder político dominante. Ela parece surgir exatamente quando tentamos evitá-la e deixa de aparecer onde claramente se esperaria que existisse.

Apesar de dizer que vivemos em um período histórico pós-ideológico, Zizek demonstra que a ideologia não desapareceu do cenário político, pelo contrário, devido ao seu sucesso que pôde ser, aparentemente, descartada do cerne da opinião política. Nossa sociedade é constantemente bombardeada por conteúdos simbólicos emanados pelos meios de comunicação de massa e eletrônico-cibernético, os quais facilitam a penetração de substratos ideológicos, de modo que os indivíduos “não agem mais prioritariamente em função de suas crenças e convicções, sendo que a reprodução do sistema se dá muito mais por via de sujeição osmótica às premissas da sociedade de

consumo, e via eficácia de coerção e da aplicação das normas legais e de controle estatais adequadas aos interesses do capital globalizado" (RECH, 2013, p. 106-110).

Zizek ampara seus estudos em Peter Sloterdijk, que elabora a tese de que o modo dominante de funcionamento da ideologia é cínico, a *Kritik der Zynischen Vernunft* (crítica da razão cínica). O sujeito tem plena noção da distância entre a máscara ideológica e a realidade social, contudo, continua a insistir na máscara. A definição proposta por Sloterdijk, portanto, seria: eles sabem muito bem o que estão fazendo, mas fazem assim mesmo. Nessa fórmula não há mais ingenuidade, mas sim um paradoxo de uma falsa consciência esclarecida: "sabe-se muito bem da falsidade, tem-se plena ciência de um determinado interesse oculto por trás de uma universalidade ideológica, mas, ainda assim, não se renuncia a ela" (ZIZEK, 1996, p. 313). Essa razão cínica, embora todo seu desprendimento irônico, mantém intacto o nível fundamental da fantasia[12] ideológica, nível em que a ideologia estrutura a própria realidade social.

Novamente Zizek se pergunta: "onde se situa a ilusão ideológica. No '*saber*', ou no '*fazer*' na própria realidade?" (1996, p. 317). A solução, à primeira vista, soa óbvia, de que a ilusão reside no "saber". Entretanto não se pode deixar de lado que a ilusão se encontra em funcionamento na própria realidade social, no nível daquilo que os indivíduos *fazem*, e não do que *pensam* ou *sabem* estar fazendo. O que podem não saber é que sua realidade social é guiada por uma ilusão, por uma invenção fetichista. Eis o desconhecimento. Não se desconsidera a realidade, mas a ilusão que a estrutura, pois sabem como as coisas são, mas continuam a agir como se não soubessem. A essa ilusão desconsiderada é que se pode chamar de *fantasia ideológica.*

Essa crença sustenta a fantasia que regula a realidade social, em um círculo vicioso de transferência, onde a razão de por que devemos crer só é persuasiva aos que já creem. Assim, basta abandonar qualquer argumentação racional e simplesmente submeter-se ao ritual ideológico, repetindo gestos sem sentido, agindo como se "já acreditasse", e a crença virá por si só[13].

Tenta-se, em vão, sair desse sonho ideológico, procurando enxergar a realidade tal como realmente é, livre dos chamados preconceitos ideológicos, porém o único jeito de romper tais chamados é confrontando o Real de nosso desejo que se anuncia nesse sonho. Exemplo disso é o antissemitismo, pois para nos livrarmos dos chamados "preconceitos antissemitas", e tentar ver como os judeus realmente são, devemos "confrontar-nos com o modo como a imagem ideológica do 'judeu' é investida de nosso desejo inconsciente, com o modo como construímos essa imagem para fugir de um certo impasse de nosso desejo" (1996, p. 354). Diante disso, a resposta dada por Zizek ao antissemitismo não é a de que os judeus não são realmente assim, ocorre que essa ideia antissemita nada ter a ver com eles; utilizamos sua imagem ideológica para costurar a incoerência de nosso próprio sistema ideológico.

Quando Stalin, no início de seu juramento do Partido Bolchevique a seu chefe Lênin diz: "Nós somos, nós os comunistas, pessoas de feitura à parte. Somos talhados no esforço à parte". Essa frase adquire peso em função de sua natureza fetichista do Partido

12. A fantasia não é apenas uma questão privada dos indivíduos, mas também pode ser a matéria central de que são feita as nossas ideologias. Em uma perspectiva psicanalista, fantasia, fundamentalmente uma mentira, no sentido de que a fantasia encobre uma certa falha da consistência.

13. "Talvez é por isso que a 'cultura' surge hoje como a categoria central do mundo/vida. Com relação à religião , não mais 'acreditamos realmente', apenas seguimos (variados) rituais e comportamentos como parte de um respeito pelo 'estilo de vida' da comunidade a que pertencemos. [...] 'Cultura' é o nome para todas essas coisas que praticamos sem de fato acreditar nelas , sem levá-las inteiramente a sério." (ŽIŽEK, 1999, p. 42).

Stalinista, em que se tem como encarnação milagrosa do saber neutro e objetivo que lhe serve de fundamento para legitimar sua atividade – pretende-se como único detentor do "conhecimento da leis objetivas", como se fosse sua encarnação imediata e individual, o ponto do cruzamento paradoxal entre a vontade subjetiva e as leis objetivas. Talvez, o maior perigo para o totalitarismo sejam as pessoas que tomam sua ideologia ao pé da letra (como o juiz, em busca da verdade, detentor do poder de julgar).

O juramento de Stalin não muito se diferencia do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros[14], ao afirmar que:

> Não me importa o que pensam os doutrinadores.[...] Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. **Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém**. (grifou-se)

Eis o cinismo. Reconhecemos que há um interesse particular por trás da máscara ideológica, mas mesmo assim a conservamos. Trata-se de uma posição subjetiva que o sujeito sabe perfeitamente disso, mas continua agindo como se não soubesse[15].

Lacan, quando afirma que "a verdade tem a estrutura de uma ficção" tem em mente que as emoções que acenamos por meio da máscara (falsa persona) que adotamos, paradoxalmente, podem me ser mais autênticas, permitindo revelar meu verdadeiro *eu*, mais do que admito sentir no meu foro íntimo. Esse hiato entre a identidade simbólica (falsa persona) e a identidade psicológica Lacan chama de "castração simbólica", tendo o *falo*[16] como seu significante. Zizek aduz que

> É isso que a famigerada "castração simbólica" significa: a castração que ocorre pelo próprio fato de eu ser apanhado na ordem simbólica, assumindo uma máscara ou título simbólico. A castração é o hiato entre o que eu sou imediatamente e o título simbólico que me confere status de autoridade. Nesse sentido preciso, longe de ser o oposto de poder, ela é sinónimo de poder; ela é o que me dá poder (1998, p. 47).

Essa castração se torna clara na figura do juiz, em que o *falo* é a insígnia usada como máscara social que lhe dá poder. Essa insígnia não parte de nossa natureza, são externas. As vestimos para exercer poder. Ocorre que o grande Outro não mais existe, ele é uma ordem simbólica, ou seja, tal inexistência é estritamente correlata a uma noção de crença (confiança simbólica de crédito), de tomar a fala do outro pelo valor de suas palavras.

---

14. AgReg em RESP n° 279.889-AL, disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/57229133/STJ-Nao-me-interessa-a-Doutrina>

15. "(...) o funcionamento da ordem simbólica demonstra como a máscara social importa mais que a realidade direta do indivíduo que a usa. Esse funcionamento envolve a estrutura do que Freud chamou de 'renegação fetichista': 'Sei muito bem que as coisas são como as vejo, que a pessoa diante de mim é um poltrão corrupto, mas apesar disso eu o trato respeitosamente, porque ele usa a insígnia de um juiz, de modo que, quando fala, é a própria lei que fala através dele'". (ŽIŽEK, 1996, p. 45).

16. Para Lacan, *falo* é o próprio significante do desejo. "É uma espécie de órgão sem um corpo que eu visto, que fica preso a meu corpo, mas nunca se torna uma parte orgânica, sobressaindo para sempre como sua prótese excessiva, incoerente". *Ibidem*, p. 47.

Trazendo para nossa experiência cotidiana, não raras vezes, quando um juiz decide um caso, utilizando-se de mantras a exemplo do "interesse público", é evidente a existência do grande Outro da instituição simbólica.

Mas então, por que não evoluímos? Onde está o furo na análise? Zizek nos diz então, que o sujeito não sabe como se satisfazer, por isso se aliena. Há uma ingenuidade psicológica que é de achar que o sujeito se orienta por aquilo que o faz bem e pelo o que gosta; e aquilo que não lhe faz bem e não gosta, ele se afasta. Essa afirmação é falsa! "Não sabemos o que fazemos", fazemos algo e temos uma representação falsa desse ato.

Tomemos o caso do "fetichismo" pela busca da verdade pelo magistrado: essa função da verdade como encarnação de poder, o equivalente geral de todas as verdades, afigura-se aos juízes como uma propriedade natural da decisão como coisa – como se a busca pela verdade "real" fosse, enquanto coisa, a representação do poder.

Enquanto o sintoma, como "retornos do recalcado", ameaça nossa percepção da estrutura da mentira ideológica, o fetiche é algo do tipo avesso do sintoma. Isto é, se de um lado o sintoma é a exceção que perturba a superfície da falsa aparência, o fetiche "é a personificação da mentira que nos permite sustentar a verdade insuportável"[17]. Nesse sentido, pode o fetiche desenvolver papel fundamental para permitir que lidemos com uma dura realidade: os fetichistas sabem da "realidade", são aptos a aceitar o modo como as coisas são, pois, ao se agarrar ao fetiche, mitigam o impacto da realidade.[18]

Estamos lidando aqui com a *sublimação* de um objeto (no caso, a "verdade") na realidade estruturado em torno de um vazio (que envolve um vazio); quando esse vazio se torna visível, há uma desintegração da realidade. Na *sublimação* a relação com a coisa é marcada por uma impossibilidade, em que o objeto é produzido do Real para o Simbólico (Lacan) (ZIZEK, 2003, p. 125). Assim, o sublime é um objeto em que podemos ter a experiência dessa própria impossibilidade, dessa constante falha de representação na vã tentativa de atingir a Coisa. Daí porque esse objeto que nos evoca o sentimento sublime nos dá, ao mesmo tempo, prazer e desprazer: "desprazer em razão de sua inadequação a Coisa-Ideia, mas, justamente através dessa inadequação, isso nos proporciona prazer, deixando-nos ver a grandeza autêntica e incomparável da Coisa, que ultrapassa qualquer fenômeno possível, qualquer experiência empírica" (ZIZEK, 1990, p. 128). Para uma visão reta, a *verdade*, seria algo impossível de se alcançar, mas, ao mesmo tempo, pode ser o "objeto sublime" para o Vazio ao redor do qual se estrutura uma decisão judicial.

Zizek ensina que em um espaço ideológico, significantes como "verdade","liberdade", "igualdade", "Estado", "justiça", dentre outros, flutuam até que sua cadeia seja suplementada por um significante-mestre (como o comunismo), que lhes retroage para determinar a significação.

No caso do ativismo judicial, como significante-mestre, a "justiça" seria feita quando o juiz decide a partir de argumentos de política, moral, etc., quando o direito é substituído por convicções pessoais, ou seja, quando o magistrado reveste-se de supremacia com competência que não lhe é reconhecida. Tudo em nome de uma ordem simbólica de crença, usando de uma máscara social como insígnia de poder para legitimar seu fetiche pela "busca da verdade", em que simplesmente aceita como necessário agir em estado de exceção para garantir o "curso normal das coisas".

17. *Ibidem*, p. 62.
18. "Cumpre ressaltar que os fetichistas se sentem satisfeitos com seus fetiches, não têm necessidade de se livrar deles". *Ibidem*, p. 70.

Ao formular o método básico da “crítica da ideologia”, Zizek afirma que se deve identificar em um determinado edifício ideológico qual elemento representa sua impossibilidade. Sempre nos deparamos com um “algo a mais” em determinada “mercadoria perfeita”, isso porque uma mercadoria nunca é um objeto que compramos e consumimos, mas sim um objeto cheio de sutilezas ideológicas. Sua presença sempre reflete uma transcendência invisível. Esse excesso indescritível é o objeto-causa do meu desejo.

Em nossa sociedade pós-moderna somos obrigados a gozar, onde o gozo se torna um tipo de estranho dever perverso. Um desejo não é nunca simplesmente um desejo por uma coisa certa, é também é um desejo pelo próprio desejo, ou seja, um desejo que continua desejando. Daí o motivo pelo qual o pior horror para um desejo seja a sua completa realização, de modo que não mais se deseje.

Esse excesso ilusório, da satisfação pelo gozo do desejo desejante, encontramos na figura do juiz, em que “esse algo a mais” do ato de julgar o faz querer sempre buscar a verdade. A verdade nada mais que a verdade, a qual sabemos nunca é completa, e por isso o juiz é um cínico ideológico; ele sabe disso, mas não pode ir contra o objeto-causa do gozo da verdade.

Nesse sentido, o juiz ao defender a busca pela “verdade real”, em que decide conforme sua consciência, verificamos de pronto a questão da fantasia ideológica, em que a ilusão está no próprio fazer (julgar), alterando-se a fórmula para: “eles sabem que, em sua atividade, estão seguindo uma ilusão, mas fazem-na, assim mesmo”. Eis o exemplar juiz cínico, em que insiste na sua máscara ideológica, mesmo tendo plena consciência da realidade social!

1.5 UMA CHARLA COM LEBRUN E MELMAN

Em uma breve charla, os psicanalistas Jean-Pierre Lebrun e Charles Melman, diagnosticam uma nova formação da economia psíquica[19], que promove um mundo sem limites.

Lebrun (2008, p. 13), em sua obra *A perversão do comum: viver juntos sem o outro*, analisa a desintegração da relação entre o indivíduo e a coletividade, verificando uma alteração dos laços sociais, o que promove novos regimes na economia psíquica, moldando uma nova forma de subjetividade contemporânea.

Ao final do medievo, com a evolução da ciência e o processo de secularização, as formas de poder então dominantes, leia-se, religião teológica e patriarcado, tiveram suas estruturas abaladas, gerando uma crise de legitimidade (na civilização ocidental). Com essa emancipação do transcendental – declínio da função paterna, de Deus às figuras que representam o poder, que se tornaram anacrônicas[20] -, a singularidade ficou favorecida, isto é, com o falecimento da sociedade hierárquica, o coletivo não mais serve ao lugar do Outro à castração.

19. “Hoje a saúde mental já não se origina mais da harmonia com o ideal de cada um, mas do objeto que possa trazer satisfação. Não há limites. Há uma nova forma de pensar, de julgar, de comer, de transar, de se casar ou não, de viver a família, a pátria e os ideais. Essa nova economia psíquica é organizada pela exibição de prazer e implica em novos deveres, dificuldades e sofrimentos. A partir do momento em que há no sujeito um tipo de desejo, ele se torna legítimo, e é legítimo esse indivíduo encontrar sua satisfação. A posição ética tradicional, metafísica, política, que permitia às pessoas orientar seu pensamento, está em falta. O excesso se tornou a norma.” (MELMAN, 2014).

20. “Essa situação se dá pela perda daquilo que se entende, em psicanálise, por figura do Pai (a função da castração, que institui a ordem psíquica do sujeito, o lugar do limite)”. (LEBRUN, 2004, p. 98.)

Tais mudanças na vida coletiva refletiram sobre o psiquismo dos sujeitos individuais, demonstrando que a identidade do sujeito é negativa, ou seja, vem do outro. É sobre essa função simbólica do outro (alteridade) que a subjetividade se constrói por meio de um processo de assujeitamento do indivíduo. Operou-se, assim, a dissolução entre o singular e o coletivo sem que houvesse novo substituto ao individualismo que ele diagnostica como perverso.

Assim, surge o *neossujeito*. Livre de qualquer hierarquia, de toda negatividade e sem qualquer limite ao gozo, forja-se o novo sujeito, sem alteridade, e sem reconhecimento do Outro, diagnosticado com o sintoma da *perversão comum.*

Diante dessa ausência de limites e vazio de existência, busca-se grandes quantidades de sensações intensas, em que se mantém uma relação de imediatismo com um mundo, onde todas as sensações devem ser imediatas, pois não há espaço para a reflexão. Nesse mundo da perversão comum, não há espaço para a alteridade; é um mundo *sem outrem.*

Lebrun, ao citar Charles Melman em *O homem sem gravidade,* demonstra que "estamos assistindo a uma liquidação coletiva da transferência, fonte de uma liberdade bem notável. Não há mais nem autoridade, nem referência, nem tampouco saber que se mantenha. Estamos agora só na gestão, não há mais práticas" (2008, 321 – 322).

Essa mutação no quadro social, de uma “nova perversão” faz com que a busca pelo objeto positivado é que constitui a economia coletiva perversa. Assim, o neossujeito, tentando escamotear a falta por meio do objeto de consumo fetiche, não logra êxito, pois tenta se ligar a este engodo (objeto de consumo), para ajudá-lo a perenizar a evitação do confronto com a perda.

No Imaginário Social, esse vazio é substituído pela certeza de dados apresentados pela ciência (cientificismo), pela autorregulação do mercado (neoliberalismo) e pela autonomia dada de imediato a cada um (democratismo). Essa crise de legitimidade favorece o *pronto pensar*, pois todos têm o direito de se manifestar, ou seja, qualquer opinião pode, a qualquer momento.

Como bem demonstra Melman (2003, p. 12), trata-se de uma “cultura que recomenda a livre expressão”, de “uma subjetividade que se crê liberada de toda dívida para com as gerações precedentes”, formatada por um progresso considerável, que indicou que “o céu está vazio, tanto de Deus quanto de promessas, de referências, de prescrições, e que os indivíduos têm que se determinar por eles mesmos, singular e coletivamente”.

Ocorre que esse indivíduo imerso na *economia psíquica*, na qual o gozo prepondera sobre toda possibilidade de Lei e de prazer, torna-se manipulável e manipulado pelas novas fontes de sabedoria, imprensa e mídia. Daí advêm as opções de comportamento de consumidor que organizam seu mundo como forma de identificação. Marrafon (2014) aponta que “essa conduta, uma vez generalizada, ocasiona a perversão comum que solapa as possibilidades de uma democracia forte, já que, com o esfacelamento do coletivo, prevalece o espírito de facção, a defesa irrestrita de próprios interesses, por mais fugazes e imediatos que sejam”.

Portanto, essa crise de legitimidade nas instituições traz um enorme abalo para a democracia, uma vez que essa tensão com o outro é inevitável. O neossujeito possui uma enorme dificuldade de aceitar os sistemas normativos, o que torna impossível uma representação legítima e eficaz em uma sociedade hiperfragmentada, que produz sujeitos que, por poderem tudo, perdem o registro do Real.

Marrafon ainda nos alerta que:

> Sem referenciais éticos e limites compartilhados socialmente, prevalece o individualismo — correto é fazer aquilo que eu acredito que seja correto — donde a grande dificuldade da imposição de normas, seja ela a reprovação por insuficiência no rendimento acadêmico, a proibição de se espancar mendigos ou atear fogo em índios ou mesmo a compreensão de que direitos fundamentais também admitem restrições e que, não é porque se tem uma boa causa, que grupos minoritários podem fazer tudo que desejam, causando transtorno e prejuízos a milhares de pessoas. (2014)

Daí o desafio da era contemporânea: fazer com que esse sujeito *neojulgador* moderno, forjado em um mundo "sem gravidade", em que o desejo ilimitado do gozo de poder, e que conduza sociedade em direção a um paradigma perverso, encontre seus limites, e busque uma nova responsabilidade – para com os outros e sem perversão – que somente será eficaz em havendo um comprometimento com a dimensão coletiva e a alteridade.

Portanto, para sanar esses riscos à democracia saudável, é crucial haver uma passagem do estado de gozo do *neojulgador* soberano, incrustado por uma máscara ideológica (Zizek) pela busca da verdade, para o estado de julgador capaz de disciplinar o gozo[21] por meio do direito, que passará a funcionar como um mecanismo de resposta incontida e necessária a toda demanda, capaz de liquidar as possibilidades de subjetivação, reconstruindo uma legitimidade normativa e resgatando a importância de se observar regras gerais.

Desse modo, devem os *neojulgadores* praticar uma constante suspeição de si, de suas idiossincrasias assumidas e verdades que se faz do caso, porquanto não devem "recair em manifestação de 'vontade de potência', sob pena de atribuir ao Judiciário poderes de um novo soberano que decide para além da Constituição, pois isso viola os próprios ideais do constitucionalismo moderno, fundado na ideia de racionalização, limitação e equilíbrio no exercício do poder" (MARRAFON, 2014).

CONCLUSÃO

Diante da construção proposta, mostrou-se que no sujeito psicanalítico a verdade se manifesta na presença do inconsciente na fala, que se desenvolve por uma brecha do discurso do sujeito.

Assim, a psicanálise surge como uma inversão epistemológica, demonstrando que não há um sujeito do conhecimento racional, mas apenas um sujeito cindido que apenas compreende dentro das possibilidades de seu próprio inconsciente. Lacan evoluindo os trabalhos freudianos, ensina que o discurso do sujeito sempre será marcado pelo discurso do Outro, que por operar no nível do simbólico, revela as manifestações do inconsciente por meio da linguagem.

Assim, volta-se aos trabalhos de Zizek, para demonstrar que há nas decisões jurídicas, principalmente nas judiciais, um cinismo dos juízes, que ao defenderem uma insistente busca pela "verdade", nada mais estão do que alimentando sua fantasia ideológica como gozo do desejo. Ou seja, a verdade é o sublime objeto desse protagonismo defendido pelo senso comum teórico dos juristas, que fecham os olhos para a máscara ideológica assumida pelo julgador.

Num último momento da psicanálise, Lebrun e Melman nos mostram um mundo sem limites formados por uma nova economia psíquica. Inserido nesse contexto, é que

21. Aquilo que Melman pretende chamar de tentativa de equalizar os gozos. (MELMAN, 2014, p. 112).

surgem os *neojulgadores*, sujeitos sedentos pelo desejo ilimitado do gozo de poder, de modo que o desafio da era contemporânea é encontrar limites e equilíbrio no exercício de poder para tais sujeitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

____. **Sentenças interpretativas, coisa julgada, e súmula vinculante**: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional. Tese de mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: < www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp113238.pdf > acesso em: 01 de abril de 2015.

BIRMAN, Joel. **Psicanálise, ciência e cultura.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Psicanálise na cena do crime. **Tempo psicanalítico**, Rio de Janeiro, v. 45.1, p. 401-418, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, Psicanálise e Mundo Neoliberal. In: _____. **Direito e Neoliberalismo:** elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

FREUD, Sigmund. **Cinco lições de psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, 1980.

____. **Escritos sobre a psicologia do inconsciente (1923-1940)**. Rio de Janeiro: Imago, 2007, v. III.

____.**Uma dificuldade no caminho da Psicanálise (1917).** Disponível em: <http://areas.fba.ul.pt/jpeneda/Dificuldade.htm> acessado em: 05 de maio de 2014.

GARCIA-ROZA. Luiz Alfredo. **Freud e o inconsciente**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

GUSSO, Luana de Carvalho Silva**.** O sujeito de direito entre transcendência e o desejo:uma leitura psicanalítica de poder e resistência. **Revista de Direito Univille – RDU,** Joinville, v. 1, n. 1, p. 46, dez. 2011.

LACAN, Jacques.**Escritos**.Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

____. **O seminário**: os escritos técnico de Freud (Livro 1). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

____. **O seminário**: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise (Livro 11).Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

____. **O seminário**: o avesso da psicanálise(Livro 17). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

LANDIM, Regina Helena. Resenha - A perversão comum: viver juntos sem outro. **Cadernos de psicanálise** – SPCRJ, v.25, n.28, p. 343-359, 2009.

LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum:** viver juntos sem o outro. Trad. Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

____. **Um mundo sem limite** — ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro: Companhia de Freud Editora, 2004.

LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In:_____. **Direito e neoliberalismo:** elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

MARRAFON, Marco Aurélio**. Quadro mental paranóico não pode imperar na solução de casos jurídicos.** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2014-jul-14/constituicao-poder-quadro-mental-paranoico-nao-imperar>Acesso em: 09set. 2014.

____. **Hermenêutica e sistema constitucional**: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 2008.

____. **Paradoxos atuais e individualismo sem limites pervertem a democracia**. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2014-jun-02/individualismo-limites-nossos-tempos-perverte-democracia> Acesso em: 09set. 2014.

MELCHIOR, Antonio Pedro. **O juiz e prova:** o *sinthoma* político do processo penal. Curitiba: Juruá, 2013.

MELMAN, Charles. **A era do prazer.** Disponível em: <http://www.istoe.com.br/assuntos/entrevista/detalhe/10556_A+ERA+DO+PRAZER> Acesso em: 09 set. 2014.

____. **O homem sem gravidade.** Rio de Janeiro: Companhia de Freud. 2003.

MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **Sobre a superação da verdade**: hermenêutica filosófica, teoria da linguagem, (ir)racionalidade e dogmática da prova penal. Curitiba, 2012.196 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Universidade Federal do Paraná.

PENNA, L. M. **Psicanálise e Universidade**: Há transmissão sem clínica? Belo Horizonte: Autêntica, 2003.

PHILIPPI, Jeaninen Nicolazzi. **A Lei:** uma abordagem a partir da leitura cruzada entre Direito e Psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RECH, Hildemar Luiz. Slavoj Zizek: Real, fantasia, objetos sublimes da ideologia, ato político e educação. **Revista Dialectus.** Ano 1, n. 2, jan./jun. 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão como bricolage de significantes**. Disponível em: <http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/decisao_processo_penal_alexandre_rosa.pdf> acessado em: 08 de junho de 2012.

SOUZA LEITE**,** Marcio Peter de. **A negação da falta:** cinco seminários sobre Lacan para analistas kleinianos. Rio de Janeiro: RelumeDumurá, 1992.

STRECK, Lênio Luiz. **Compreender direito:** desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

____. **Hermenêutica jurídica (em) crise:** uma exploração da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

____.**Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

____. **O que é isto**– decido conforme minha consciência?3. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

____. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

ŽIŽEK, Slavoj. **Alguém disse totalitarismo?:** cinco intervenções no (mau) uso de uma noção. São Paulo: Boitempo, 2013.

____. **Como ler Lacan**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

____. **Eles não sabem o que fazem –** o sublime objeto da ideologia. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.

____. O grande outro não existe. **Revista Ethica**. Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, 2009.

____. **O mais sublime dos histéricos –** Hegel com Lacan. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

____. **Primeiro como tragédia, depois como farsa**. São Paulo: Boitempo, 2011.

____. **Um mapa da ideologia.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO: ANÁLISE DO PROCESSO Nº 0001411-18.2017.5.12.0004 DA 1º VARA DO TRABALHO DE JOINVILLE

Katleen Iohraney Prass da Silva[1]
Cloves Fernandes Barbosa[2]

Resumo: O presente estudo tem como objetivo geral analisar a proteção jurídica da pessoa com deficiência no que tange a sua inserção no mercado de trabalho, em paralelo com o que ocorre na prática. Vislumbra-se a importância do tema na medida em que muitas são as dificuldades encontradas pelas pessoas com deficiência ao tentarem ingressar no mercado de trabalho, sendo necessário identificar os responsáveis por tais obstáculos, a fim de cobrar soluções. A metodologia utilizada foi a qualitativa, do tipo bibliográfica e o método foi o dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Observou-se, com a análise do caso citado que o principal problema enfrentado pelas empresas situadas na cidade de Joinville consiste na falta de políticas públicas que visem realizar a capacitação das pessoas com deficiência, o que faz com que as empresas tenham dificuldades em encontrar pessoas com deficiência que possuam mínima qualificação para preencher as vagas ofertadas.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Mercado de trabalho. Dificuldades. Preconceito

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca compreender a proteção jurídica concedida à pessoa com deficiência quando de sua inserção no mercado de trabalho, realizando um paralelo com as previsões legais e com o que ocorre na prática.

O trabalho possui forte aspecto social, tendo importante repercussão na vida das pessoas com algum tipo de deficiência. Relativamente à proteção da pessoa com deficiência[3], inúmeras são as leis que preveem a garantia de acesso ao mercado de trabalho para tal grupo.

A legislação nacional é considerada avançada no que tange à proteção dos direitos das pessoas com deficiência (LEITE, 2019), com enfoque ao incentivo para a sua inserção no mercado de trabalho, vez que o arcabouço jurídico brasileiro aborda a questão em âmbito constitucional, federal e municipal, no que tange à cidade de Joinville, localizada ao norte do Estado de Santa Catarina.

Ocorre que, em que pese a vultuosa produção legislativa com fito de tutelar e incentivar a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, é sabido que os esforços não espelham a realidade, sendo relatadas dificuldades por parte das empresas na contratação de pessoas com deficiência e também por parte desse grupo, que enfrenta diversos obstáculos ao tentar ingressar no mercado de trabalho, sendo o principal deles o preconceito.

Diante disso, buscou-se, após análise do conteúdo legislativo relativo ao tema e das dificuldades apontadas por empresas e por pessoas com deficiência, realizar o

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). E-mail: katleen5@hotmail.com
2. Formado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, em Bacharelado em Ciências Militares e em Administração pela Academia Militar das Agulhas Negras. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina, em Planejamento Estratégico pela Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra e em Docência do Ensino Superior pela Universidade Sul de Santa Catarina. Mestre em Ciências Militares e em Relações Internacionais pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército. E-mail: clovesbarbosab@bol.com.br
3. A expressão “pessoas com deficiência” foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a partir da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 13 de dezembro de 2006.

estudo do processo nº 0001411-18.2017.5.12.0004 da 1º Vara do Trabalho de Joinville, com o fito de perceber como o assunto se apresenta no judiciário local.

A importância do presente estudo é evidente, vez que as pessoas com deficiência, apesar do arcabouço legal, não possuem verdadeiro espaço no mercado de trabalho, sendo necessário que sejam identificados os problemas existentes, de forma a cobrar dos responsáveis as soluções pertinentes.

Deste modo, o trabalho foi dividido em três tópicos. No primeiro aborda-se a produção legislativa nacional em âmbito constitucional, federal e no município de Joinville e que versa sobre a garantia de inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. O segundo tópico realiza uma análise dos principais problemas enfrentados pelas empresas e pelas pessoas com deficiência quando da sua inserção no mercado de trabalho, apesar da densa produção legislativa que recai sobre a temática.

A presente pesquisa adotou a abordagem qualitativa dos dados, pois permite o conhecimento do estado da arte do objeto em estudo e o avanço no conhecimento e interpretação da realidade.

O objeto do estudo foi a pesquisa bibliográfica, tendo sido realizado o estudo da legislação nacional referente ao tema, de trabalhos pertinentes, além da análise do processo nº. 0001411-18.2017.5.12.0004 da 1º Vara do Trabalho de Joinville, que trata de ação anulatória de auto de infração ajuizada pelas Lojas de Departamentos Millium Ltda. (Millium), contra a União Federal (União), visando compreender se as dificuldades, elencadas no segundo tópico, se fazem presentes em âmbito prático na cidade de Joinville, tendo sido selecionado o julgado, dentre os verificados pertinentes à temática, com base no critério temporal, com prevalência das decisões mais recentes, com fito de demonstrar o atual entendimento do Tribunal.

Ainda, o método utilizado foi o dedutivo, com nível de aprofundamento descritivo, pois o presente estudo parte de conhecimentos já existentes, em confronto com casos particulares, para buscar explorar os elementos causais e ferramentas de utilização gerais.

1. A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS EMPREGADOS COM DEFICIÊNCIA

O arcabouço jurídico nacional referente aos direitos e garantias das pessoas com deficiência é farto, existindo diversas normas que tutelam o assunto, visivelmente com relação à proteção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. A Constituição da República, como não podia deixar de ser, traz normas no seu bojo que garantem a igualdade de tratamento a este grupo, não apenas quando empregados, mas em todos os âmbitos de suas vidas.

Em conjunto com a Carta Magna, encontra-se a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo que foi incorporada ao arcabouço jurídico nacional como emenda constitucional e, portanto, alcança a igualdade material e substantiva das pessoas com deficiência.

Em âmbito federal, pode ser citada a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, considerado um marco histórico na luta pelos direitos de pessoas com deficiência (GONÇALVES, 2018). Em conjunto, a Consolidação das Leis Trabalhistas traz disposições especiais referente ao contrato de aprendizes com deficiência. Ademais, importante notar a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que trata sobre a percentagem obrigatória de pessoas com deficiência ou beneficiários reabilitados para empresas com mais de 100 (cem) empregados.

Por fim, também em âmbito municipal, na cidade de Joinville são observadas leis que visam garantir os direitos das pessoas com deficiência no que tange à sua inserção ao mercado do trabalho, com destaque para a Lei nº 4.403, de 25 de setembro de 2001 e Lei nº 7.335, de 10 de dezembro de 2012.

1.1 A GARANTIA DE INSERÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL

A preocupação com a proteção do empregado com deficiência em âmbito nacional não é atual, vez que a Constituição Federal traz diversas disposições sobre direitos das pessoas com deficiência, buscando construir um arcabouço jurídico no sentido de garantir a sua inserção na sociedade.

A Carta Magna "*é considerada como um documento inovador, altamente democrático e que traz em sua base uma série de direitos fundamentais (Capitulo I, Título I) e sociais (Título I, Capítulo II; e Título VIII, Capítulos II e III), que em muito sobrepujam as Constituições que lhe precederam*" (MADRUGA, 2016, p. 165).

O direito de igualdade é abordado pela Constituição em diversos de seus dispositivos, deixando clara que a leitura de seu texto deve ser feita sempre levando-o em consideração. Conforme defende Araujo (2011, p. 58), "*a igualdade funciona como regra mestra e superior a todo o direito à inclusão social, pois estará sempre presente na própria aplicação do direito*".

Deve-se notar que o princípio da igualdade *"afirma ser possível desigualar ou tratar desigualmente situações, desde que haja correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação protegida*" (MELLO, 1992, *apud* ARAUJO, 2011, p. 49). Assim, conforme explica Araujo (2011, p. 50):

> A igualdade, desta forma, deve ser a regra mestra de aplicação de todo o entendimento do direito à inclusão das pessoas com deficiência. A igualdade formal deve ser quebrada diante de situações que, logicamente, autorizam tal ruptura. Assim, é razoável entender-se que a pessoa com deficiência tem, pela sua própria condição, direito à quebra da igualdade, em situações das quais participe com pessoas sem deficiência.

Especificamente quanto à introdução das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, a Constituição Federal proíbe qualquer discriminação destes trabalhadores (Art. 7º, XXXI), prevê, ainda, ação afirmativa no sentido de garantir percentual de cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência (Art. 37, VIII), garante a criação de programas de capacitação para o trabalho de jovens com deficiência (Art. 227, §1º, II), além de dispor sobre a necessidade de garantir a acessibilidade das pessoas com deficiência (art. 227, §2º e art. 244).

Para reforçar a importância dada pelo Estado à proteção, no mercado de trabalho, das pessoas com deficiência, o Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (CDPD), assinados em 30 de março de 2007 em Nova York. Tal convenção foi aprovada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, o que atribui *status* constitucional ao instrumento.

A referida Convenção, prevê, no seu artigo 27, um extenso rol de direitos relacionados ao trabalho para as pessoas com deficiência, deixando claro o dever dos Estados Partes de promoverem a inserção deste grupo no mercado de trabalho, proibindo qualquer tipo de discriminação.

No mencionado artigo da Convenção, destacam-se dois dos princípios basilares do instrumento internacional: i) não discriminação; ii) igualdade de oportunidades. A *"partir deles, medidas específicas podem ser adotadas para acelerar, e ao final alcançar, a efetiva igualdade das pessoas com deficiência*" (GUGEL, 2014, p. 177).

O tratado prevê desde o direito da pessoa com deficiência de manter-se em um trabalho de sua escolha, incentivando a criação de ações afirmativas, até a garantia de que o ambiente de trabalho seja acessível aos empregados com deficiência, se coadunando com as normas previstas na Constituição Federal.

A presença da proteção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho em âmbito constitucional evidencia o esforço do legislador no sentido de conferir proteção legal para estes indivíduos, porém, a crítica que se faz nos dias atuais é como solucionar o problema da aplicabilidade[4] real e efetiva dos direitos sociais previstos na Carta Magna (MADRUGA, 2011; BONAVIDES, 2007).

1.2 A GARANTIA DE INSERÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO EM ÂMBITO FEDERAL

Para além do âmbito constitucional, foi promulgada, em 6 de julho de 2015, a Lei nº 13.146, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência, instrumento que visa reforçar o arcabouço legal referente à matéria. O Estatuto dispõe sobre um panorama geral de garantiras para a promoção da igualdade das pessoas com deficiência com os demais grupos, visando garantir a sua inclusão social e a promoção da sua cidadania.

O instrumento reserva o Capítulo VI para dispor sobre o direito ao trabalho às pessoas com deficiência, estando as suas disposições assentadas nos princípios da CDPD, "*especialmente os de acessibilidade e adaptação razoável, reconhecimento da capacidade legal e igualdade e não discriminação, cuja natureza constitucional é indiscutível em decorrência de sua incorporação ao ordenamento jurídico*" (LEITE; RIBEIRO; COSTA FILHO, 2019, p. 216).

O Estatuto trouxe inovações relacionadas ao campo da assistência e previdência social e sua relação com as regras do direito do trabalho; ao contrato de aprendizagem; na previsão de crime para quem obstar o acesso a cargo público e privado; ao contrato por tempo determinado para habilitação da pessoa com deficiência ao trabalho, as diretrizes para o emprego apoiado e o auxílio-inclusão para a pessoa com deficiência que ingressa no mercado de trabalho.

No seu artigo 37, o Estatuto dispõe o seguinte:

> Art. 37. Constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, na qual devem ser atendidas

4. Conforme dispõe o artigo 5º, caput, da Constituição Federal, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Contudo, as definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos nem sempre o são. Assim, por regra, "as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta" (SILVA, 2007 apud LENZA, 2019, p. 243). A previsão contida no artigo 5º, segundo Silva (2007 apud LENZA, 2019, p. 243), significa, em primeiro lugar, que as normas definidoras de direitos fundamentais "são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes".

> as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e a adaptação razoável no ambiente de trabalho (2015, *web*).

Aqui, mais uma vez, fica garantida a igualdade de oportunidade de trabalho às pessoas com deficiência, sendo destacada a necessidade de se garantir um ambiente de trabalho acessível para tais empregados.

Na mesma esteira, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), em seu artigo 611-B, proíbe qualquer discriminação do trabalhador com deficiência, dispondo, ainda, sobre condições especiais no que tange ao contrato de aprendiz com deficiência. Prevê a CLT, que o prazo máximo de 2 anos para o contrato de aprendizagem não se aplica aos aprendizes com deficiência, (Art. 428, §3º) ocorrendo o mesmo quanto a idade máxima do aprendiz (Art. 428, §5º).

Ainda, importante ponto a ser destacado é a previsão do §6º do artigo 428, da CLT, de que para a comprovação de escolaridade do aprendiz deficiente, devem ser consideradas as "*habilidades e competências relacionadas com a profissionalização"* (BRASIL, 1943, *web*). Contudo, o §8º do artigo 428 da CLT, dispõe o seguinte:

> § 8º Para o aprendiz com deficiência com 18 (dezoito) anos ou mais, a validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na CTPS e matrícula e frequência em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica.

A previsão tem levantado críticas, uma vez que exige do jovem aprendiz com deficiência a matrícula em entidade de formação técnico-profissional metódica, enquanto o §6º retro, deixa expresso que na análise da escolaridade dos aprendizes com deficiência, basta a consideração das suas habilidade e competências. Conforme aponta Leite; Ribeiro; Costa Filho (2019, p. 227):

> Ora, o primeiro pressuposto da aprendizagem em relação à idade é não considerar a idade máxima de 24 anos para o término da aprendizagem, portanto admite qualquer idade do aprendiz na educação básica (fundamental e médio), ou modalidade (educação de jovens e adultos, educação profissional). O segundo pressuposto da aprendizagem para pessoas com deficiência é a não exigência de comprovação da escolarização, consideradas tão somente as habilidades e competências. Além disso, o marco de 18 anos de idade está em desacordo ao conteúdo da regra geral do caput do art. 428, que assegura a aprendizagem ao jovem entre 14 e 24 anos de idade.

Ademais, prevê o artigo 433, inciso I da CLT que, no que tange à extinção do contrato de aprendizagem, não poderá ser considerado desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz, se no curso do contrato de aprendizagem não foram implantados os "*elementos de acessibilidade, os recursos de tecnologia assistivas e o apoio necessário ao desempenho de suas atividades*" (BRASIL, 1943, *web*), o que reforça que a acessibilidade está intimamente relacionada ao ambiente de formação e trabalho.

Por derradeiro, importante trazer à baila a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Nos seus artigos 89, 90, 91, e 92 a norma prevê a responsabilidade governamental pela habilitação profissional e social das pessoas com deficiência. Ainda, prevê no seu artigo 93 o percentual obrigatório de pessoas com deficiência ou beneficiários reabilitados para empresas com 100 ou mais empregados:

> Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários

> reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:
> I - Até 200 empregados.....2%;
> II - De 201 a 500.....3%;
> III - De 501 a 1.000.....4%;
> IV - De 1.001 em diante. .....5% (BRASIL, *web*).

Assim como em âmbito constitucional, é vasto o arcabouço legal infraconstitucional que versa sobre normas garantidoras da inserção no mercado de trabalho das pessoas com deficiência, sendo visível que há um esforço do legislador em criar normas que visem garantir tal direito a este grupo de pessoas.

1.3 A GARANTIA DE INSERÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO NO MUNICÍPIO DE JOINVILLE

No âmbito legal da cidade de Joinville, destaca-se a Lei nº 4.403, de 25 de setembro de 2001, que dispõe sobre a criação do Conselho Municipal dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (COMDE) e do Fundo Municipal dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência. O primeiro órgão tem as competências deliberativa, consultiva e fiscalizatória "*da execução da política municipal de atendimento às pessoas com deficiência*" (JOINVILLE, 2001, *web*).

Já o segundo órgão tem o objetivo de atender os "encargos decorrentes da ação do Município no campo da assistência social e prover recursos para financiar a implementação de programas que visem a habilitação e a reabilitação de pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária" (JOINVILLE, 2001, *web*).

Ademais, a Lei nº 7.335, de 10 de dezembro de 2012, estabelece obrigações gerais e critérios básicos de acessibilidade no município de Joinville, dispondo no seu artigo 29 sobre direitos e garantias de acesso ao trabalho por pessoas com deficiência. Prevê o dispositivo que será garantido o acesso ao trabalho e emprego às pessoas com deficiência por meio do "Sistema de Transporte Acessível", além de prever a realização de cursos de qualificação profissional.

Ainda, em seu §3º fica assegurado um percentual de 5%, no mínimo, de vagas de concursos públicos municipais para pessoas com deficiência, garantindo a acessibilidade para tais pessoas na ocasião de realização da prova.

O §6º do mencionado dispositivo garante a capacitação gratuita em Libras para os funcionários da rede municipal, com ênfase aos que realizam atendimento direto ao público.

Nos três últimos parágrafos do artigo 29, está prevista a fiscalização do cumprimento das normas de acessibilidade por parte das empresas, a promoção e divulgação de vagas voltadas às pessoas com deficiência, bem como o incentivo às empresas para a sua adequação às normas de acessibilidade.

Desta forma, evidencia-se que a preocupação com a inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho existe também em âmbito municipal, havendo previsão na legislação que obriga o Município de Joinville a criar formas de inserir essas pessoas no mercado de trabalho.

2. DIFICULDADES NA CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DE DEFICIÊNCIA

Inicialmente necessário apresentar breves comentários acerca da natureza social do trabalho. Vash (1998 *apud* LOURENÇO; COSMO, 2012, *web*) afirma que o trabalho "*é um modo para a aquisição de recompensas externas definidas socialmente, como dinheiro, bens de consumo e prestígio. Além disso, está ligado também a recompensas internas como auto realização, pertinência e estima*".

Ocorre que, em virtude de um cenário histórico de exclusão do mercado de trabalho e da sociedade, decorrente da estratificação social, no qual as pessoas com deficiência são percebidas como uma "massa inválida", surgiram, no século XXI, legislações e aparelhos jurídicos com o objetivo de tutelar as adversas condições de ingresso neste mercado.

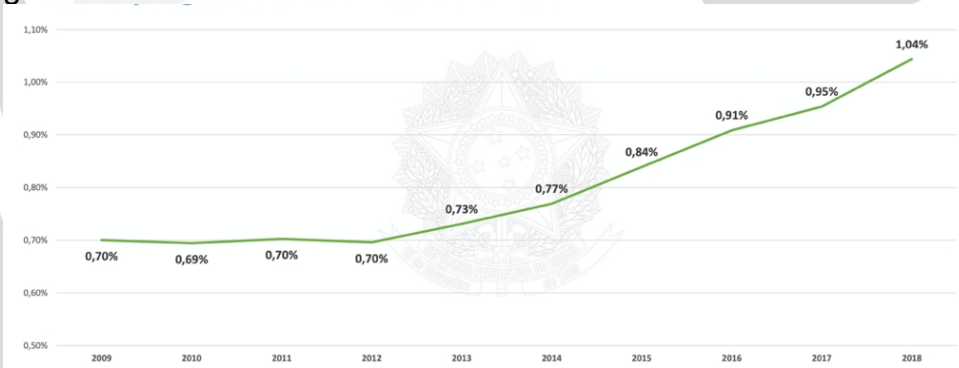
Historicamente, tais legislações refletem uma realidade de luta e conquista de direitos, na qual as pessoas com deficiência, segundo García (2014, p. 181), "*procuraram formas de sobreviver, de superar uma condição de 'invisibilidade' e 'tutela' que lhes era imposta pela sociedade, além de uma carga negativa de preconceitos e discriminação*".

Acerca da tutela jurídica da pessoa com deficiência no trabalho, Lourenço e Cosmo (2012) assinala que:

> A legislação trabalhista brasileira é bastante ampla e garante às pessoas com deficiência o acesso ao mercado de trabalho. A Lei 8.213/91 (art. 93), a chamada Lei de Cotas, estabelece que todas as empresas privadas com mais de 100 funcionários devem preencher entre 2 e 5% de suas vagas com trabalhadores que tenham algum tipo de deficiência. Esse percentual varia em função do número de funcionários da instituição: empresas com até 200 funcionários devem ter 2% de suas vagas preenchidas por pessoas com deficiência, entre 201 e 500 funcionários, 3%; entre 501 e 1000 funcionários, 4%; empresas com mais de 1001 funcionários, 5% das vagas.

Porém, em que pese tal previsão, de acordo com a Relação Anual de Informações Sociais (RAIS)[5] de 2018, a percentagem de pessoas com deficiência que ocupavam vagas em empregos formais em 2018 era de 1,04% (um ponto zero quatro por cento), o que evidencia que o esforço legislativo não tem produzido efeitos no mundo prático. O percentual encontrado não mostrou melhora em comparação com as análises anteriores, conforme gráfico a seguir:

Imagem 1 - Evolução da Proporção de Pessoas com Deficiência no Estoque de Empregos Formais – 2009 a 2018



Fonte: RAIS (2018, web).

5. A RAIS é um registro administrativo criado pelo Decreto nº 76.900, de 23 de dezembro de 1975. A sua periodicidade é anual e apresenta informações sobre todos os estabelecimentos formais e vínculos celetistas nacionais.

Os dados mostram que a presença de pessoas com deficiência no mercado de trabalho formal tem apresentado crescimento, o qual, contudo, é irrisório, sendo imprescindível que o Estado e a sociedade civil empreguem esforços no sentido de proporcionar maiores oportunidades de emprego para as pessoas com deficiência.

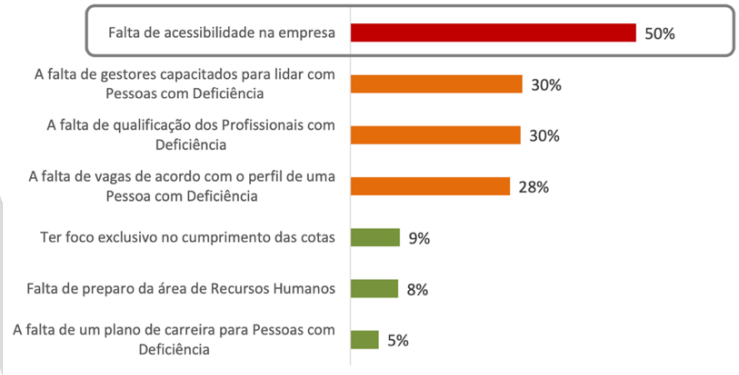
2.1 AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELAS EMPRESAS

Não obstante a existência de proteções jurídicas das pessoas com deficiência, que decorrem da Constituição Federal de 1988, da Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ratificado como norma equiparada à emenda constitucional) e demais instrumentos legais que visam garantir a assistência e a proteção profissional, com fito de oportunizar cargos nos setores público e privado, bem como incentivar o empreendedorismo, conforme observado na Imagem 1 as disposições legais não espelham a realidade.

Em que pese o aparato legislativo vigente, que inclui a previsão de meios coercitivos para a concretização dos direitos das pessoas com deficiência, a regra é o descumprimento. Percebe-se uma recusa pela sociedade civil, em especial pela classe empresarial, na inserção da pessoa com deficiência no mercado formal.

Em pesquisa realizada pelas empresas Vagas Tecnologia de Software Ltda. (Vagas) e a Talento Incluir Cursos e Treinamentos Ltda. (Talento)[6], junto aos profissionais de relações humanas a fim de entender as dificuldades na contratação de pessoas com deficiência, a falta de acessibilidade nas empresas foi indicada como sendo uma das maiores dificuldades na contratação de pessoas com deficiência, seguida da falta de gestores capacitados para lidar com o grupo e a falta de qualificação dos candidatos.

Imagem 2 - Dificuldades na Contratação de Pessoas com Deficiência



Fonte: Vagas e Talento (2016, web).

O resultado da pesquisa, contudo, não é novidade. O alto investimento exigido para tornar acessível o meio ambiente de trabalho é fator que desmotiva a contratação de pessoas com deficiência. De acordo com Schwarz e Haber (2009, p. 16) alguns "empregadores adiam a contratação de pessoas com deficiência – expondo-se até mesmo ao risco de sanções legais – simplesmente porque imaginam que terão de investir muito para ajustar seu espaço e alterar demais a rotina de trabalho da empresa".

6. A pesquisa foi realizada em 2016 tendo sido entrevistados 318 profissionais da área de recursos humanos de empresas de até 100 funcionários participantes do evento Conarh 2016. Margem de erro: 5 pontos percentuais (considerando 95% de índice de confiança).

Não obstante, tal dificuldade deve ser contornada pelas empresas, vez que, conforme observa Neves-Silva, *et al. (*2015, *apud* DUTRA *et al.,* 2020, p. 11*):*

> A ausência de acessibilidade arquitetônica, comunicacional, metodológica, instrumental, programática, atitudinal e tecnológica impõe barreiras que impedem a efetiva inclusão para se ter autonomia e independência das pessoas com deficiência, impondo restrições para sua efetiva participação no ambiente do trabalho. Como resultado, há dificuldades para trabalhar em igualdade de oportunidades com os demais trabalhadores e de maneira mais produtiva.

Ademais, é fator prejudicial aos níveis de empregabilidade o pouco esclarecimento das empresas sobre a legislação relativa à inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, assim como a falta de preparo dos gestores no que toca ao relacionamento com as pessoas com deficiência, o que ocorre pela *"desinformação sobre as potencialidades e capacidades desta população que contribuem para a manutenção de sua imagem como indivíduos incapazes, dependentes e, consequentemente, impossibilitados para aprenderem e assumirem atividades*" (TOLDRÁ *et al.,* 2010, p. 162).

Por fim, parafraseando Fagundes (2008, *apud* FRIEDRICH, 2016), a responsabilidade pelo baixo índice de pessoas com deficiência no mercado de trabalho formal também é do Estado, que não fornece meios para dar viabilidade aos dispositivos constantes do texto da lei e tampouco institui mecanismos de acesso à informação para que as pessoas com deficiência tenham conhecimento para se inserirem no mercado de trabalho. O referido autor afirma, ainda, que há pouco esforço estatal na criação de centros de reabilitação/capacitação capazes de promover a capacitação destes trabalhadores para inseri-los no mercado de trabalho.

Nesta esteira, deve-se lembrar que, conforme visto no Tópico 1, é de responsabilidade do Estado a capacitação para o trabalho das pessoas com deficiência, sendo dever do poder público implementar serviços e programas visando a habilitação profissional das pessoas com deficiência, o que, contudo, não é o que ocorre. Conforme expõe Bertollo (2018, p. 42):

> Em que pese a preocupação, de um lado em regrar a inserção no mercado de trabalho das pessoas com deficiência por meio de leis que obriguem as empresas a contratar pessoas dessa classe, por outro lado o Estado não se preocupou em garantir condições deles ingressarem neste mercado de trabalho em condições de contribuir para a empresa e não apenas para o cumprimento da lei.

Ainda vale lembrar que os problemas enfrentados pelas pessoas com deficiência com relação à falta de capacitação, envolvem dificuldades encontradas na oferta da educação por parte do poder público. Conforme Barbosa (2018) "*mesmo com a previsão de cotas nas universidades desde 2016, a participação delas no ensino superior é de apenas 0,5%, conforme Tatiane Bevilacqua, assistente social na Coordenadoria de Acessibilidade Educacional da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)*".

Destarte, além do incentivo e conscientização das empresas, devem ser cobradas do Estado a realização de políticas públicas com o objetivo de garantir educação e capacitação adequada às pessoas com deficiência, de forma a auxiliar na sua inclusão não apenas no mercado de trabalho, mas também no âmbito social.

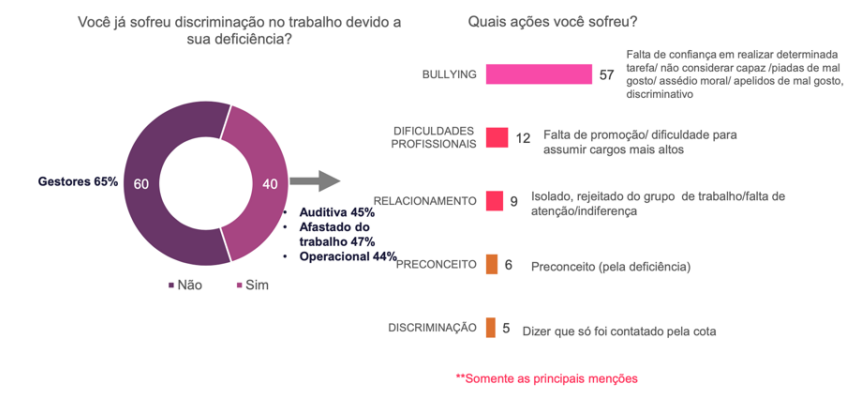
2.2 AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA

Além da hipossuficiência manifesta aos contratos de trabalho em geral, "*muitos trabalhadores, por diversos motivos, ainda podem ser considerados em desvantagem perante outros no acesso e permanência no mercado de trabalho*" (MENEZES, 2009, p. 65). Esse cenário descreve perfeitamente o caso das pessoas com deficiência. Nesse sentido, as políticas públicas têm dado especial atenção às propostas que buscam promover a participação e inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Contudo, conforme já exposto, apesar dos esforços legislativos, o percentual de pessoas com deficiência em trabalho formal é irrisório. Com relação às causas de tal fato, não são poucos os autores que apontam o preconceito como a causa dos baixos índices de empregabilidade das pessoas com deficiência. "*De acordo com Vash (1998) entre as razões que fazem com que o empresário não contrate a pessoa com deficiência está o preconceito, ou seja, uma dificuldade em acreditar que esta pessoa possa ser bem-sucedida e exercer seu trabalho com sucesso*" (LOURENÇO; COSMO 2012, *web*).

Em pesquisa realizada pelas empresas Vagas e Talento[7] junto às pessoas com deficiência a fim de entender as dificuldades encontradas no mercado de trabalho, 40% (quarenta por cento) dos participantes responderam que já sofreram discriminação no meio ambiente do trabalho (Imagem 3), o que confirma que a discriminação é realidade na vida das pessoas com deficiência que ingressam no mercado de trabalho (GONÇALVES e GARCIA, 2018; LORENÇO, 2012; MENEZES, 2009).

Imagem 3 – Existência de discriminação no mercado de trabalho



Fonte: Vagas e Talento (2016, web).

O preconceito que permeia as relações de trabalho das pessoas com deficiência faz com que estas sejam preteridas quando em comparação com pessoas sem deficiência, não conseguindo postos condizentes com a sua qualificação. Conforme Barbosa (2018, *web*):

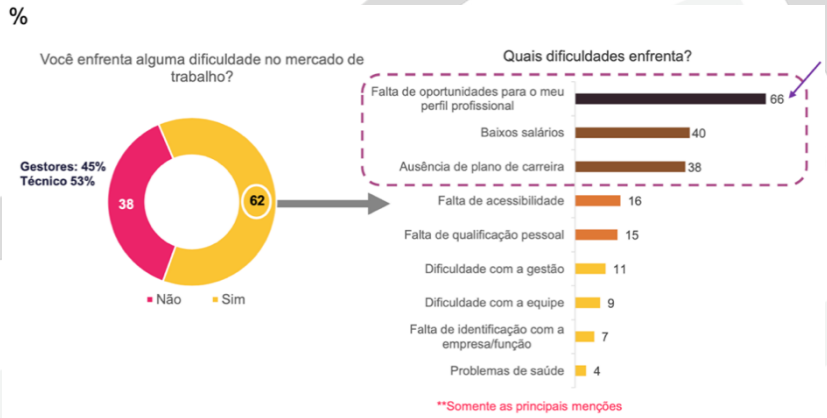
> As PcDs são contratadas para cargos mais baixos, mesmo quando têm qualificação. Os mais contratados também são os que têm deficiência leve, que não são, na visão dos empregadores, obstáculo para o trabalho. Como a empresa quer contratar quem implicar menor custo, os deficientes visuais têm o menor

7. A pesquisa foi realizada por meio de questionário enviado por e-mail para pessoas com deficiência maiores de 16 anos inscritas no site vagas.com, tendo sido respondido por 4319 pessoas.

> percentual de empregabilidade, seguidos pelos cadeirantes e pelos deficientes intelectuais.

A pesquisa referida, ainda, buscou entender quais as principais dificuldades que os candidatos portadores de deficiência encontram ao tentar ingressar no mercado de trabalho, tendo obtido o seguinte resultado:

Imagem 4 – Dificuldades Encontradas por Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho



Fonte: Vagas e Talento (2016).

Ocorre que, conforme defendem diversos autores (BERTOLLO, 2018; LOURENÇO; COSMO, 2012; MENEZES, 2009), as dificuldades encontradas pelas pessoas com deficiência muitas vezes existem por conta do preconceito com o qual o grupo é tratado pelas empresas. De acordo com Schwarz e Haber (2009, p. 16), "*diversas empresas, preocupadas apenas em cumprir a lei, reservam vagas em níveis hierárquicos inferiores e pior remuneradas, sem perspectiva de ascensão na carreira*", o que ocorre pois, em alguns casos, as empresas entendem a pessoa portadora com deficiência como um gasto.

Na mesma esteira Bernardi:

> No momento da contratação já inicia o preconceito com relação ao funcionário que possui alguma deficiência. Algumas empresas somente visam preencher a vaga e atender os requisitos que a lei exige e, com isso, acaba deixando de lado a qualificação e colocando os deficientes em funções que exigem menos conhecimentos, negando-lhes a oportunidade de serem inseridos em cargos mais importantes. Destarte, o empregado que possui alguma deficiência acaba por ter uma remuneração menor que os demais e não tem oportunidade de crescer dentro da empresa (2016, p.33).

Nessa perspectiva, além da atuação Estatal no sentido de garantir a qualificação das pessoas com deficiência, é necessário que sejam realizadas medidas para combater o preconceito, que é o motivo que permeia as principais dificuldades encontradas pelas pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

3. A (IN)EFICÁCIA DAS NORMAS DE INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NAS EMPRESAS: ANÁLISE DO PROCESSO Nº 0001411-18.2017.5.12.0004

Conforme exposto, em âmbito nacional há extensa produção legislativa que objetiva inserir as pessoas com deficiência no mercado de trabalho prevendo desde a

proibição de qualquer tipo de discriminação, até a garantia de percentual mínimo de trabalhadores com deficiência em meio público e privado.

Não obstante, de acordo com os autores mencionados, o arcabouço legal não é aplicado, faltando ação por parte do Estado para formular políticas públicas no sentido de realizar a capacitação das pessoas com deficiência com objetivo de inseri-las no mercado de trabalho.

Ademais, outro problema é o fato de que as pessoas com deficiência se deparam com alto nível de preconceito quanto à sua condição, que advém do estigma criado pela sociedade quanto a esse determinado grupo.

Diante disso, realizar-se-á a análise do processo nº 0001411-18.2017.5.12.0004 da 1º Vara do Trabalho de Joinville, que trata de ação anulatória de auto de infração ajuizada pelas Lojas de Departamentos Millium Ltda. (Millium), contra a União Federal (União), a fim de compreender como o assunto é abordado no judiciário municipal.

3.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS DO CASO

Foi protocolada, em 06 de outubro de 2017, ação anulatória do auto de infração nº 20.388.999-1, pela Millium em face da União. Em síntese, a autora foi autuada no final de junho de 2014, pelo fiscal do trabalho por não ter observado o disposto no artigo 93 da Lei nº 8.213/91, quanto à reserva de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) de cargos para portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados. A autora, na época, empregava 50 funcionários que se enquadravam nesse grupo, enquanto deveria haver 80 funcionários nas referidas condições.

A autora alegou, contudo, "*ter dificuldades na observância da lei, haja vista a escassez da mão-de-obra no particular, a ausência de incentivo do Estado quanto à formação e/ou habilitação de pessoas com deficiência*" (BRASIL, 2018, *web*). Demonstrou que empreendeu esforços para admitir pessoas com deficiência, tendo ofertado empregos em jornais de grande circulação, tabloides distribuídos junto ao SINE, APAE, SESI, SESC, Prefeituras e INSS.

Aduziu, ainda, que seu ramo de atividades não permite a contratação de deficientes com determinadas limitações. Por fim sustentou que um elemento que torna desvantajoso à pessoa com deficiência inserir-se no mercado de trabalho é a existência de benefício previdenciário no valor de um salário mínimo, para quem não tiver condições de sustento próprio/familiar[8].

Em 11 de outubro de 2017 foi proferida a seguinte decisão, pelo magistrado de primeiro grau (BRASIL, 2018, *web*):

> Desse modo, acolho o pedido liminar *INAUDITA ALTERA PARS*, para determinar à requerida que se abstenha de praticar qualquer ato tendente à inclusão da empresa autora no CADIN ou a causar restrições ao nome da empresa requerente, em face do Auto de Infração nº 20.388.999-1, assim como sendo ao Auditor Fiscal do MT que se abstenha de realizar nova autuação com a mesma capitulação legal e deferir o encaminhamento dos ofícios requeridos na inicial. Em suma, ficam deferidos os pedidos das alíneas b. c e d da inicial.

8. O Benefício de Prestação Continuada (BPC) consiste no pagamento de um salário mínimo à pessoa com deficiência que comprove não possuir meios de provar a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família. O pagamento do benefício era paralisado quando o seu beneficiário ingressava no mercado de trabalho, não podendo ser reativado. Após o Decreto nº 9.462, de 8 de agosto de 2018 passou a ser possível a sua reativação.

A União apresentou defesa, sustentando a legalidade do auto de infração e a licitude dos atos administrativos praticados, alegando que a autora descumpria previsão legal que era passível de implementação. Em sede administrativa, a autora foi condenada ao pagamento de multa de R$ 78.425, 18 (setenta e oito mil quatrocentos e vinte e cinco reais e dezoito centavos).

Nesta esteira, o juiz da 1º Vara do Trabalho de Joinville fundamentou a sua sentença, do dia 25 de abril de 2018, no seguinte sentido (BRASIL, 2018, *web*):

> **A matéria já é conhecida em outros processos e o que ocorre é que as iniciativas das empresa esbarram em uma realidade, na qual a mão de obra no particular é escassa e, de outro lado, não apenas a lei deixou de prever os mecanismos adequados para a sua perfeita realização, como o Estado não cumpre com os seus deveres básicos e positivados, quanto à formação profissional desse pessoal, para que possa então ser contratado e na proporção prevista pelo artigo 93 citado.**
> *[...]*
> Não há dúvidas de ser louvável a iniciativa do legislador, quando instituiu um sistema de cotas para obrigar as empresas a compor o seu quadro de funcionários com determinado número de pessoas beneficiárias reabilitadas ou portadoras de deficiência, habilitadas.
> Só que **esse mesmo legislador efetivamente não estabeleceu os mecanismos adequados para a capacitação profissional dessas pessoas, sabendo-se que é dever do Estado propiciar o treinamento dos deficientes para o trabalho (CF, artigo 227, II). O que parece ocorrer, na prática, é efetivamente uma tentativa de transferência para as empresas privadas da responsabilidade que incumbiria primitivamente ao Estado assumir e solucionar!**
> A decorrência é que, pelo que se tem notícia, **a mão de obra é realmente escassa, ainda mais quando se exige qualificação, de pouco adiantando os esforços de algumas empresas para a contratação de pessoas portadoras de deficiência, embora se empenhem ao máximo para cumprir a lei, como demonstra a autora, por argumentos e pela documentação juntada.**
> Mostra-se também relevante o argumento da defesa quanto à existência de benefício previdenciário destinado aos deficientes e que paradoxalmente desestimulam o emprego! Ou a procura do emprego!
> E soa óbvio que quando o descumprimento da lei decorre de fato para o qual não concorre culposamente o agente, não se pode penalizar o mesmo. Ainda mais quando o oposto se dá: **nas situações em que há a prática efetiva de atos/atitudes no sentido do cumprimento da lei, conforme acima assinalado, não havendo certamente norma que obrigue a autora a contratar pessoal sem o mínimo de qualificação, tampouco a sair em busca desenfreada de funcionários para contratar, devendo, isso sim, absorver a mão-de-obra na medida em o fato se mostre possível, até que possa atingir, se viável, o objetivo desejado pelo legislador e que não pode ser cobrado caso seja inexequível dentro da realidade dos dias atuais.**
> **E é a exatamente essa a realidade que se conhece, a exposta na inicial e nas manifestações da autora, inclusive em razões finais: a da falta de capacitação profissional adequada, escassez de ações do governo ou da seguridade no sentido de formar e educar profissionalmente o pessoal a ser absorvido pelas empresas, para que cumpram plenamente a sua função social (CRFB, artigo 92 e artigo 227, § 1º, II, artigo 136 do Decreto 3.048/99: entidades educacionais privadas como responsáveis). E, como consequência, da falta de trabalhadores em número suficiente que permita às empresas o perfeito cumprimento da norma legal.**
> **Em outras palavras: no mercado de trabalho atual há de fato uma demanda de oferta, mas pouca procura de trabalho pelos PCDs, ocorrendo o descumprimento da norma por motivos totalmente alheios à vontade da autora e que se relacionam não com qualquer ato omissivo culposo, mas**

> **com a própria falta de estrutura no particular, uma vez que inexistem medidas adequadas promovidas pelo Governo, para capacitar o pessoal deficiente, do modo e na quantidade adequados (sua obrigação constitucional - e das instituições educacionais - e não do empresariado).**
> **E sendo essa a realidade, que se conhece e que se noticia, o fato é que inclusive aqui se inverte o onus probandi, passando a ser da requerida o ônus de provar o que afirma e que é o contrário do que se constata, ou seja, que a autora possuía condições materiais de contratar a mão de obra ora enfocada nos parâmetros legais e não o fez!**
> Tal prova não existe nos autos!
> **Na verdade, a contratação de reabilitados ou portadores de deficiência depende muito de candidatos em número suficiente (peculiaridade local e pessoal), da capacitação profissional dos mesmos (dever do Estado) e também das especificidades da própria empresa, uma vez que não se pode exigir a colocação de determinadas pessoas em funções que possuem pressupostos profissionais específicos e determinados. No dizer da defesa, "é necessário, e indispensável, respeitar o tipo de deficiência em relação ao trabalho que será realizado".**
> **Ou seja: a capacitação de pessoas portadoras de deficiência é do Poder Público, sendo absurdo pretender que uma empresa reduza sua produtividade, adaptando sua administração à realidade expressa pelo número de PCDs disponíveis! A escassez desses trabalhadores obviamente não pode limitar as atividades empresariais, a produção e o desenvolvimento e crescimento de uma empresa!**
> [...]
> **Não cumprindo o Estado suas obrigações, não as pode exigir dos particulares! A realidade que se conhece é exatamente essa: não há mão de obra em número suficiente para ser absorvida por todas as empresas (e da maneira que a lei impõe), de outro lado não se desincumbindo o Estado de suas obrigações legais e constitucionais.**
> De modo que o não cumprimento da lei no caso decorre efetivamente de fatos alheios à vontade da autora, não havendo qualquer evidência contrária nos autos!
> Razões do acolhimento do pedido, vale dizer, a declaração de nulidade do auto de infração, com a liberação dos valores depositados em Juízo à autora.
> A União está isenta de custas e honorários são incabíveis no presente caso, nos termos da Lei 5.584/70 e pela natureza da lide (sem grifo no original).

Com base nisso, o magistrado acolheu o pedido da autora ratificando parcialmente a decisão liminar e desconstituindo o auto de infração nº 20.388.999-1 lavrado pela "*Superintendência do Trabalho de Santa Catarina, bem como, por decorrência, declarar nulo o débito tributário, constituído pela multa de R$ 123.540,03 (valor atualizado até 6/10/17), com a liberação dos valores depositados em Juízo à autora, mediante alvará*" (BRASIL, 2018, *web*).

Foi interposto recurso pelas partes, tendo sido alterada a decisão de primeiro grau para "*condenar a ré ao pagamento de honorários advocatícios em favor da autora, no importe de 10% sobre o valor atualizado da causa*" (BRASIL, 2018, *web*).

CONCLUSÃO

A legislação brasileira referente à proteção das pessoas com deficiência é considerada uma das mais evoluídas e tem o compromisso de garantir os direitos das pessoas com deficiência em âmbito constitucional, federal e municipal.

A Constituição Federal e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada em 2008 como emenda constitucional, preveem uma série de direitos e garantias ao citado grupo. Em relação ao mercado de trabalho, destaca-se a

previsão de ser dever do Estado a capacitação deste grupo para o trabalho, além da previsão de cotas mínimas obrigatórias a serem preenchidas nas empresas privadas e a reserva de vagas para pessoas com deficiência em concursos públicos.

Em âmbito federal, tem destaque o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que veio para reforçar o arcabouço jurídico relativo à matéria. O instrumento visa, dentre outras coisas,

> "*criar condições de trabalho, de forma competitiva, com igualdade de oportunidades com as demais pessoas e de forma a serem atendidas as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e adaptação razoável no ambiente do trabalho*" (SILVA; LEITÃO; DIAS, 2016, p. 34).

Em conjunto, tem-se a Consolidação das Leis Trabalhistas que dispõe sobre condições especiais que regem os contratos de jovem aprendiz com deficiência, visando facilitar a inserção dessas pessoas no mercado de trabalho, além da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que reforça o dever do Estado em realizar a capacitação profissional e social das pessoas com deficiência e estabelece o percentual obrigatório de pessoas com deficiência ou beneficiários reabilitados para empresas com 100 ou mais empregados.

No que concerne à legislação do município de Joinville, destacam-se as Leis nº 4.403, de 25 de setembro de 2001 e nº 7.335, de 10 de dezembro de 2012. A primeira prevê a criação do Conselho Municipal dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (COMDE), órgão fiscalizatório, e do Fundo Municipal dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, órgão de apoio financeiro às políticas de inclusão. Já a segunda Lei, estabelece obrigações gerais e critérios básicos de acessibilidade no município de Joinville, prevendo o percentual mínimo de vagas reservadas às pessoas com deficiência em concursos públicos, além da fiscalização do cumprimento do estabelecido em lei por parte das empresas.

Ocorre que, apesar de ser farta a produção legislativa relativa ao tema, o percentual de pessoas com deficiência no mercado de trabalho formal é ínfimo. Conforme analisado, as principais dificuldades para as empresas na contratação de pessoas com deficiência é a falta de acessibilidade na empresa, de gestores capacitados para lidar com esse grupo, de qualificação dos profissionais com deficiência e de vagas de acordo com o perfil de uma pessoa com deficiência.

Por outro lado, os principais obstáculos enfrentados pelas pessoas com deficiência no mercado de trabalho é a discriminação, a falta de oportunidade para o perfil profissional desejado, baixos salários, ausência de plano de carreira e falta de acessibilidade. Ocorre que, a discriminação sofrida pelas pessoas com deficiência é, na maioria das vezes, o que faz surgir as dificuldades mencionadas.

Com o intuito de compreender como o assunto é abordado no município de Joinville, realizou-se a análise do Processo nº 0001411-18.2017.5.12.0004 da 1º Vara do Trabalho de Joinville, que trata de ação anulatória de auto de infração ajuizada pelas Lojas de Departamentos Millium Ltda. (Millium), contra a União Federal (União).

Da análise, percebeu-se que o principal problema enfrentado pelas empresas da cidade é a falta de qualificação profissional das pessoas com deficiência, além da falta de vagas que se encaixem com o perfil do candidato. Conforme apontou o julgador, a questão ventilada no processo analisado é levantada por diversas outras empresas que encontram dificuldades em encontrar pessoas com deficiência para preencherem as

vagas ofertadas, havendo falha do Estado quanto ao cumprimento de seus deveres de formação profissional deste grupo.

Desta forma, percebe-se que, no que tange ao município de Joinville, a falta de ações do Estado com o intuito de capacitar as pessoas com deficiência para o mercado de trabalho, é o principal fator de não cumprimento do percentual de pessoas com deficiência mínimo nas empresas da cidade, devendo o Estado lançar mão de políticas públicas a fim de, além de conscientizar as empresas, capacitar as pessoas com deficiência, para que estas possuam os requisitos necessários para preencherem as vagas ofertadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional Para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2011. 122 p.

BARBOSA, Cida. **Empresas ignoram obrigatoriedade de contratar pessoas com deficiência**. 21 set. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/woq5ddd>. Acesso em: 07 abr. 2020.

BERNARDI, Jardel José Scarton. **A inclusão do deficiente no mercado de trabalho**. 2016. 52 f. TCC - Curso de Direito, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2016. Disponível em: https://tinyurl.com/y7wsw2xr. Acesso em: 11 jun. 2020.

BERTOLLO, Adalgir Arlei. **Pessoa com deficiência**: uma análise acerca da lei 13.146/2015 - Estatuto da pessoa com Deficiência e o Direito ao Trabalho. 2018. 60 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/wgbv2p9>. Acesso em: 07 abr. 2020.

BOTH, Laura Jane Ribeiro Garbini; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A complexidade do reconhecimento da (In)Capacidade da pessoa com deficiência no direito brasileiro: da Codificação à Jurisprudência. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [s.l.], v. 22, n. 2, p.225-254, 31 ago. 2017. Centro Universitário Autônomo do Brasil. http://dx.doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v22i21137. Disponível em: <https://tinyurl.com/s5ssqcv>. Acesso em: 15 set. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, 870 p.

BRASIL. 1º Vara do Trabalho de Joinville. Sentença nº RTOrd. 0001411-18.2017.5.12.0004. Autora: Lojas de Departamentos Millium Ltda. Ré: União. Relator: Juiz Cesar Nadal Souza. Joinville - SC, 25 de abril de 2018. **Sentença**. Joinville, 25 abri. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < https://tinyurl.com/ay6x8xq>. Acesso em: 05 abri. 2020.

BRASIL. Joelson Dias. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa Com Deficiência (org.). **Novos comentários à convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. 3º ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/wcgqphu>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Disponível em: < https://tinyurl.com/mqmvpf7>. Acesso em: 05 abri. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: < https://tinyurl.com/y4smhs3j>. Acesso em: 05 abri. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia (org.). **Relação anual de informações sociais**: Brasília, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/w98oohc>. Acesso em: 07 abr. 2020.

DUTRA, Fabiana Caetano Martins Silva e et al. Oportunidades no mercado de trabalho: análise das vagas de emprego disponíveis para pessoas com deficiência: análise das vagas de emprego disponíveis para pessoas com deficiência. **Cadernos Brasileiros de Terapia Ocupacional**, [S.l.], v. 28, n. 1, p. 1-17, 2020. Editora Cubo. Disponível em: <https://tinyurl.com/qmw8eox>. Acesso em: 07 abr. 2020.

FRIEDRICH, Ricardo Werner. Pessoa com deficiência no mercado de trabalho: dificuldades na inclusão. **XIII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**: Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, v. 9, n. 1, p.1-17, ago. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/uqagq4e>. Acesso em: 15 set. 2019.

GARCÍA, Vinicius Gaspar. Panorama da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho no Brasil. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 165-187, abr. 2014. Disponível em: https://tinyurl.com/sjk95qj. Acesso em: 07 abr. 2020.

GONÇALVES, Mariane Eugênia; GARCIA, Nelson Luiz dos Santos. A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. **Revista Pensar Direito**, Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p.1-20, jul. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/yx5pd5qj>. Acesso em: 15 set. 2019.

GUGEL, Maria Aparecida. **Artigo 27**: Trabalho e Emprego. In: BRASIL. Joelson Dias. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa Com Deficiência (org.). **Novos comentários à convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. 3º ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014. p. 177-183. Disponível em: <https://tinyurl.com/wcgqphu>. Acesso em: 05 mar. 2020.

JOINVILLE. **Lei nº 4.403, de 25 de setembro de 2001**. Dispõe sobre a criação do Conselho Municipal dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência e do Fundo

Municipal dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência. Disponível em: < https://tinyurl.com/r63mwy3>. Acesso em: 05 mar. 2020.

JOINVILLE. **Lei nº 7.335, de 10 de dezembro de 2012**. Estabelece obrigações gerais e critérios básicos de acessibilidade no Município de Joinville. Disponível em: < https://tinyurl.com/w33yk9q>. Acesso em: 05 mar. 2020.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (org.). **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência**: lei n. 13.146/2015. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 551 p.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 1568 p.

LOURENÇO, Cleide Cardoso Pardim; COSMO, Norma Celiane. **O processo de inclusão da pessoa com deficiência no mundo do trabalho**: desafios e reflexões. Desafios e reflexões. 2012 Disponível em: https://tinyurl.com/ycn7c8dl. Acesso em: 19 maio 2020.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos**: ótica da diferença e ações afirmativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 264 p.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de et al. As Garantias Dos Direitos Sociais E Laborais E As Dimensões De Sua Efetividade: Direito Ao Trabalho E A Não Discriminação. Medidas Judiciais E Pretensões Cabíveis. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 50, n. 80, p.73-94, dez. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/tbqukmk>. Acesso em: 15 set. 2019.

SCHWARZ, Andrea; HABER, Jaques. **Cotas**: como vencer os desafios da contratação de pessoas com deficiência. São Paulo: I.social, 2009. 270 p. Disponível em: <https://tinyurl.com/u2ta9kq>. Acesso em: 07 abr. 2020.

SERRANO, Pablo Jiménez; PINTO FILHO, Heitor. **Manual básico do pesquisador:** como escrever uma monografia jurídica. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2001.

SILVA, Alexandre Antonio Bruno da; LEITÃO, André Studart; DIAS, Eduardo Rocha. O Caminho da Inclusão de Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho: onde estamos? **Revista Opinião Jurídica,** Fortaleza, v. 14, n. 18, p. 13-43, 8 jul. 2016. Instituto para o Desenvolvimento da Educação. Disponível em: <https://tinyurl.com/ub3a7yx>. Acesso em: 08 abr. 2020.

TOLDRÁ, R.; MARQUE, C.; BRUNELLO, M. Desafios para a Inclusão no Mercado de Trabalho de Pessoas com Deficiência Intelectual: experiências em construção. **Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo**, v. 21, n. 2, p. 158-165, 1 ago. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/w7undc9>. Acesso em: 15 set. 2019.

IMIGRAÇÃO E O ATENDIMENTO JURÍDICO: OS DESAFIOS DA EDUCAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

Kawanna Alano Soares[1]
Sirlei de Souza[2]

Resumo: O presente artigo pretende compreender o sistema de atendimento aos imigrantes na cidade de Joinville (SC) e como esse contribui na educação em Direitos Humanos dos acadêmicos envolvidos no processo. Para tanto, analisou-se o atendimento prestado aos imigrantes pelo Escritório Modelo de Assistência Jurídica (EMAJ), da Universidade da Região de Joinville (Univille). Historicamente, a população do Brasil foi constituída devido às diversas rotas migratórias e este fato contribuiu para a formação atual do Estado: um país heterogêneo com diversidade étnica e cultural gigantesca. O país, na última década, foi inserido como uma das rotas de migração transnacional, de forma transitória ou final, para imigrantes de diversas nacionalidades. Neste processo, Joinville tornou-se uma das cidades escolhidas para moradia, por ser considerado um município industrial e com muitas oportunidades de emprego. Esta realidade impulsionou, em 2017, a realização do Convênio entre o EMAJ e a Polícia Federal. Desde então, é fornecido atendimento jurídico aos imigrantes na universidade, atendimento este aqui problematizado. A pesquisa teve abordagem qualitativa, do tipo bibliográfica, e quantitativa com método indutivo, por intermédio da análise da base de dados de atendimento do EMAJ, do questionário aplicado com os acadêmicos do nono e décimo semestre do curso de Ciências Jurídicas, da Univille Campus Joinville e da entrevista realizada com o responsável pelo Núcleo de Imigração da Polícia Federal de Joinville. Ao final, pôde ser vislumbrado que ainda há espaço para melhoria no desenvolvimento prático da legislação de imigração dentro do EMAJ, por intermédio do atendimento realizado pelos acadêmicos aos imigrantes.

Palavras-chave: Educação em Direitos Humanos. Imigrantes. Atendimento Jurídico. Lei de Migração.

INTRODUÇÃO

Migração é o movimento realizado por uma pessoa ou grupo de indivíduos, de entrada e saída de determinado local para outro, com caráter temporário ou permanente. Historicamente, o sujeito migra quando o local onde se encontra não lhe fornece os meios adequados à sua sobrevivência. Os motivadores de uma mudança brusca de território detêm em suas raízes situações como a carência de meios de sobrevivência, desastres naturais e a impossibilidade política ou estrutural de permanecer em seu país de origem.

Conforme definição do Instituto Migrações e Direitos Humanos (IMDH, *web*), migrar é o “movimento de pessoas, grupos ou povos de um lugar para outro" e ainda a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu artigo XIII inciso 2, ressalta que: “toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar."

O Brasil fora inserido mais uma vez na dinâmica migratória internacional, tanto como destino ou como rota migratória no século XXI, dentre outros motivos, devido às políticas restritivas de imigração em países como Estados Unidos, França e Canadá. Também outros fatores estruturais corroboram com este acontecimento, como as missões da ONU no Haiti em que houve grande representação brasileira por intermédio de seus soldados (BAENINGER, 2016).

Neste contexto, em 2010 houve grande aumento do fluxo de imigração de haitianos devido à catástrofe que assolou o seu território e, a partir de então o Brasil tornou-se uma

1. Bacharel em Direito pela Universidade da Região de Joinville (Univille). E-mail: kawannaalano@gmail.com.
2. Professora Adjunta da Universidade da Região de Joinville (Univille) nos cursos de Direito, Enfermagem, Naturologia e História. Doutora em Comunicação e Cultura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: professorasirlei@gmail.com.

das possibilidades de destino, seja pelas políticas de governo que à época facilitou a entrada e permanência dos imigrantes ou pela situação econômica de estabilidade que o país apresentava naquele momento.

Souza (2019) explica que, segundo os dados fornecidos pela Polícia Federal entre os anos de 2012 a 2016, 77.077 imigrantes haitianos foram registrados no país. Destes 21,07% foram registrados em Santa Catarina e com um recorte de 12,60% apenas na cidade de Joinville.

Neste cenário, o município supracitado se destacou no recebimento de imigrantes devido ao fato de ser a terceira maior cidade do sul do país, com viés no setor industrial e possibilidade de fornecimento de emprego. Outrossim do ponto de vista histórico e cultural fora um local que recebeu grandes contingentes migratórios ao longo dos anos (SOUZA, 2019).

Cumprindo seu papel Comunitário de atender a comunidade de Joinville e região, a Universidade da Região de Joinville (Univille) firmou Convênio com a Polícia Federal (PF) em 2017, para auxiliar no acolhimento do imigrante durante o processo de obtenção da documentação brasileira. Sendo assim, o imigrante ao chegar em Joinville é encaminhado pela Polícia Federal para a Universidade, ela organiza os documentos essenciais e subsidia com outras informações pertinentes para a obtenção da documentação de permanência no país.

Na efetivação desse Convênio coube ao Escritório Modelo de Assistência Jurídica (EMAJ) da Univille, ser o local onde o acadêmico é apresentado à prática do exercício da advocacia. A questão de pesquisa se localiza justamente na efetivação desta prática jurídica como possibilidade de uma efetiva Educação em Direitos Humanos, tanto para o acadêmico envolvido quando para o imigrante atendido.

Segundo Lapa (2014), esta educação em específico deve buscar informação e fornecer conhecimento sobre esses direitos, partindo da compreensão base que este conhecimento torna possível reivindicar para si uma vida com qualidade, sem opressão, exclusão ou discriminação. Formando, então, futuros defensores nessa área que serão os agentes de mudanças necessárias e realizar o aprofundamento sobre esta matéria.

Destarte, a Educação em Direitos Humanos está muito além da mera transmissão de conteúdo, do repasse de informações em sala de aula ou de leituras dissociadas da realidade. Se relaciona à educação que deve perpassar as vivências estabelecidas no cenário educacional, de modo a atingir todo o contexto de que aquele indivíduo faz parte, oferecendo os mecanismos fundamentais para que esse seja transformado em um agente de mudanças.

A presente pesquisa tem como objetivo problematizar o atendimento prestado pelo Escritório Modelo de Assistência Jurídica da Univille, a fim de demonstrar como tal atendimento se desenvolve, podendo compreender quais foram os avanços no processo de acolhimento e de efetiva Educação em Direitos Humanos em comparação com as análises realizadas em 2018[3] e 2019[4], nos artigos enviados na Semana Acadêmica de Direito da Univille – SADU.

---

3. SADU 2018, artigo publicado: FERNANDES, Ana Clara Perrony; SOARES, Kawanna Alano; SOUZA, Sirlei de. **A Imigração e os Desafios da Regularização Jurídica: a experiência do Escritório Modelo de Assistência Jurídica (EMAJ) da Univille**. Anais III Semana Acadêmica de Direito da Univille – SADU, GT 7: imigração.

4. SADU 2019, artigo enviado: SOARES, Kawanna Alano; SANTOS, Alessandra Lopes dos; SOUZA, Sirlei de. **Educação em Direitos Humanos no Ensino Superior: o desafio do atendimento jurídico aos imigrantes haitianos realizado pelo EMAJ**. Anais IV Semana Acadêmica de Direito da Univille – SADU, GT 1: Educação, Direitos Humanos e Justiça Social.

Desta forma, abordou-se o Direito de Migrar e a autonomia estatal, a legislação pátria sobre o processo de imigração e a assistência prestada ao imigrante, tanto através do atendimento primário da Polícia Federal, quanto pela atuação do Escritório de Assistência Jurídica da Universidade.

1. O DIREITO DE MIGRAR E A AUTONOMIA ESTATAL

Os detentores dos direitos humanos – conforme explica o artigo II, parágrafo 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) – são todos os seres humanos, independentemente de sexo, nacionalidade, etnia, raça, idioma, religião, deficiência ou qualquer outra condição. O instrumento retro fundamenta o direito à nacionalidade, em seu artigo XV, onde declara:

> Artigo XV
> 1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade.
> 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade. (ONU, DUDH, 1948)

Ocorre que, cada Estado, dentro do seu limite fronteiriço, detém o poder de delimitar como desenvolver-se-á os direitos com base no princípio da autonomia estatal. Esta capacidade de delimitar as formas de obtenção da nacionalidade não é entendida como ilegalidade e ressalta-se que, se respeitado os princípios e normas internacionais que o país promulgou, não é considerada privação arbitrária.

As fronteiras são os limites de cada país, aquelas que erguem barreiras e os meios de diferenciação de nacionalidades, linguagens e cultura (JARDIM, 2017). Albuquerque (2012) explica que a fronteira é um método de limitação, constituindo um paradoxo onde expande e extingue o trespasse de mercadorias e pessoas ante a tutela do Estado.

Existe uma clara correlação entre cidadania, nacionalidade e a soberania estatal, sendo que estas sofrem alterações de grande importância diante do contexto atual de fluxos migratórios e reivindicações de direitos. Sobre o contexto transnacional importa dizer:

> O que observamos é uma ampla quantidade de movimentos de imigrantes lutando por direitos de cidadania nas nações de destino e questionando às classificações oficiais e legalistas desses Estados que continuam nomeando os estrangeiros como “ilegais” ou/e “clandestinos”. Além disso, é importante também situar as novas gerações de filhos e netos de imigrantes que nasceram nessas nações de destino. Esses descendentes são legalmente cidadãos desses países, mas continuam geralmente sofrendo discriminações. Eles são tratados como estrangeiros e vivenciam as ambiguidades das afirmações e negações de suas identidades nacionais, além da fragilidade da garantia de direitos e de reconhecimento por parte de outros nacionais. (ALBUQUERQUE, 2012, p. 187 e 188)

Brazán (2004) explica que uma das hipóteses mais difundidas entre os estudiosos de migração e transnacionalismo político seria de que quando grandes massas de imigrantes alcançam uma certa importância na sociedade receptora se tornam enclaves territoriais e conseguem transformar as suas capacidades políticas, sociais, econômicas e

culturais, alterando assim o seu papel perante a sociedade de forma inclusiva e autônoma.[5]

A dimensão da identidade implica entender a cidadania como uma forma de identidade política que aprova indivíduos diferentes, mas iguais, desde que sejam cidadãos de uma comunidade política e que os diferencie dos cidadãos de outra comunidade política, a identidade nesse sentido está sempre em relação a um 'outro'.[6] (BRAZÁN, 2004, p. 84)

O modo como o Estado trata o imigrante varia conforme o tempo histórico e em momentos de crise a situação torna-se ainda mais complexa. A exemplo do que ocorreu em 30 de janeiro de 2020, quando foi declarado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional frente ao Covid-19 – sendo este o nível de alerta mais alto da Organização – e, em 11 de março do mesmo ano, a situação foi caracterizada como pandemia pela instituição supracitada (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2020), fato este que interferiu diretamente nas vidas das pessoas e no Direito de Migrar.

Devido a esta pandemia, os países, que muitas vezes já possuíam políticas de imigração restritivas, estão limitando ainda mais a entrada de imigrantes em seu território. Conforme a Agência de Controle de Imigração e Fronteiras (ICE), em 9 de maio de 2020, informou que teriam cerca de 986 pessoas contaminados com a Covid-19 nos centros de detenção de imigração nos Estados Unidos, sendo que apenas 7,3% dos detidos foram testados (UOL, 2020).

Uma das principais medidas de enfrentamento à pandemia é a restrição de mobilidade no país e entre os Estados, conforme recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS, *web*), e tal situação deveria ser enfrentada de forma conjunta. O Museu da Imigração elucida que:

> A Colômbia foi uma das primeiras em adotar esse tipo de ação, no dia 14 de março, na fronteira com a Venezuela. Entre os dias 16 e 17, Equador, Peru e Argentina anunciaram e executaram o fechamento total de suas fronteiras. Chile, Brasil e Bolívia seguiram essa decisão nos dias 18 e 19 de março. Naquele momento, o Brasil já havia decretado o fechamento da fronteira com a Venezuela antes do fechamento geral. (MUSEU DA IMIGRAÇÃO – MI, publicado em: 08 mai. 2020)

Comunidades já vulneráveis que se viam obrigadas a migrar e que teriam a sua entrada no país restringida devido a medidas de locomoção restritivas, seriam ainda mais marginalizadas. Não se sabe como estará a situação jurídica e social da população em um ano e muito menos de como efetivar os Direitos Humanos dos grupos de imigrantes que buscam acolhida em outros países, mas como já se percebeu em alguns locais – como é o caso da União Europeia (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020) – não é possível

5. Texto traduzido do espanhol, original versa: "*Una de las hipótesis centrales más difundidas sobre los estudios de migración y transnacionalismo político, sostiene que cuando las redes sociales de los inmigrantes alcanzan cierta densidad en la sociedad receptora, estas se cristalizan en enclaves territoriales, creándose un espacio en donde los inmigrantes despliegan sus capacidades políticas, culturales, sociales y económicas, con la finalidad de tener una mayor inclusión y autonomía en la sociedad receptora (Faist, 1998, y Portes 1986 y 2004)*" (BRAZÁN, 2004, p. 82).

6. Traduzido do espanhol, original dispõe: "*La dimensión identitaria implica entender a la ciudadanía como una forma de identidad política que homologa individuos diferentes pero iguales en tanto son ciudadanos dentro de una comunidad política y que los diferencia de los ciudadanos de otra comunidad política; la identidad en este sentido siempre es con relación a un 'otro'*" (BRAZÁN, 2004, p. 84).

permanecer com a proibição de entrada de estrangeiros e isto pode trazer consequências ainda mais graves futuramente.

Embora a situação seja provisória, extrema e sem precedentes, as medidas tomadas afetam toda a população mundial e a restrição total de locomoção poderá apresentar violação aos Direitos Humanos, visto que muitas pessoas migram por necessidade e não por opção. E ainda “fronteiras terrestres são linhas imaginárias e, na América Latina, além de tudo porosas: existem inúmeros pontos de travessia irregulares” (MI, *web*).

Quando as fronteiras são fechadas ocorre o aumento da imigração irregular e a incapacidade do Estado de controlar a circulação de indivíduos, por mais que este direito de delimitar a imigração compunha parte do Direito de Autonomia Estatal, isto poderá se transformar em uma violação direta aos Direitos Humanos e maneira ineficaz de lidar com a presente situação.

No Brasil, até 2017 a legislação que regia a situação da imigração ainda era pautada no Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980, criado durante o período do Regime Militar, tendo como principal característica a ideia do imigrante como uma ameaça à segurança nacional (SOUZA, 2019). Na legislação pátria atual, Lei de Migração nº 13.445 de 24 de maio de 2017, o estrangeiro deixou de ser visto como uma ameaça. Neste diapasão, é de suma importância a análise da atual Legislação de Migração no Brasil e como ocorre a acolhida do imigrante.

2. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: O PROCESSO DE IMIGRAÇÃO

O Brasil possui diversas normas referentes aos Direitos Humanos e entre elas se encontram as específicas sobre migração – existindo aquelas voltadas aos refugiados, apátridas e imigrantes –, além de tratados e acordos internacionais promulgados. Entretanto, no início de 2019, o país se retirou do Pacto Global pela Imigração da ONU que buscava responder à crise de imigração que assola o mundo, esse possuía caráter não vinculativo, fundamentando-se em valores de soberania do Estado, compartilhamento de responsabilidade e não-discriminação de Direitos Humanos. O então chanceler Ernesto Araújo motivou tal ação declarando que o Pacto era um meio inapropriado para lidar com o problema e ressaltou: "a imigração não deve ser tratada como questão global, mas sim de acordo com a realidade e a soberania de cada país" (ESTADÃO, 2019).

Voltando-se então para a realidade do Estado Brasileiro, foi estatuída a Lei de Migração, Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017. Essa regula a entrada e permanência de migrantes no país e os princípios basilares que seriam utilizados. Em suas disposições gerais especifica os grupos que ela seria direcionada e teriam os direitos e deveres resguardados na legislação, que se extrai da norma:

> Art. 1º [...]
> § 1º Para os fins desta Lei, considera-se:
> I - (VETADO);
> II - imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil;
> III - emigrante: brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior;
> IV - residente fronteiriço: pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho;
> V - visitante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional;

> VI - apátrida: pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro. (Lei de Migração, nº 13.445/2017).

Carvalho (2017) realizou uma análise sobre a Lei de Migração e a sua problemática, os objetivos de desenvolvimento por ela desejados e as consequências no âmbito jurídico. Os processos migratórios buscam uma estratégia de sobrevivência de populações que se viram obrigadas a sair de sua terra de origem e migrar para um local desconhecido. Os motivadores são, em regra, pela impossibilidade de permanecer na terra natal por não existir meios de sustento ou condições mínimas de vida digna:

> Atualmente a onda de migrações que permeia o globo e o Brasil é reflexo do processo de globalização econômica, pois estes migrantes, em sua grande parte são trabalhadores e respondem pela internacionalização do mercado de trabalho. O capitalismo é um sistema que oprime os países e cidadãos, pois ao mesmo tempo que obriga a seus países a abrirem suas fronteiras em relação a circulação de bens, com vistas a facilitar a liberdade de capital mas, por outro lado, dificulta a entrada de mão-de-obra para trabalhar, ou seja, o capital pressupõe para geração de lucros de grandes empresas a abertura irrestrita e as nações coíbem e dificultam a entrada de pessoas até mesmo como resposta à sua demanda interna. (CARVALHO, 2017, p. 75-76).

A legislação supracitada ressalta, em seu artigo 2º, que não prejudicaria normas específicas sobre a temática envolvendo refugiados, asilados, agentes, diplomatas ou consulares, funcionários de organizações internacionais e seus familiares – logo, possuindo a sua aplicação de forma subsidiária em relação a normas específicas.

Ainda, no texto da norma foram definidos diversos princípios como pilares, dentre eles: universalidade, interdependência e indivisibilidade dos Direitos Humanos; repúdio e prevenção à xenofobia e quaisquer outras formas de discriminação; e a não criminalização da migração – extraídos do artigo 3º, que regra ainda o seguinte:

> Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:
> [...] XIII - diálogo social na formulação, na execução e na avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã do migrante;
> [...] XV - cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante; (Artigo 3º, Lei de Migração, nº 13.445/2017).

Explica, então, como se dará o processo de migração e os diferentes tipos de documentação que podem ser solicitados ao governo brasileiro, essas tipificações são elencadas no artigo 12 da legislação e dentre elas estão os vistos de visita, temporário, diplomático, oficial e de cortesia. O visto temporário é o modelo visado pelos imigrantes, ante o enquadramento na hipótese de acolhida humanitária, como segue:

> Art. 14. O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses:
> [...] c) acolhida humanitária;
> [...] § 3o O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito

> internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento. (Artigo 14, Lei de Migração, nº 13.445/2017).

Documentos como os vistos, registros e a identificação civil do imigrante são elaborados pela Polícia Federal responsável pela circunscrição onde esse reside. Ainda a legislação versa sobre a simplificação do processo de naturalização dos apátridas, ante a sua situação de vulnerabilidade e trata no rol do artigo 30 e seguintes da Lei as possibilidades para fornecimento de autorização de residência. Sendo de suma importância o atendimento prestado pela Polícia Federal e a capacitação que estes recebem para realizarem os procedimentos com os imigrantes.

3. A ASSISTÊNCIA PRESTADA AO IMIGRANTE: O ATENDIMENTO PRIMÁRIO DA POLÍCIA FEDERAL E A ATUAÇÃO DO ESCRITÓRIO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA DA UNIVILLE

O primeiro atendimento prestado ao imigrante quando ele chega na cidade de Joinville (SC) é pelo Núcleo de Migração da Polícia Federal. Com o intuito de otimizar os serviços para a população imigrante, a Polícia Federal (PF) de Joinville firmou o Acordo de Cooperação Técnica 3292674-SEI/PF, em 2017, permitindo que a Univille utilizasse o Escritório de Assistência Jurídica para atendimento aos imigrantes.

Para melhor compreender os objetivos do Acordo de Cooperação e sua efetiva realização, na definição da metodologia de pesquisa identificou-se a importância de entrevistar o Agente de Polícia Federal Fabiano Jose Rohr[7], que está encarregado do referido Núcleo há quatro anos e trabalha no local há treze. Questionado sobre capacitação específica por parte do governo para gerenciar tais atendimentos, informou que houve de forma descontínua e, que na academia de polícia lhes era repassado noções básicas, mas que se aprendia na prática e que ao longo dos anos alguns cursos à distância para atualização dos agentes eram realizados. Considerando o processo não completamente satisfatório, mas de certa forma válido.

Segundo dados fornecidos pela Polícia Federal (2020), por intermédio do Portal da Transparência, foram atendidos em Joinville 3.991 imigrantes de nacionalidade haitiana (2007-2020) e existe em torno de 200 imigrantes aguardando o atendimento – dados de abril/2020. Quando o Agente foi questionado a respeito do fluxo migratório, declarou que pôde vislumbrar grande aumento com o passar dos anos, ressaltando:

> Desde que eu entrei tranquilamente multiplicou por cinco. Nos últimos anos com a imigração de haitianos e então venezuelanos. Antes disso de nações do Mercosul, pode-se dizer que a partir de 2009 com o acordo do Mercosul teve um aumento, e depois em 2012 e 2013 com a chegada dos Haitianos e agora com a vinda dos venezuelanos; mas tranquilamente o fluxo tem aumentado. Inclusive hoje em dia é difícil a gente atender a demanda, a gente costumava fazer, digamos, dois ou três atendimentos por turno e hoje a gente tenta fazer quinze/vinte e não é o suficiente para atender a demanda. É um problema no Brasil inteiro. (Fabiano Jose Rohr, responsável pelo Núcleo de Migração da Polícia Federal, entrevista realizada em 11/03/2020).

O entrevistado declarou que a principal necessidade dos imigrantes, ao chegarem na Polícia Federal é a obtenção de documentos que lhes permita trabalhar – sendo essa a autorização de residência. Segundo o Agente, a barreira linguística no início do

7. Fabiano Jose Rohr, responsável pelo Núcleo de Migração da Polícia Federal, entrevista realizada em 11/03/2020 pela pesquisadora Kawanna Alano Soares.

processo foi considerada de árdua superação, principalmente com os haitianos, mas que nos últimos tempos a maioria dos imigrantes chegavam já acompanhados de alguém que domina a língua portuguesa.

Uma das ferramentas utilizadas na obtenção da documentação para residência no país é obtida por intermédio do *site* da Polícia Federal, que passou por melhorias, tornando-se mais "claro e amigável", conforme informou o Agente. Quando o imigrante é atendido no Núcleo, inicialmente avalia-se a situação do indivíduo para verificação de qual seria o melhor amparo legal para solicitação de residência, após essa triagem então é encaminhado à Univille para o atendimento do Escritório Modelo de Assistência Jurídica. Sobre este serviço expôs o Agente que:

> No início do semestre tem até uma certa dificuldade sim, o que é natural e depois de um mês a gente percebe que o feedback é cada vez menos necessário, digamos assim. No início sempre tem alguns ajustes, mas é até uma pena que justamente na hora que tá' tudo chegando redondinho muda tudo de novo (risos). (...) As duas situações, tanto o estudante ter esse contato com o imigrante e ajudar a resolver um problema, quanto da parte de ajuizar o atendimento aqui. Então, a ideia não é só agilizar o processo, é também aprimorar o aprendizado e é natural que isso aconteça. (Fabiano Jose Rohr, responsável pelo Núcleo de Migração da Polícia Federal, entrevista realizada em 11/03/2020)

O Escritório Modelo é um espaço para o desenvolvimento da prática jurídica onde os acadêmicos do curso de Direito da Univille podem cumprir parte do estágio obrigatório desenvolvendo atividades de consultoria, preparação de peças processuais, ajuizamento e acompanhamento dos processos. Visa, dentre outros objetivos:

> Art. 3º 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 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, a prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania. (Resolução do Presidente da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, número 5, de 17 de dezembro de 2018)

Portanto, como se extrai do documento retro, este tipo de serviço prestado auxiliaria na aprendizagem voltada para formação humanística, capacidade de analisar e valorar fenômenos sociais, além dos ensinamentos autônomos e dinâmicos que este modelo pode proporcionar.

O EMAJ é o local que se coloca em prática a teoria, sendo de suma importância viabilizar reflexão acerca de si mesmo, sobre as constantes alterações da ordem social e instrumentos de manejo jurídico. Tem por escopo a formação de operadores do Direito comprometidos para responder aos desafios sociais, bem como às necessidades emergentes de novas áreas jurídicas.

Artigo 12 O EMAJ é o campo do Estágio de Prática Jurídica (módulo 2) em que os acadêmicos do curso de Direito da Univille cumprirão parte da carga horária do estágio desenvolvendo atividades de consultoria, preparação de peças processuais, ajuizamento de autos e acompanhamento dos processos, colocando em prática situações debatidas teoricamente em sala de aula, conforme previsto no Projeto Pedagógico do curso, sempre supervisionados por professor vinculado ao quadro docente do Departamento de Direito. (PROJETO PEDAGÓGICO DO CURSO DE DIREITO, 2015, p 140)

Necessário mencionar o exposto por Lapa (2019), que explica existir três vertentes principais para a formação profissional, baseando-se em estudos desenvolvidos nos Estados Unidos:

> A primeira aprendizagem consiste na formação intelectual para aprender o conteúdo acadêmico básico e pensar o que importa para a profissão – a aprendizagem cognitiva. A segunda vertente é a da aprendizagem das habilidades necessárias para o exercício prático da profissão – a aprendizagem do saber-fazer. E a terceira volta-se aos valores éticos, ao papel social do Direito e às responsabilidades da profissão – a aprendizagem do refletir a ação. (LAPA, 2019, p. 214)

Essencial, portanto, analisar como tem se desenvolvido a prática deste escritório, visando esta formação humanística e problematizadora dos acadêmicos e futuros operadores do Direito, já que a faculdade não fornece unicamente o diploma e deverá "prepará-los para discutir a função social das leis e dos códigos, e que assumam a qualidade de agentes indispensáveis à administração da justiça" (MEDEIROS, 2013, p. 158).

3.1 DA ANÁLISE DOS DOCUMENTOS FINAIS DE REGISTRO DOS ATENDIMENTOS DO EMAJ E O DESAFIO DA GERAÇÃO DE INFORMAÇÕES

Entre 2012 a 2018, os maiores índices de imigração para o Brasil, variam entre haitianos, bolivianos e venezuelanos, sendo que em 2018 a porcentagem de venezuelanos era maior conforme informou o Relatório Anual do Observatório das Migrações Internacionais (Governo Federal, *web*).

Ocorre que em Joinville, conforme a análise dos documentos da base de dados fornecida pelo EMAJ, quantificou-se o atendimento de 154 imigrantes, do período de 2017 a 2019, e os maiores índices permaneceram da nacionalidade haitiana e ainda não era sentido a chegada de venezuelanos na cidade – conforme fica evidenciado na tabela:

QUADRO 1 – RELAÇÃO DE DADOS DOS IMIGRANTES ATENDIDOS NO EMAJ NO PERÍODO 2017-2019

NACIONALIDADE	QUANTIDADE	GÊNERO			TIPO DE ATENDIMENTO
		MASC	FEM	SS/I[8]	
Angolana	2	1	1	-	1 Acolhida humanitária 1 Pedido de refúgio
Argentina	1	-	1	-	1 Pedido de refúgio
Cubana	2	1	1	-	2 Pedidos de refúgio
Guatemalteca	1	1	-	-	1 Sem informação
Haitiana	131	77	53	1	36 Acolhidas humanitária 3 Autorizações de residência 77 Pedidos de refúgio 14 Sem informação 1 Outros
Marroquina	1	1	-	-	1 Pedido de refúgio
Paquistanesa	2	2	-	-	2 Garantias de permanência
Portuguesa	1	1	-	-	1 Pedido de naturalização
Dominicana	3	1	2	-	2 Acolhidas humanitárias 1 Pedido de refúgio
Venezuelana	5	3	2	-	2 Autorizações de residência 3 Pedidos de Refúgio
Não registrado	5	1	1	3	1 Residência permanente 4 Sem informação

Fonte: Escrit. Modelo de Assistência Jurídica da Univille, 2017-2019, adaptação da pesquisadora.

8. S/I faz referência a "sem informação".

Pode ser compreendido pela análise na base de dados do EMAJ que grande parte dos imigrantes buscavam documentos que possibilitasse exercer atividades remuneradas no país, dentre eles se destaca principalmente a acolhida humanitária (25,32% dos atendidos) e o pedido de refúgio (55,84%).

Em pesquisas anteriores – citadas nas notas de rodapé número 3 e 4 – constatou-se que os maiores obstáculos apontados pelos acadêmicos do EMAJ em relação ao atendimento com os imigrantes era a dificuldade de compreensão linguística e a obtenção de todos os documentos necessários para a regularização da documentação brasileira.

A base de dados utilizada para pesquisa apresentava certa inconsistência e havia algumas lacunas em seu preenchimento dificultando a apuração do perfil do imigrante. Uma das hipóteses levantadas à época era o fato de não existir um padrão no atendimento e que cada acadêmico que recebia o imigrante preenchia o formulário como considerava mais pertinente, sem um roteiro fixo. Indicando que se faz necessário uma capacitação que unifique o procedimento no atendimento, sobretudo no que diz respeito aos dados que devem ser colhidos no momento do atendimento.

Na presente pesquisa, não foi vislumbrado melhora na quantificação de dados. A hipótese mais provável é de que ainda permanece a falta de preenchimento de certas informações e pode haver forma inadequada de arquivamento dos documentos. Percebeu-se que os dados eram postos de forma inapropriada – pastas nomeadas equivocadamente, não preenchimento das informações acerca do imigrante e ainda ausência de relatórios sobre a forma como o atendimento foi prestado.

Importante frisar que a análise constante da base de dados do EMAJ poderá aprimorar o armazenamento das informações e com o passar do tempo poderá ocorrer a melhora no processo de geração de informações para futuras problematizações do tema em questão.

3.2 INDÍCIOS DE APRENDIZAGEM NA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E A PERCEPÇÃO DOS ACADÊMICOS DO EMAJ DO NONO E DÉCIMO SEMESTRE – 2020.1

Como consta no Projeto Pedagógico do Curso de Direito da Univille (2015) os alunos ao chegarem no último ano do curso podem realizar o estágio de prática jurídica no Escritório de Assistência Jurídica ou na Clínica de Direitos Humanos. O primeiro funciona de forma a proporcionar ao acadêmico a aprendizagem da prática do exercício da advocacia, enquanto o segundo é voltado ao desenvolvimento de pensamento crítico e nas mais diversas formas de resolver um problema específico – como explica Lapa (2014):

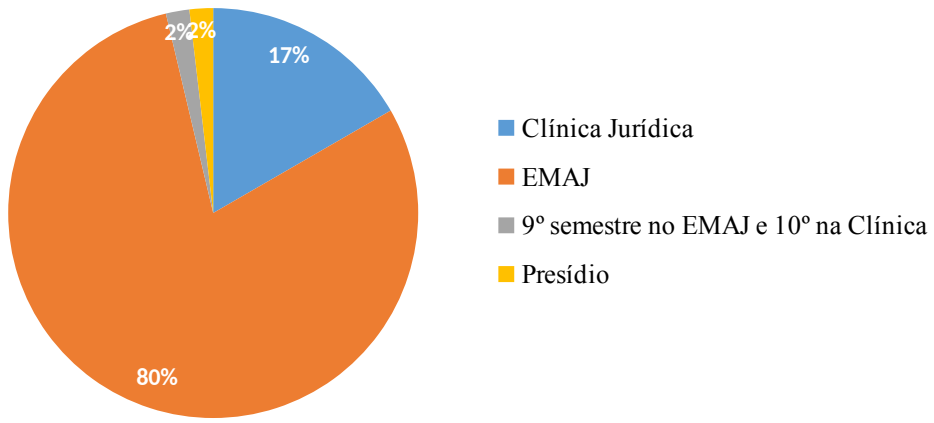
> Sendo assim, uma clínica de direitos humanos deve estar alicerçada em um compromisso ético e social com as pessoas e grupos vinculados ao caso que podem ter seus direitos violados. É necessário que haja esse tipo de compromisso e responsabilidade social, ética e ambiental pautados na teoria universal dos direitos humanos, que reconhece as diferenças, mas se fundamenta na igualdade entre os homens. (LAPA, 2014, p. 117)

Lapa propõe ainda uma possível ação conjunta entre ambos, onde haveria uma "(...) inclusão das clínicas nas atividades de prática jurídica (dentro ou fora dos atuais escritórios-modelo)" (2019, p. 230).

Para melhor compreender o processo de aprendizagem desenvolvido ao final da formação do acadêmico dentro do EMAJ e a sua experiência em relação ao atendimento de imigrantes como uma prática de Educação em Direitos Humanos, foi encaminhado um questionário para 166 acadêmicos do nono e décimo semestre de 2020.1 do curso de Ciências Jurídicas da Univille (Campus Joinville).

Do universo de acadêmicos pesquisados quatro informaram que não poderiam responder porque haviam realizado o estágio obrigatório em outra instituição ou ainda não estavam inscritos nesta modalidade de prática jurídica. Obteve-se a aderência, dentre aqueles que se encontravam aptos para responder o questionário, de 55 alunos – cerca de 33,95% dos acadêmicos.

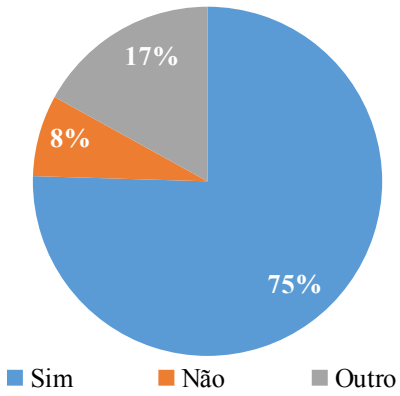
GRÁFICO 2 – Local de realização do estágio obrigatório



Fonte: Pesquisa própria.

Questionados sobre o local de realização de estágios obrigatórios durante o nono e décimo semestre, aqueles que responderam ao questionário informaram que 79,2% realizou no EMAJ, 17% na Clínica Jurídica de Direitos Humanos e 3,8% dividiram-se entre participação do nono semestre no EMAJ e no décimo na Clínica (1,9%) e no presídio (1,9%).

gráfico 3 – Atendimento humanizado



Fonte: Pesquisa própria.

Quando questionados sobre o efetivo atendimento com imigrantes 67,3% ainda não havia realizado tal ação e 32,7% já havia. Ressalta-se que existe uma capacitação

para realizar tal atendimento, onde é demonstrado em sala de aula sobre o funcionamento do site da Polícia Federal e o meio pelo qual deverá ser preenchido o formulário.

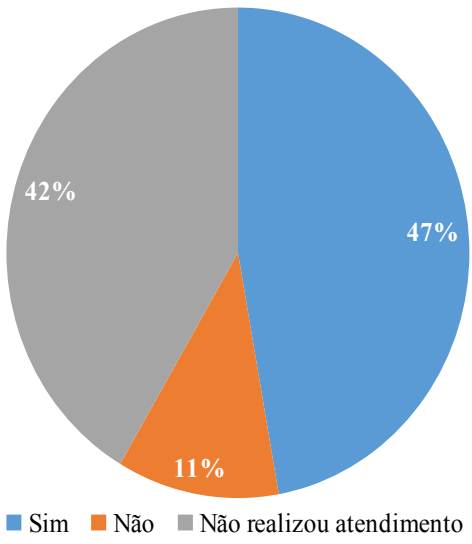
Quando perguntado aos acadêmicos sobre efetiva capacitação de como deveria ser procedido o atendimento com os imigrantes 81,8% informaram que foram instruídos e o restante (18,2%) declarou que não houve tal instrução.

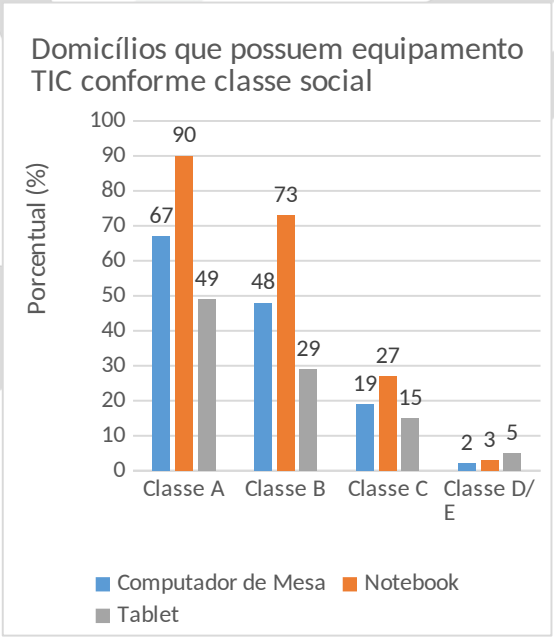
Os acadêmicos foram indagados sobre a forma de capacitação, em busca de compreender se essa foi suficiente para a realização do atendimento, e dentre as respostas fornecidas poucos consideram a capacitação realmente satisfatória (6,52%). Ressalta-se as seguintes situações que foram expostas:

> 1) Não recorda quais eram as instruções (4,34%);
> 2) Que era apenas um 'passo a passo' no site da Polícia Federal (34,78%);
> 3) As instruções se mostraram vagas e genéricas, não sendo satisfatórias (10,86%);
> 4) A dificuldade ante a língua do imigrante (4,34%);
> 5) Que deveria ocorrer melhor treinamento para atividade de tal importância (15,21%);
> 6) Devido à grande quantidade de detalhes o mais recomendado era a existência de um manual para que o acadêmico pudesse tirar as dúvidas necessárias (4,34%);
> 7) "Não as considero satisfatórias porque essas instruções possuem mera índole formal e não contribuem para um atendimento substancialmente específico ao imigrante" (Acadêmico 1, 2020).

Sobre o atendimento aos imigrantes 75,5% consideram humanizado e acolhedor, 7,5% discordaram e o 17% informaram que não presenciaram o atendimento ou que dependeria do acadêmico responsável por tal. Em relação à experiência 47,2% sentiram que houve aprendizado, 11,3% discordaram e o 41,5% não realizaram atendimentos.

gráfico 4 – Experiência com o atendimento





Fonte: Pesquisa própria.

Dentre as sugestões para melhora da acolhida fornecidas pelos acadêmicos, estão: 1) possibilidade de um intérprete; 2) melhora na capacitação fornecida ao acadêmico; e 3) manual do atendimento ao imigrante. Salienta-se ainda:

> Como disse anteriormente, acredito que o atendimento é ~~o~~ um trabalho técnico, mas que poderia ser acompanhado o desenvolvimento social dos imigrantes, uma vez que o Brasil não fornece condições sociais dignas para os seus nacionais, como serão as condições de vida e meios de ganhos dos imigrantes no país? Entendo que, só acolher não basta, precisamos acompanhar a vida dos imigrantes e saber como estão se desenvolvendo enquanto cidadão, profissionalmente e quanto ao acesso aos estudos, antes de se depararem com a informalidade. (Acadêmico 2, questionário "Imigração e o Atendimento Jurídico: os desafios para promoção da cidadania", 2020).

Diante de todas as respostas fornecidas algumas constavam que para ocorrer um efetivo atendimento com viés humanizado dependeria muito da importância que o acadêmico fornecia à assistência; mas ainda outros informaram que o atendimento, na forma como hoje é realizado, não seria efetivamente um aprendizado jurídico e sim unicamente de organização e separação de documentos.

Para que se desenvolva de forma efetiva a Educação em Direitos Humanos nos acadêmicos, a implementação da metodologia clínica por intermédio de uma Clínica Jurídica de Migração seria apropriada. Onde pudesse ser incluída a capacitação mais profunda aos acadêmicos sobre a temática e um atendimento individual dos imigrantes, bem como a realização de discussões jurídicas e sociais envolvendo casos coletivos de imigrantes como por exemplo, a necessidade da tradução e validação de seus certificados e diplomas educacionais.

O serviço prestado pelos acadêmicos no EMAJ influencia diretamente na forma com a qual o processo de obtenção da documentação se desenvolverá com a Polícia Federal. Por isso, é necessária uma capacitação apropriada dos agentes da PF e dos acadêmicos da universidade. Ressalta-se que o arquivamento da documentação apropriada dos atendimentos prestados pelo EMAJ poderá contribuir com uma melhora na análise dos dados, para então realizar intervenções apropriadas que melhorariam no processo de atendimento dos imigrantes pela comunidade acadêmica.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A origem da pesquisa em questão advém da necessidade da análise do processo de acolhimento realizada pelos integrantes do Escritório Modelo de Atendimento Jurídico do Curso de Direito do Campus da Univille aos imigrantes durante o processo de requisição da documentação para permanência no país. Tem como objetivo problematizar se este processo se desenvolve de tal forma a propiciar aprendizagem aos acadêmicos envolvidos promovendo a Educação em Direitos Humanos.

Marconi e Lakatos (2019) explicitam que a pesquisa contém fases que deverão ser cumpridas: escolha do tema, elaboração do plano de trabalho, identificação, localização, compilação e fichamento, análise, interpretação e a redação. E as abordagens que foram utilizadas permitiram o conhecimento do estado da arte do objeto em estudo e avançar no conhecimento e interpretação da realidade.

O método indutivo é a forma com a qual se estabelece uma verdade universal ou hipótese geral ante ao conhecimento de dados específicos de menor generalidade, é um processo com base em um quadro de dados, determinando suposições e leis de caráter

generalizado. Pode-se então depreender de proposições particulares às conclusões gerais (MARCONE e LAKATOS, 2019).

A pesquisa teve abordagem qualitativa, do tipo bibliográfico por intermédio da análise de livros, artigos, teses e legislação pátria; e quantitativa por intermédio da análise de documentos fornecidos pelo EMAJ, questionários aplicados aos acadêmicos e entrevista realizada na Polícia Federal. Na análise dos documentos utilizou-se o método indutivo, com aprofundamento descritivo.

A pesquisa qualitativa inicialmente realizou-se o levantamento bibliográfico sobre o tema, utilizando das seguintes palavras-chaves na língua portuguesa, inglesa e espanhola: “imigração atendimento jurídico cidadania”; “imigração assistência legal cidadania”; e “livro imigração”.

Tratando-se da pesquisa quantitativa, essa teve riscos mínimos e efetuou-se a quantificação e organização das informações fornecidas pelo EMAJ, por intermédio da sistematização da análise dos formulários preenchidos conforme o imigrante é atendido. Retirando-se as informações pertinentes, preenchimento a planilha e então formulando a tabela.

Sobre a entrevista semiestruturada, inicialmente – conforme consta no Projeto de Pesquisa com Seres Humanos, fora encaminhada ao Comitê de Ética da Universidade e aprovado na Plataforma Brasil sob o número 26220619.5.0000.5366 – desejava-se entrevistar os imigrantes atendidos pelo EMAJ, mas devido a situação da Pandemia (COVID-19) que assolou o país, ela foi suspensa. Ocorre que antes da quarentena foi possível entrevistar o responsável pelo atendimento ao imigrante na Polícia Federal, no dia 11 de março de 2020, e essa se desenvolveu conforme estava disposto na Entrevista Semiestruturada.

Foi aplicado, por intermédio de plataformas digitais, o questionário aos acadêmicos que foram capacitados para atendimento com o imigrante no Escritório Modelo de Assistência Jurídica. Sendo que os participantes eram do nono e décimo semestre do ano de 2020.1, no período diurno e noturno, totalizando 55 (cinquenta e cinco) acadêmicos.

Os instrumentos utilizados na coleta de dados foram um questionário e a entrevista, contendo questões objetivas/semiestruturadas. Os dados coletados na presente pesquisa receberam o tratamento estatístico adequado para análise.

A entrevista realizada com o responsável pelo atendimento dos imigrantes na Polícia Federal foi por indicação do professor coordenador do EMAJ; e os alunos que responderam ao questionário foram captados por intermédio da plataforma *whatsapp*, tendo sido encaminhado o endereço eletrônico contendo a pesquisa pela plataforma *Google Forms*.

CONCLUSÃO

Inicialmente, o projeto estava voltado para analisar a forma que se encontrava o desenvolvimento prático da legislação a respeito da imigração e do atendimento prestado pelo Escritório Modelo de Assistência Jurídica da Univille aos imigrantes por todos os envolvidos no processo. Contudo, devido a situação de isolamento social as entrevistas com os imigrantes foram suspensas e os questionários encaminhados aos alunos por intermédio de plataforma *online*.

O viés do artigo buscou compreender como estava desenvolvendo-se o atendimento prestado no EMAJ e se esse atendimento auxiliaria na Educação em Direitos Humanos dos acadêmicos do curso de Ciências Jurídicas, pondo em prática o

atendimento humanístico e questionador – parafraseando o defendido por Lapa (2014) a respeito do ensino.

Considerando-se os resultados obtidos em trabalhos anteriores a situação do atendimento jurídico do EMAJ, do campus da Univille, não se encontra diferente. Foram constatadas inconsistências na base de dados, dentre outros problemas apontados pelos acadêmicos. Ainda o arquivamento não apropriado dificulta a quantificação do atendimento dos imigrantes em outras áreas, como direito da família, civil ou penal, e estes dados são essenciais para vislumbrar quais se tornam as suas demandas depois da obtenção da documentação para permanência no Brasil.

As dificuldades podem estar ligadas à barreira linguística, como fora problematizado pelos próprios acadêmicos nas respostas ao questionário, mas também devido a quantidade de detalhes existentes para preenchimento dos formulários, falta de um Manual sobre o atendimento e a capacitação insuficiente para garantir uma aprendizagem que levasse em conta não apenas a função burocrática do preenchimento dos documentos, mas, sobretudo, a aprendizagem para uma Educação em Direitos Humanos.

Dessa forma, conclui-se que há espaço para um aprofundamento no modelo de atendimento cidadão em direção à Educação em Direitos Humanos, tanto aos acadêmicos como por parte das instruções prestadas aos imigrantes. Há espaço então para melhorar o desenvolvimento prático da legislação e a efetivação dos Direitos Humanos – lecionado por Lapa (2019), onde haveria uma junção entre os Escritórios Modelos e a metodologia clínica de aprendizagem.

Os desafios permanecem sobre qual a melhor forma para a acolhida destes imigrantes, visando diminuir as barreiras linguísticas, criando empatia entre o imigrante e o acadêmico, melhorando a sistematização destes atendimentos de forma a gerar dados e informações para produzir reflexões em torno do processo migratório em Joinville (SC).

Nessa perspectiva, uma proposta inovadora a ser sugerida seria inserir ações de promoção de Direitos Humanos em uma futura Clínica de Migração. Para desenvolver a cada semestre rodas de conversa com os imigrantes já atendidos pelo EMAJ, prestar acompanhamentos sobre os desdobramentos do atendimento jurídico realizado pela Univille e outras ações diversas que se apresentassem necessárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. **Brasil já recebeu 1,1 milhão de imigrantes e 7 mil refugiados**. EBC, por Victor Ribeiro. Publicado em: 19 jan. 2019. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-01/brasil-ja-recebeu-11-milhao-de-imigrantes-e-7-mil-refugiados. Acesso em: 13 nov. 2019.

ALBUQUERQUE, José Lindomar Coelho. Limites e paradoxos da cidadania no território fronteiriço: O atendimento dos brasiguaios no sistema público de saúde em Foz do Iguaçu (Brasil). Geopolítica(s). ***Revista de estudios sobre espacio y poder***, v. 3, n. 2 (2013), p. 185-205. Disponível em: https://revistas.ucm.es/index.php/GEOP/article/viewFile/40040/40396. Acesso em: 12 set. 2019.

BAENINGER, Rosana; et al. **Imigração Haitiana no Brasil**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Imigração. Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 08 abr. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e da outras providências. Brasília, DF, 2018. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55640393/do1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113. Acesso em: 02 mai. 2020.

BRAZÁN, José Carlos Luque. *Transnacionalismo y enclave territorial étnico en la configuración de la ciudadanía de los inmigrantes peruanos en Santiago de Chile*. Publicado na **Revista Enfoques**, v. 2, n. 3 (2004). Disponível em: http://revistaenfoques.cl/index.php/revista-uno/article/view/274. Acesso em: 12 set. 2019.

CARVALHO, Rogério do Nascimento. A Lei de Migração, os objetivos de desenvolvimento sustentável e as consequências do cotidiano jurídico nacional. Publicado na **Revista Diplomatize** – A revista da academia nacional de estudos transnacionais, v. 5, n. 3 (2017), p. 67-80. Disponível em: http://www.revista.portalanet.com/wp-content/uploads/2016/04/Rev.-Diplomatize-v-5-n-3-jul_dez-2017.pdf#page=67. Acesso em: 12 set. 2019.

CONARE. **Refúgio em Números**. Comitê Nacional para os Refugiados, 2018, 4ª ed. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/07/Refugio-em-nu%CC%81meros_versa%CC%83o-23-de-julho-002.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

ESTADO DE MINAS. **Brasil deixa Pacto Global pela Imigração da ONU**. Jornal Estadão. Publicado em: 08 jan. 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2019/01/08/interna_internacional,1019805/brasil-deixa-pacto-global-pela-imigracao-da-onu.shtml. Acesso em: 21 abr. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **UE diz que retomada da economia precisa de fronteiras abertas a estrangeiros**. Por Lucas Alonso. Publicado em: 17 abr. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/ue-diz-que-retomada-da-economia-precisa-de-fronteiras-abertas-a-estrangeiros.shtml. Acesso em: 9 jun. 2020.

IMDH. **Glossário do Instituto de Migrações e Direitos Humanos**. Publicado em: 31 jan. 2014. Disponível em: https://www.migrante.org.br/imdh/glossario/. Acesso em: 04 mar. 2020.

JARDIM, Denise F. **Imigrantes ou Refugiados? Tecnologias de controle e as fronteiras**. Jundiaí, Paco Editorial: 2017.

LAPA, Fernanda Brandão. **Clínica de Direitos Humanos: uma proposta metodológica para a educação jurídica no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

LAPA, Fernanda Brandão. Novas Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Direito: a inclusão das clínicas na educação jurídica brasileira. Publicado na Revista **Educação Jurídica no Século XXI** – novas diretrizes curriculares nacionais do curso de Direito, p. 213-234. Florianópolis: Habitus, 2019.

MARCONI, Marina Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2019, 8º ed. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010770/. Acesso em: 29 out. 2019.

MEDEIROS, Claudio Melquiades. **Sentidos e significados atribuídos pelos egressos ao curso de direito de uma universidade comunitária**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/16082. Acesso em: 11 jun. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Brasil registra mais de 700 mil migrantes entre 2010 e 2018**. Publicado em: 22 ago. 2019. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566502830.29. Acesso em: 27 nov. 2019.

MUSEU DA IMIGRAÇÃO. **Mobilidade Humana e Coronavírus: O fechamento das fronteiras não é, e nem deve ser, absoluto**. Publicado em: 08 mai. 2020. Disponível em: http://museudaimigracao.org.br/blog/migracoes-em-debate/mobilidade-humana-e-coronavirus-coronavirus-o-fechamento-das-fronteiras-nao-e-e-nem-deve-ser-absoluto. Acesso em: 9 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. ***Coronavirus disease (COVID-19) pandemic***. Disponível em: https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019. Acesso em: 9 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 10 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nações Unidas, 217 (III) A, 1948, Paris. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em 01 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **O que são direitos humanos?** Disponível em: https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/. Acesso em: 03 out. 2019.

ROHR, Fabiano Jose. **Fabiano Jose Rohr**: responsável pelo Núcleo de Migração da Polícia Federal, entrevista oral [11 mar. 2020, Joinville]. Entrevistadora: Kawanna Alano Soares. Entrevista concedida ao projeto de conclusão de curso “Imigração e o

Atendimento Jurídico: os desafios na educação em Direitos Humanos". Disponível em: https://drive.google.com/open?id=1IZWLGMYeaD39LWV2nIuWb-FHeGkkQcvK. Acesso em: 02 mai. 2020.

SOUZA, Sirlei de. **Narrativas Imigrantes: tramas comunicacionais e tensões da imigração haitiana em Joinville/SC (2010-2016)**. Escola de Comunicação, Universidade Federal do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: http://www.pos.eco.ufrj.br/site/teses_dissertacoes_interna.php?tease=20. Acesso em: 02 mai. 2020.

UNIVILLE. Universidade da Região de Joinville. Pró-reitora de Ensino. **Projeto Pedagógico do Curso de Direito**. Joinville (SC), 2015. Disponível em: https://www.univille.edu.br/community/novoportal/VirtualDisk.html/downloadDirect/945777/PPC_Direito_SBS_2015.pdf. Acesso em: 02 mai. 2020.

UOL. **Cresce o número de imigrantes brasileiros com covid-19 presos em condições desumanas nos EUA**. Por Paula Moura. Publicado em: 20 mai. 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/rfi/2020/05/20/cresce-o-numero-de-imigrantes-brasileiros-com-covid-19-presos-em-condicoes-desumanas-nos-eua.htm. Acesso em: 9 jun. 2020.

POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O ENSINO JURÍDICO

Leonardo Ranieri Lima Melo[1]
Macela Nunes Leal[2]

Resumo: O artigo se propõe a fazer uma reflexão sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, sua importância para o fomento à adoção dos meios adequados de solução dos conflitos e sua contribuição para o ensino jurídico no Brasil. O objetivo do artigo é evidenciar a mudança de cultura implementada pela Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça e pelas Leis nº 13.105 e 13.140 de 2015, a chamada desjudicialização e sua relação com o ensino jurídico. Para tanto, lançou-se mão do método indutivo e pesquisa bibliográfica, aplicada e de abordagem qualitativa, abordando institutos como a mediação, a conciliação e a arbitragem, enquanto métodos adequados de gestão de conflitos.

Palavras-chave: Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos. Desjudicialização. Ensino jurídico.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como título “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos e sua contribuição para o ensino jurídico”, destacando o fomento aos métodos adequados de solução de conflitos, notadamente a conciliação, a mediação e arbitragem, no âmbito do ensino jurídico no Brasil.

A conciliação e a mediação são meios adequados de solução de conflitos em que há figura de um terceiro imparcial. A diferença entre esses dois métodos reside no tipo de conflito e na postura do terceiro. A conciliação é recomendada para conflitos pontuais, objetivos, ao passo que a mediação é recomendada para conflitos multidimensionais e complexos.

Ademais, na conciliação o terceiro tem uma postura mais ativa, podendo propor ou sugerir soluções de acordo com seus conhecimentos jurídicos. Na mediação, por seu turno, o mediador não intervém de forma direta, não opinando sobre a solução da controvérsia. No procedimento de mediação o mediador atua como facilitador, ajudando as partes na busca do consenso. Tanto o conciliador como o mediador devem ser imparciais e neutros, devendo observar as normativas do Código de Ética.

Já a arbitragem é recomendada para conflitos patrimoniais disponíveis, especialmente quando a natureza do caso exigir especialização técnica. Trata-se de um método heterocompositivo em que a decisão é dada por um árbitro. Cumpre ressaltar que a decisão arbitral tem os mesmos efeitos de uma decisão prolatada por um juiz de direito. Uma das grandes vantagens da arbitragem é a celeridade, além do sigilo e a especialidade. A arbitragem pode ser de direito ou de equidade, a critério das partes (art. 2º, Lei nº 9307/1996). As partes poderão, ainda, escolher livremente as regras que serão aplicadas, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública (art. 2º, § 1º, Lei nº 9307/1996).

Em um primeiro momento faremos uma análise do atual cenário de resolução de controvérsias, centrado do protagonismo exclusivo do Poder Judiciário como via primária

1. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI. Escritor, Mediador e Árbitro extrajudicial. Especialista em Direito Público e Privado. E-mail: leonardolima221@gmail.com.
2. Advogada, Escritora e Mediadora Extrajudicial e Judicial, Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho com formação em Magistério Superior, Mestra em Resolução de Conflitos e Mediação. E-mail: nuneslealmacela@gmail.com.

de resolução de conflitos e os caminhos para a desjudicialização, considerando a abordagem de jurisdição compartilhada, a qual contempla várias possibilidades de resolução de conflitos. Trata-se de uma mudança da cultura de litígio à solução consensual, albergando os meios adequados de solução de conflitos.

Em seguida analisaremos a Política Judiciária de Tratamento Adequado dos conflitos, a partir da institucionalização da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça e disseminação do sistema multiportas, através do desenvolvimento de ações voltadas ao incentivo dos meios autocompositivos. A referida Resolução representou um passo importante na construção de uma cultura de paz.

O fomento aos meios adequados de solução de conflitos também se encontra presente no Código de Processo Civil, o qual prevê em seu art. 3º, § 2º que " O Estado buscará, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos", bem como conclama juízes, advogados, membros do Ministério Público e Defensores Públicos a estimular tais métodos. O Novel diploma processual civil inova ao estatuir, em seu art. 190, a cláusula geral de negociação, possibilitando que as partes façam arranjos procedimentais consoante a autonomia da vontade.

A relevância do trabalho justifica-se pela necessidade de fazermos uma análise sobre o Poder Judiciário brasileiro, o papel da Política Judiciária de Tratamento Adequado dos conflitos na concretização do acesso à justiça, como também a projeção dessa política no cenário brasileiro, especialmente no que pertine ao ensino do Direito. Destacaremos, ainda, a Resolução nº 05 da Câmara de Educação Superior, a qual prevê, dentre outras questões a necessidade de uma formação que contemple os meios adequados de solução de conflitos.

O trabalho pretende contribuir na análise crítica sobre a necessidade de reformulação do ensino do Direito no Brasil com vistas a propiciar aos alunos e futuros profissionais o desenvolvimento de competências e habilidades no manejo dos conflitos através de uma postura mais resolutiva, para além do processo judicial.

1. PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO COMO VIA PRIMÁRIA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

No Brasil, a resolução de controvérsias é marcadamente adversarial, de forma que as partes em litígio se comportam como verdadeiros adversários em um modelo do tipo ganha-perde. Tal modelo tem conexão com o ensino jurídico do Brasil, centrado na solução adjudicada de conflitos e, por conseguinte, com foco no processo em detrimento da real vontade das partes.

A propalada ideia de que somente o Judiciário é capaz de resolver os litígios favoreceu a judicialização excessiva. Ademais, registramos que a nossa Constituição Federal elenca em seu bojo várias normas programáticas, ampliando o acesso formal à justiça através de direitos de diferentes categorias sobretudo direitos econômicos, sociais, além de direitos difusos e coletivos.

Oliveira Neto (2016, p.35) em sua obra "Fundamentos do acesso à justiça" faz menção ao Estado liberal, em que o acesso aos direitos ocorre de maneira igualitária e livre, sem a intervenção estatal e esclarece que no Estado Social, à exemplo do Brasil, tem-se a noção de justiça social que é "materializada a partir de prestações positivas do

Poder Público, que se obriga a extirpar as desigualdades sociais (e regionais), assim implementando direitos que atendam as necessidades mais candentes do povo".[3]

Ademais, ao prever um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, a Constituição brasileira coloca o Estado na posição de garantidor, incumbindo a este a missão de materializar tais direitos. Tal entendimento consubstancia-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inafastabilidade da jurisdição, legitimando a atuação do Judiciário como aquele que decide o direito no caso concreto.

Nesse contexto tem-se um cenário de judicialização excessiva com um protagonismo exacerbado do Poder Judiciário, como via primária de solução de conflitos, favorecendo o colapso do sistema de justiça em face da inoperabilidade do Judiciário. Isso porque o Judiciário se demonstrou incapaz de resolver as demandas que são submetidas a ele, quer pelos entraves ao seu acesso, quer pela falta de efetividade na prestação jurisdicional.

Diante do contexto apresentado surgiu a necessidade de lançar mão de outros meios de gerir os conflitos, sendo de grande relevância a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário, implementada pela Resolução nº 125/ 2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Merece destaque a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que alterou alguns dispositivos da Constituição Federal Brasileira, além de acrescentar os artigos 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. A referida Emenda foi responsável por uma significativa reforma do Poder Judiciário, em especial pela criação do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa a aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, ou seja, tem como objetivo principal o controle do poder judiciário referente à transparência administrativa e processual.

Conforme informações extraídas da página oficial do Conselho Nacional de Justiça, a mencionada instituição tem por missão "desenvolver políticas judiciárias que promovam a efetividade e a unidade do Poder Judiciário, orientadas para os valores de justiça e paz social" e com Visão de futuro "ser reconhecido como órgão de excelência em planejamento estratégico, governança e gestão judiciária, a impulsionar a efetividade da Justiça brasileira".

No ano de 2016 o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 225, seguindo as recomendações da Organização das Nações Unidas, com o intuito de implantar a Justiça Restaurativa no Brasil, alargando o acesso à justiça a partir de soluções efetivas e estimulando a solução pacífica dos conflitos. A referida Resolução considera que "cabe ao Poder Judiciário o permanente aprimoramento de suas formas de resposta às demandas sociais relacionadas às questões de conflitos e violência, sempre objetivando a promoção da paz social".

Registramos, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça há quinze anos produz o Relatório "Justiça em Números" em que é feito uma espécie de mapeamento e diagnóstico da Justiça brasileira a partir de dados estatísticos de todos os tribunais.

O Ministro Dias Toffoli no Relatório de 2019 pontuou:

> "A consolidação e sistematização das informações dos 90 tribunais brasileiros como mecanismo de gestão e transparência permitem que o Judiciário possa traçar suas metas com maior precisão e desenvolver seu planejamento estratégico

3. Oliveira Neto, E. S. (2016). Fundamentos do acesso à Justiça: conteúdo e alcance da garantia fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

> com base em dados seguros, ajustando os rumos sempre que preciso, a partir de da identificação de gargalos e de pontos de eficiência".

O Relatório Justiça em números de 2019 evidencia que houve uma "diminuição do estoque de processos" como evidenciou o Presidente do CNJ, dentre outros indicadores positivos, entretanto, a análise dos dados nos permitem afirmar que a litigiosidade ainda é latente, de forma que se faz necessário o fomento à utilização dos meios adequados de solução de conflitos, dentro e fora do Poder Judiciário.

Nesse propósito abordaremos no tópico seguinte a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, a qual foi instituída pelo Conselho Nacional de Justiça e que tratou de temas importantes os quais serão descritos a seguir.

2. POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS

Diante da ineficácia do sistema de justiça tradicional surgiu a necessidade de buscar saídas através de soluções extrajudiciais. Tal desiderato ganhou vulto com a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, a qual instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Através da referida Resolução o Conselho Nacional de Justiça fomentou a utilização dos métodos de gestão de conflitos, trazendo considerações relevantes que merecem ser transcritas:

> CONSIDERANDO que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República; CONSIDERANDO que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de 2009; CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas; CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais; CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça; CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na

> matéria; CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 117ª Sessão Ordinária, realizada em de 23 de 2010, nos autos do procedimento do Ato 0006059-82.2010.2.00.0000;[4]

Nos termos da referida Resolução, a Política Judiciária Nacional estrutura-se a partir de um tripé composto do Conselho Nacional de Justiça, o qual tem atribuições de caráter geral; os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs), responsáveis pelo desenvolvimento da política pública nos Estados e pela fiscalização dos Centros Judiciários e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) que "executam" a política pública através do seus profissionais tais como conciliadores, mediadores, servidores do Poder Judiciário e demais pessoas que atuam nos centros.

O capítulo II da Resolução CNJ n. 125/2010 descreve as atribuições do Conselho Nacional de Justiça, como órgão responsável pela Política Judiciária Nacional cabe ao CNJ, nos termos do art. 6º:

> I – estabelecer diretrizes para implementação da política pública de tratamento adequado de conflitos a serem observadas pelos Tribunais; II – desenvolver conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias; III – providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento; IV – regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias; V – 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, de modo a assegurar que, nas Escolas da Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento; VI – estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios; VII – realizar gestão junto às empresas e às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade; VIII – atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência.

A referida Resolução dispõe, ainda, que é dever dos Tribunais criar Núcleos Permanentes de Solução de Conflitos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. A atuação dos Cejuscs se dá em três eixos, a saber: setor de solução pré-processual de conflitos; setor de solução processual de conflitos e setor de cidadania. Tais centros devem contar com profissionais capacitados, desde a fase de triagem, na identificação do método mais adequado, considerando as particularidades do caso concreto, até a redação de eventual acordo entre os interessados.

Goretti (2017, p. 209) pontua que:

> Da forma como foram estruturados pela Resolução nº 125/ 2010 do CNJ (art. 10), em setores de atendimento pré-processual, processual e de Cidadania, os Cejuscs

4. Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça

> devem funcionar sob a lógica dos Centros Multiportas norte-americanos, permitindo ao juiz coordenador trabalhar com diferentes métodos de prevenção e resolução dos conflitos.[5]

Buscar soluções pacíficas é um dos deveres do Poder Judiciário. Esse dever está consolidado na Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, e no Código Processo Civil (art. 3º). Para essa finalidade, foram estabelecidos fluxos e estruturas físicas com profissionais aptos a atender a população nos respectivos fóruns brasileiros. Nesse sentido, os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) são estruturas do Poder Judiciário que trabalham para desenvolver e executar ações na mediação e na conciliação em conflitos judicializados ou não.

Os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) realizam capacitações para magistrados, servidores, conciliadores e mediadores. São responsáveis pela instalação e fiscalização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejucs). Os Cejucs realizam as sessões de conciliação e o atendimento de cidadãos que possuem dúvidas e questões jurídicas.

Oportuno esclarecer que a Resolução nº 125 faz menção à utilização dos meios adequados de solução de conflitos, tais como a negociação, a conciliação, a mediação e arbitragem, através das câmaras privadas, isto é, fora do âmbito do Judiciário. Registre-se que os acordos celebrados pelas câmaras privadas possuem segurança e validade jurídica e constituem título executivo extrajudicial, de sorte que, caso as partes desejem, estas podem requerer a homologação do acordo firmado pelo Judiciário, ocasião em que este passará a ser um título executivo judicial.

A Resolução nº 125 contempla o chamado Sistema Multiportas. Trata-se de uma expressão cunhada por Frank Sander, na década de 1970 nos Estados Unidos. A expressão multiportas é empregada metaforicamente para designar várias portas ou vias de acesso à justiça, de forma que o usuário do sistema de justiça deve ser “encaminhado” para a via mais adequada conforme as particularidades do caso. O Sistema ou Justiça Multiportas possibilita ao indivíduo um maior protagonismo na tomada de decisões.

Inicialmente o Sistema Multiportas foi desenvolvido para ocorrer dentro da estrutura do Poder Judiciário. Atualmente, entendemos que o referido sistema se dá também na esfera privada, prova disso é o trabalho das Câmaras Privadas, as quais prestam papel de suma importância no manejo dos conflitos através da utilização de métodos como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Via de regra, as Câmaras Privadas possuem regulamentos próprios em que consta informações importantes como quadro de conciliadores, mediadores e árbitros, regras procedimentais, códigos de condutas, dentre outras informações. Na ausência de regulamento deve ser observado o disposto na Lei de Mediação.

Destacamos, ainda, a utilização de novas tecnologias como aliadas na resolução adequadas dos conflitos. A autocomposição eletrônica é realidade no Brasil, a exemplo da plataforma pública consumidor.gov, a qual permite a negociação direta entre consumidor e fornecedor de serviços, garantindo a celeridade e a transparência no gerenciamento de conflitos.

O site da plataforma consumidor.gov esclarece tratar-se de “um serviço público e gratuito que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução

5. GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: Juspodivm, 2017.

alternativa de conflitos de consumo pela internet. Ele não constitui um procedimento administrativo e não se confunde com o atendimento tradicional prestado pelos Órgãos de Defesa do Consumidor. Sendo assim, a utilização desse serviço pelos consumidores se dá sem prejuízo ao atendimento realizado pelos canais tradicionais de atendimento do Estado providos pelos Procons Estaduais e Municipais, Defensorias Públicas, Ministério Público e Juizados Especiais Cíveis".

Registre-se que o instituto da conciliação já é usualmente praticado há muito no Brasil, sobretudo com a edição da Lei nº 9099/1995, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais cíveis e criminais. A referida lei tem como princípios basilares a economia processual, celeridade, oralidade, informalidade. Tal lei conferiu destaque à conciliação como meio adequado para solucionar conflitos mais objetivos, no qual o fator relacionamento não seja importante. Na conciliação tem-se a participação de um terceiro imparcial, o conciliador, o qual estimula as partes a compor o litígio, através do consenso.

A mediação, por sua vez, apresenta-se como um método de solução de conflitos mais indicado para conflitos mais complexos, de múltiplas variedades, nos quais as partes ou interessados desejem manter o relacionamento e ou deseje que o relacionamento perdure no tempo. Pode ser objeto de mediação qualquer conflito que trate de direito disponível ou indisponível, desde que possa ser transacionado.

A mediação pode ocorrer dentro do âmbito do Poder Judiciário, denominada mediação judicial ou fora da estrutura do Judiciário, mediação privada. O instituto da mediação tem inúmeras vantagens dentre as quais podemos destacar a celeridade, a confidencialidade, menor desgaste, quer emocional, quer financeiro, além de preservar as relações.

Destacamos, ainda, a arbitragem como método de solução adequada de solução de conflitos para tratar de direitos patrimoniais disponíveis, sobretudo nos casos que requerem um maior especialidade técnica e expertise do julgador. Ademais, um dos traços distintivos da arbitragem é o sigilo, o que pode ser um diferencial na seara empresarial, além da celeridade, já que uma demanda submetida à arbitragem é julgada em até 180 dias, salvo disposição em contrário.

A arbitragem pode ocorrer antes da instauração do litígio, através da cláusula compromissória ou após a instauração do conflito mediante o compromisso arbitral.

Faz-se necessário esclarecer, por oportuno, que tais métodos de solução de conflitos não se subordinam à jurisdição estatal, tampouco se resumem a desafogar o Judiciário. Isso porque cada método tem sua particularidade e cumpre seu papel, conforme as peculiaridades e necessidades do caso concreto. Através da adoção de tais métodos estimula-se soluções criativas, notadamente no caso da mediação, a qual possibilita o ajuste de vontade das partes, conforme seus anseios e necessidades, através de soluções personalizadas, customizadas, conforme as especificidades das relações dos mediandos.

A Adoção de tais métodos contribui para a desjudicialização dos conflitos, isto é, para a resolução das demandas para além da estrutura do Poder Judiciário, além de contribuir sobremaneira para a pacificação social, através do empoderamento dos indivíduos e do exercício da autonomia da vontade das partes, além do controle das decisões. Trata-se de uma verdadeira mudança de cultura, da lógica adversarial e adjudicada à solução consensual, pautada no diálogo e na autonomia da vontade das partes.

Tal mudança é bem evidenciada no novo Código de Processo Civil, o qual conclama juízes, advogados, membros do Ministério Público e Defensores Públicos a

estimularem os meios consensuais de solução de conflitos. Ademais, o art. 190 do novel diploma prevê cláusula geral de negociação de forma a possibilitar que as partes possam estabelecer mudanças no procedimento, sobretudo com vistas a atender às peculiaridades da causa. Trata-se de grande inovação e que só fortalece a autonomia da vontade das partes, sem prejuízo de outros negócios jurídicos processuais típicos como a fixação de calendário processual, a suspensão consensual do processo, dentre outros.

A Lei nº 13.140 de 2015, Lei de Mediação, por sua vez, trata da mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. A referida lei traz em seu bojo os princípios informadores da mediação, dentre os quais destacamos a imparcialidade do mediador, isonomia das partes, informalidade, busca do consenso e confidencialidade. Ainda, estabelece os critérios para a mediação extrajudicial e judicial, bem como as regras procedimentais. A referida Lei tem um capítulo destinado à autocomposição de conflitos na Administração Pública.

3. OS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

Como já esposado, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça representou um importante avanço na disseminação dos meios adequados de solução de conflitos, ampliando o acesso à justiça, no âmbito formal e material, dando concretude aos anseios e necessidades de todos aqueles que buscam o sistema de justiça, especialmente do ponto de vista da efetividade, principio tão caro aos que anseiam pela justiça.

Por meio do incentivo aos meios consensuais de conflitos devolve-se às partes o poder de decidir suas contendas, de forma célere, com menor desgaste financeiro e emocional. Nesse diapasão merece relevo o instituto da mediação, notadamente pelo fato de que através desse instituto empodera-se os envolvidos no conflito a tomarem para si a decisão de resolverem seus destinos, através da busca do consenso e do diálogo.

Não podemos olvidar que toda essa Política Judiciária desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça e pelos Tribunais é contínua, requerendo qualificação e aperfeiçoamento constante com vistas a atingir os propósitos e metas almejados. Trata-se de um esforço concentrado de todos esses entes a adotarem “novas práticas”, abandonando a visão tradicional e estanque, cedendo espaço para formas plurais de resolução e manejo de conflitos.

Pontuamos, ainda, a edição das Leis nº 13.105 (Código de Processo Civil) e 13.140 (Lei da Mediação) as quais passaram a normatizar institutos importantes tais como a conciliação e a mediação, sem prejuízos dos negócios jurídicos processuais atípicos.

É importante reforçar que já logramos resultados bastante positivos nessa Política Judiciária, porém, há que se ter em mente que para um sucesso maior e eficaz da mesma faz-se necessário um maior engajamento da sociedade como um todo, o que perpassa por uma mudança de paradigma de cultura sobretudo em relação ao ensino jurídico no sentido de fomentar profissionais preparados para serem gestores de conflitos e não meros técnicos processuais.

Nesse particular, tem-se a Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018 da Câmara de Educação Superior. A referida Resolução instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de graduação em Direito.

Merece atenção o art. 3º da referida Resolução, o qual prevê que o graduando do Curso de Direito deverá dominar as formas consensuais de composição de conflitos, senão vejamos:

> Art.3 º 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 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. Parágrafo único. Os planos de ensino do curso devem demonstrar como contribuirão para a adequada formação do graduando em face do perfil almejado pelo curso. (grifos nossos).

O art. 4º da referida Resolução, por sua vez, prevê que o curso de Direito deverá possibilitar a formação de competências, de modo que o acadêmico seja capaz de compreender e aplicar os conhecimentos.

> 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:
> IV - dominar instrumentos da metodologia jurídica, sendo capaz de compreender e aplicar conceitos, estruturas e racionalidades fundamentais ao exercício do Direito;

A mencionada Resolução, em seu art. 5º, faz menção ao desenvolvimento de atividades formativas, tanto no que concerne à formação geral como também à formação técnico jurídica:

> 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:
> I - Formação geral, que tem por objetivo oferecer ao graduando os elementos fundamentais do Direito, em diálogo com as demais expressões do conhecimento filosófico e humanístico, das ciências sociais e das novas tecnologias da informação, abrangendo estudos que, em atenção ao PPC, envolvam saberes de outras áreas formativas, tais como: Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia;
> 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**; (grifos nossos).

Dentre as atividades formativas destacamos as formas consensuais de solução de conflitos. Nesse particular, resta evidente o estímulo a soluções extrajudiciais, em consonância com o movimento da desjudicialização.

Outra importante diretriz diz respeito à prática jurídica, a qual deve incluir práticas que proporcionem a solução consensual como se pode observar no art. 6º da Resolução retromencionada.

> Art. 6º A Prática Jurídica é componente curricular obrigatório, indispensável à consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização.
> § 6º A regulamentação e o planejamento das atividades de prática jurídica incluirão práticas de resolução consensual de conflitos e práticas de tutela coletiva, bem como a prática do processo judicial eletrônico.

Por todo o exposto entendemos que a reformulação no ensino jurídico é medida que se impõe, sobretudo com o propósito de formar profissionais mais atentos às necessidades das partes, além de promover a pacificação social.

Não podemos olvidar que a sociedade tem passado por grandes transformações, especialmente no que diz respeito à revolução digital. Como bem observa Ricardo Goretti (2019,p. 41):

> "É nesse contexto de transformações que o papel da Ciência do Direito passa a ser cada vez mais questionado, especialmente no que diz respeito à[6] utilidade do conhecimento jurídico para a vida líquido-moderna. Se muitas verdades e soluções clássicas do passado já não servem para explicar ou resolver problemas do presente, com maior razão, não se prestarão ao enfrentamento dos acontecimentos que nos reservam um futuro incerto. Nesse sentido, é necessário que o profissional do Direito esteja preparado para saber agir localmente, superando obstáculos e aproveitando as oportunidades conferidas em contextos profissionais reformulados."

Importante pontuar que o Ministério da Educação – MEC através da Portaria 1.351/2018 passou a exigir que as instituições de ensino superior públicas e privadas ofereçam formação técnico-jurídicas e prática jurídicas de resolução consensual de conflitos, tais como conciliação, mediação e arbitragem.

A iniciativa atende a uma provocação conjunta do Conselho Nacional de Justiça - CNJ e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, além de estar alinhada à Resolução 125/2010 do CNJ. Passará a ser obrigatória em todo território brasileiro as disciplinas que tratam de conciliação, mediação e arbitragem.

Entendemos que o ensino jurídico deve estar em consonância com esta nova realidade que se descortina, de sorte que os alunos devem estar preparados para a transição da cultura da litigância para a cultura da solução consensual, além de estar atento às transformações de ordem tecnológicas, como por exemplo, o uso da inteligência artificial.

Nesse sentir, o ambiente acadêmico deve ser permeado não só pelas capacitações técnicas, como também pelo desenvolvimento de competências e habilidades pessoais, tais como habilidades de gestão de conflitos, inteligência emocional, negociação, resolução de problemas complexos, dentre outras. Assim, cada vez mais, deve-se incentivar a adoção dos métodos adequados de solução de conflitos como forma de propiciar aos alunos a superação da ideia de que somente o Poder Judiciário se apresenta como modelo de resolução de disputas.

Os Núcleos de Práticas Jurídicas têm especial relevo no desenvolvimento de tais competências e habilidades, isso porque são nesses núcleos que os acadêmicos

6. Goretti, R. (2019). Gestão Adequada de conflitos. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

vivenciam suas primeiras experiências práticas, desde a triagem até o acompanhamento de processos. Nos termos da já citada Resolução nº 05 tais Núcleos se destinam, ainda, a propiciar a prática das resoluções de conflitos.

Algumas carreiras públicas como a magistratura, Defensoria Pública e Ministério Público, por exemplo, já contemplam em seus editais assuntos como Teoria do conflito e os mecanismos autocompositivos; Técnicas de negociação e mediação; Procedimentos; posturas, Teoria dos Jogos; Fundamentos de negociação; Panorama da Mediação, dentre outas.

Neste cenário destaca-se, outrossim, a importância dos advogados na disseminação e utilização do sistema multiportas. Os advogados têm o dever de orientar seus clientes sobre as várias possibilidades de resolução de controvérsias. A atuação do advogado é de extrema importância no auxílio à identificação dos reais interesses das partes e na maximização de resultados, propiciando maior segurança e confiança aos clientes. A opção pelos meios adequados de solução de conflitos revela-se bastante vantajosa tendo em vista a celeridade eficiência, menor desgaste emocional e menor custo financeiro.

Recentemente, o Conselho Federal da OAB publicou o provimento 196/20, segundo o qual reconhece expressamente a atividade de advogados que atuam como conciliadores, mediadores, árbitros ou pareceristas, senão vejamos:

> Art. 1º Constitui atividade advocatícia, para todos os fins, a atuação de advogados como conciliadores ou mediadores, nos termos da Lei n. 13.140/2015, ou árbitros, nos moldes preconizados pela Lei n. 9.307/1996.
> § 1º A atuação de advogados como conciliadores, mediadores, árbitros ou pareceristas e no testemunho (expert witness) ou no assessoramento às partes em arbitragem não desconfigura a atividade advocatícia por eles prestada exclusivamente no âmbito das sociedades individuais de advocacia ou das sociedades de advogados das quais figurem como sócios.
> § 2º A remuneração pela prática da atividade referida no caput tem natureza de honorários advocatícios e pode ser recebida pelos advogados como pessoas físicas ou pelas sociedades das quais sejam sócios.

À luz das considerações descritas entendemos que diante do cenário atual da sociedade, marcada pela dinamicidade, o ensino jurídico deve ser reformulado para ir ao encontro dos anseios sociais. De fato, é inegável que já avançamos muito nos últimos anos, entretanto, há que se ter em mente que essa reinvenção do ensino deve ser incessante, isso porque os profissionais da área jurídica precisam se preparar para as incertezas e a complexidade das relações, sendo imprescindível hoje equilibrar a relação entre o homem e a tecnologia.

Nesse particular, os operadores do Direito precisam se apropriar de competências e habilidades no trato com as pessoas no sentido de humanizar o processo, acolher as partes, auxiliar as partes a identificarem seus reais interesses, necessidades, prioridades, tendo a lei como mais uma ferramenta e não como um fim em si mesma. O ensino jurídico, portanto, deixa de ter um conteúdo limitado à regras e procedimentos numa visão simplista e passa a ter uma visão sistêmica voltada para a resolução de problemas complexos, com foco nas pessoas e nas relações.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto conclui-se que por muito tempo o Poder Judiciário ocupou lugar de destaque no cenário da resolução de controvérsias. Isso porque, culturalmente, as pessoas têm a tendência de submeter toda e qualquer demanda ao crivo do Judiciário. Entretanto, todo esse protagonismo contribuiu para a judicialização excessiva e, por via de consequência, um Judiciário deficiente e incapaz de dar respostas efetivas à sociedade.

Neste contexto surgiu a necessidade de "desenhar" um novo modelo que fosse capaz de ampliar o conceito de acesso à justiça para além da jurisdição estatal, de forma tempestiva e justa do ponto de vista dos usuários do sistema de justiça. Nesse diapasão, a Política Judiciária de Solução Adequada de Conflitos representou um importante avanço no cenário da desjudicialização ao contemplar várias "portas" de acesso à justiça, tais como a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Através da incorporação de tal Política Judiciária foi possível ampliar as possibilidades de resolução de conflitos, contribuindo, ainda, nesse particular para uma nova proposta de ensino do Curso de Direito, mais consentânea com o mundo moderno e, consequentemente, trilhando para um caminho de pacificação social.

Foi possível depreender, ainda, que, conforme a exigência do Ministério da Educação - MEC, instituída pela Portaria 1.351/2018, as instituições de ensino superior públicas e privadas devem oferecer formação técnico-jurídicas e prática jurídicas de resolução consensual de conflitos, tais como conciliação, mediação e arbitragem.

Por fim, entendemos que o ensino jurídico vem sendo reformulado com o objetivo de albergar não só as habilidades profissionais ou curriculares, como também o desenvolvimento de competências e habilidades pessoais, entre as quais destacamos a habilidade de gestão de conflitos e da solução consensual. Destacamos, ainda, que os Núcleos de Práticas Jurídicas desempenham papel importante no desenvolvimento de tais competências e habilidades ao oportunizarem aos acadêmicos as primeiras experiências práticas, desde a triagem até o acompanhamento de processos, além de outros métodos de solução de conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, T.; PELAJO, S., JONATHAN, E. (coord.) (2016). **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Juspodivm

AZEVEDO, A. G. (2013). **Manual de mediação judicial**. 4 ed. Brasília: Ministério da Justiça e programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

BACELLAR, R. P. (2012). **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva.

BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

_____ (2015a). **Lei nº 13.105**, de 16 de março, que decreta o novo Código de Processo Civil. Brasília, 16 de março de 2015. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivIl_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

_____ (2015b). **Lei nº 13.140**, de 26 de junho, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, 26 de junho de 2015. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 23 out. de 2020.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125**, de 29 de novembro de 2010.Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156 Acesso em 23 out. de 2020.

_____. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, que d**ispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289 . Acesso em 23 out. de 2020.

_____. **Resolução CNE/CES nº 5**, 17 de dezembro de 2018**, que** institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em http://portal.mec.gov.br/docman/dezembro-2018-pdf/104111-rces005-18/file . Acesso em 23 out. de 2020.
CAPPELLETTI, M. (1988). **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

GASTALDI, S. **As ondas renovatórias de acesso à justiça sob enfoque dos interesses metaindividuais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3817, 13 dez. 2013. Recuperado de https://jus.com.br/artigos/26143

GONZÁLES, J. M. F. **Material da Disciplina Técnicas de Resolução de Conflitos e Negociação do Mestrado em Resolução de Conflitos do Mestrado em Resolução de Conflitos e Mediação**. FUNIBER, 2016.

GORETTI, R. (2016). **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: Juspodivm.Mancuso, R. C. (2015). Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2 ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____. (2019). **Gestão Adequada de conflitos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

HALE, D., PINHO, H. D. B; CABRAL, T. N. X. (2016). **O marco legal da mediação no Brasil**. São Paulo: Atlas.

LEAL, Macela Nunes. **Mediação como mudança de paradigma rumo à desjudicialização dos conflitos**. In: *Proceedings* do Encontro de administração da Justiça 2019. 25 de out de 2019. Brasília: 2019.
NUNES, J. R. (2017). A **importância da mediação e da conciliação para o acesso à justiça**: uma análise à luz do Novo CPC. Rio de Janeiro: Lumen Juris.Oliveira Neto, E. S. (2016). Fundamentos do acesso à Justiça: conteúdo e alcance da garantia fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

PANTOJA, F. M., ALMEIDA, D. A. R. e PELAJO, S. (2016). **A mediação no novo Código de Processo Civil**. Saraiva.

SANTANNA, A. C. S. (2015). **O princípio da inafastabilidade da jurisdição e resolução de conflitos**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mond.

VASCONCELOS, C. E. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MÉTODO AUTOCOMPOSITIVO EM MATÉRIA PENAL

Luanjir Luna da Silva[1]

Resumo: Neste artigo foi explorada a prática da justiça restaurativa, tendo como objetos de análise sua conceituação, os princípios estabelecidos nos projetos de lei e a forma de regulamentação no Brasil e no Mundo. Por conseguinte, em meio ao tema foi possível concluir que a justiça restaurativa tem o viés trazer maior autonomia aos envolvidos em uma lide criminal, seja o ofensor, o afetado ou até mesmo a comunidade local, possibilitando maior eficácia no que se refere a resolução do problema. Além disso, apesar de ser uma prática ainda pouco utilizada, foi possível encontrar sua inserção na regulamentação colombiana e, no plano nacional, foi verificada a possibilidade de se tornar matéria positivada com o advento da reforma do *Código de Processo Penal* brasileiro. Desta feita, a finalidade desse estudo foi demonstrar a prática restaurativa e abordagens que envolvem os métodos autocompositivos na esfera penal. Sua regulamentação necessita ainda ser elaborada com os devidos critérios para possibilitar maior eficiência na aplicação da técnica, ou seja, deve-se definir quem pode participar, quais profissionais são responsáveis pela condução do método e os resultados esperados.

Palavras-chave: Autocomposição. Justiça Restaurativa. Sociedade. Esfera penal. Projeto de Lei.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo definir e abordar a forma de inserção da Justiça Restaurativa no Direito brasileiro, tendo em vista o fomento da prática no Mundo, em consonância com o avanço do Direito frente ao contexto social, que corrobora cada vez mais em proporcionar soluções eficazes aos conflitos de interesses. Dessa forma, pontua-se a eficácia dos métodos autocompositivos no âmbito do Direito Civil sendo possível moldar essas técnicas com o intuito de atender outras matérias do Direito, como por exemplo, o Direito Penal que está relacionado com as mazelas sociais que ocasionam os delitos.

No decurso da explicação deste artigo, é notável que a estrutura já formada no que se refere a Justiça Restaurativa, demonstra que a prática irá ocasionar o progresso de conceitos morais, como por exemplo, a busca pelo diálogo para resolução de problemas, e não mais uma justiça punitiva que por consequência muitas das vezes, não atendem os anseios do ofendido, do ofensor e nem se quer da comunidade afetada pelo ato delituoso. Tal busca pelo diálogo, visa estruturar os laços sociais com o objetivo de pacificação.

Destarte, é importante frisar que esse tema está em compasso com o cenário compositivo atual e tende a resultar em inúmeros benefícios para a sociedade. Tal objetivo, dentre os materiais já existentes, foi exposto pela Organização das Nações Unidas na resolução 12/2002, ao destacar que a prática restaurativa busca integrar a sociedade de forma a atender seus anseios por meio da comunicação:

> “Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo, que incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas, e a devida responsabilidade das partes, bem como promover a integração da vítima e do ofensor.”

Sendo assim, se torna notória a busca pelo benefício social, por meio da composição comunicativa que engloba a finalidade do Direito Penal de reintegrar o

1. Acadêmico de Direito do Centro Universitário Una, Belo Horizonte – Unidade Barreiro. Estagiário do TJMG. Conciliador Judicial cadastrado no CNJ. E-mail: luanjir@hotmail.com

indivíduo, denominado ofensor, a sociedade. Ou seja, o incentivo para que esse indivíduo, juntamente, com a participação da sociedade, possa além de retornar ao convívio com seus semelhantes, não volte a cometer tais ofensas, para tanto, reforço a importância de uma sociedade participativa, pois com os anseios supridos, tanto quem ofendeu, como quem foi ofendido, passam a sentir o sentimento de justiça.

1. EXISTE AUTOCOMPOSIÇÃO NA ESFERA PENAL?

Com o desenvolvimento das técnicas e aplicação dos meios autocompositivos, surge a dúvida se há determinadas áreas no Direito que necessitam, de forma absoluta, do método tradicional jurisdicional, em que duas ou mais partes esperam do Poder Judiciário uma resposta para a lide por intermédio de um juiz.

No âmbito do Processo Civil já se tornou obrigatória a realização da audiência de conciliação ou mediação, salvo quando ambas as partes manifestam desinteresse ou se tratar de direito não transacional. Porém, surge a dúvida: “E na esfera criminal?”. Tal questionamento é pertinente, uma vez que a autocomposição, possibilitou maior eficácia nos procedimentos que se submeteram a esse tipo de técnica, de modo que, quanto maior a participação das partes na resolução do conflito, maior a possibilidade de satisfação com o resultado construído.

Observando o avanço na autocomposição, surge no Direito Penal a possibilidade de aplicação da chamada *Justiça Restaurativa* ou *Mediação Restaurativa*, que visa trazer maior autonomia aos envolvidos em uma lide criminal para que possam resolver de maneira conjunta o conflito. Diante dessa possibilidade, surgem diversas dúvidas acerca da aplicação e efetividade do método, uma vez que a esfera criminal pode contar com ofensas físicas, morais, patrimoniais e psicológicas, que são irreparáveis muitas das vezes, e justamente por se tratar de questões tão íntimas, é importante que a parte se sinta vista e possa estar presente na reparação do dano.

Vale lembrar que, a prática restaurativa não se trata de um retrocesso a chamada “vingança privada”, na qual sujeito passivo, principalmente, no século XIII a.C., detinha o direito de revidar uma ofensa recebida, sem qualquer limitação na época em que vigorava o Código de Hamurabi. Destarte, essa metodologia permite que o poder de punir do Estado – *Jus Puniendi* -, esteja em sinergia com os sujeitos do conflito criminal e estes possam participar de uma resolução, que traga por consequência, a ressocialização do infrator e o sentimento de reparação da vítima.

Nesse sentido, é interessante que ocorra um interesse sinérgico dos cidadãos e dos Poderes da União, pois é de suma importância que tal metodologia passe uma regulamentação assertiva, a fim de criar incentivos sociais para sua utilização. Uma vez que, a autocomposição implementada no Direito Civil se mostrou bastante eficaz e perpetuar essa técnica em outra matéria jurídica, observando suas diferenças, tende a trazer gloriosos frutos ao sistema jurídico.

2. O QUE É JUSTIÇA RESTAURATIVA E COMO FUNCIONA?

Por se tratar de um assunto novo e pouco explorado, não é possível ainda definir a Justiça Restaurativa de forma irrefutável, o que não impede de se vislumbrar questões básicas acerca do método. Segundo *Carlos Vasconcelos* (2008, p.125) se trata de um método que possibilita maior atuação e autonomia do ofendido e do ofensor, bem como a comunidade local, dispondo que:

> "A justiça restaurativa tem como paradigmas o protagonismo voluntário da vítima, do ofensor, da comunidade afetada, como a colaboração de mediadores, a autonomia responsável e não hierarquizada dos participantes e a complementaridade em relação à estrutura burocrática oficial, com respeito aos princípios de ordem pública do Estado Democrático de Direito."

Portanto, a justiça restaurativa funciona de modo que os envolvidos afetados pelo crime, possam de forma conjunta e ativa tratarem do problema, ou seja, deixam de ser meros telespectadores aguardando a resolução feita pelo Estado e se tornam protagonistas da própria solução. Nessa conformidade, compõem um acordo restaurativo no qual haja proporcionalidade entre o delito e o dever a ser cumprido pelo ofensor.

A prática geralmente é realizada em um círculo que tenha o ofensor, o ofendido e/ou pessoas da comunidade afetada, acompanhados de um terceiro, denominado mediador, que busca estabelecer o diálogo observando os interesses das partes presentes. A finalidade e propósito desse círculo, é que ao final as partes se sintam compreendidas e satisfeitas com a resolução, de forma que é considerado um método que traz mais humanidade e eficiência à chamada Justiça Penal, conforme dispõe *Carlos Vasconcelos* (2008, p. 126):

> "A finalidade institucional situa a Justiça Restaurativa como um instrumento de aperfeiçoamento do funcionamento da justiça formal. Nesse sentido, a *JR* representaria um aprimoramento institucional dos órgãos estatais na tarefa de lidar como o ato infracional, significando um acréscimo de eficiência e de humanidade à Justiça Penal."

Deve-se observar que a justiça restaurativa mesmo sendo um método autocompositivo não deve ser considerada paralela à justiça comum ou direcionada a corrigi-la, apesar de não fazer distinção em razão da natureza do delito. Desta feita, é importante observar que, sob o olhar da Justiça Restaurativa, os delitos considerados mais simples e de menor potencial ofensivo não deveriam ser apreciados pelo Poder Judiciário, segundo *Carlos Vasconcelos* (2008, p. 130). Com isso, o autor traz à baila o entendimento de que, tais delitos podem ser resolvidos de forma harmoniosa entre as partes, sem a necessidade de apreciação e punição estatal, que é tida como severa, ou até mesmo desproporcional.

No que tange a solução, é importante frisar que quando as partes firmam um acordo restaurativo e esse é cumprido, como o ressarcimento de um bem, por exemplo, se o ofensor estiver respondendo criminalmente pelo delito, o processo será extinto, como ocorre na 4ª Vara da Infância e Juventude de Fortaleza[2].

3. RESOLUÇÃO 2002/12 DA ONU

A Organização das Nações Unidas dispõe na resolução 2002/12 acerca dos chamados "*Princípios Básicos para Utilização de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal*", em que descreve sobre o significado de justiça restaurativa, modelo de aplicação e os objetivos à serem alcançados, dentre tais conteúdos, especifica a importância da assistência jurídica e da confidencialidade, que em regra, deve prevalecer, bem como a supervisão de execução dos acordos realizados. Ademais, é importante frisar o que se tem por conceito de justiça restaurativa para a resolução, sendo:

2. TJCE EM PODCAST: **#9 – Justiça Restaurativa. Entrevistadora***:* Manu Nery e Karine Holanda Entrevistado: Juiz Francisco Jaime Medeiros Neto. [S. l.] 27 fev. 2020.

> “2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles)”.

A resolução também trata acerca das formas de utilização do programa de justiça restaurativa, em que o procedimento pode ser utilizado em qualquer estágio de justiça criminal, mas que somente nos casos em que houver provas suficientes para que a denúncia possa ser feita ao ofensor, além da necessidade de haver consentimento das partes, no que se refere aos fatos basilares do ilícito cometido.

> “7. Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais.”

Nesse sentido, também traz em seu conteúdo a importância da participação dos Estados Membros, por meio de políticas que possibilitem maior alcance da prática, o que possibilitará maior contato dos estudiosos de ciências jurídicas e sociais, para colaborar com obras que por consequência irão instruir os cidadãos acerca dessa possibilidade. Com isso, será possível obter maior aceitação e compreensão social no que se refere a justiça restaurativa e seus objetivos. Para isso, é necessário estimular a sociedade civil, a participar de debates sobre o tema e avaliar de forma construtiva, pois sendo um dos objetivos o alcance dos anseios sociais, nada mais importante que a participação dos próprios indivíduos na regulamentação, definição da prática e sua materialização.

Ademais, a resolução conta com uma cláusula de ressalva que quando analisada de forma extensiva, é possível compreender a busca da justiça restaurativa em operar com sinergia e interdisciplinaridade com as normas jurídicas já estabelecidas, visando garantir direitos e não tornar a experiência autocompositiva algo abstrato para a vítima, o ofensor e a sociedade. Tal item descreve que:

> “V. Cláusula de Ressalva
> 23. Nada que conste desses princípios básicos deverá afetar quaisquer direitos de um ofensor ou uma vítima que tenham sido estabelecidos no Direito Nacional e Internacional.”

Sendo assim, a justiça restaurativa é uma forma de resolução de conflitos que auxilia a sociedade na resposta de atos delitivos, possibilitando a compreensão do ofensor e do ofendido acerca das circunstâncias do problema, de forma que se perpetua a ideia de pacificação social frente às desigualdades sociais. Além do mais, essa metodologia permite as partes serem protagonistas na resolução do conflito, possibilitando maior efetividade na solução do problema e materializando a ideia de justiça, tanto do ofendido que será ressarcido na medida dos seus anseios, quanto do ofensor que deverá responder pelos seus atos de forma proporcional.

4. DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL E NO MUNDO

Inicialmente, tem-se como precursor o Projeto de Lei nº 7.006, de 2006, que tinha o objetivo principal regulamentar a Justiça Restaurativa no Brasil, por meio de alterações no Código Penal, Código de Processo Penal e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Tal proposta, dispunha acerca do significado da prática, quais agentes estariam envolvidos, o objetivo de suprir necessidades individuais e coletivas por intermédio do acordo firmado, a participação do Judiciário e do Ministério Público, local e forma sob a qual irá ocorrer a prática, bem como, reflexos no inquérito policial e na ação penal.

Já no ano de 2010, se iniciou a proposta de alteração do Código de Processo Penal pelo Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, que no ano de 2016, devido a correlação das matérias, foi determinada a apensamento do PL nº 7.006, de 2006 ao PL nº 8.045, de 2010, de forma que foi incluída a parte “DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PENAL” no “CAPÍTULO II” que tem início no artigo 106 do referido projeto.

No seguimento, é possível observar a importância da regulamentação da Justiça Restaurativa, que já no artigo 106, é notável que a aplicação da prática tem como objetivos a redução da reincidência penal, maior reintegração do infrator e promoção da indenização a vítima, não obstante, o caput do artigo 107 dispõe os princípios que regem a matéria autocompositiva, da seguinte forma:

> “Art. 107. São princípios que orientam a justiça restaurativa a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento das necessidades, o diálogo, a igualdade, a informalidade, a extrajudicialidade, a voluntariedade, a participação, o sigilo e a confidencialidade.”

Desta feita, observa-se que os princípios que integram a Justiça Restaurativa são interligados para maior eficácia do método, além de visa, a maior autonomia das partes, quando dispõe sobre extrajudicialidade, a participação e o diálogo. Porém, vale ressalvar que os princípios devem ser utilizados com sinergia, pois conforme explica *Carlos Vasconcelos* (2008, p. 105) que não existe hierarquia de utilização principiológica, e sim a necessidade de ponderar o uso de acordo com o caso concreto e seus diferentes planos.

Ademais, apesar dos períodos históricos em que havia características semelhantes às da Justiça Restaurativa, isto é, na época da vingança privada, seus atributos não tinham alinhamento com a prática, principalmente, no que tange ao atendimento das necessidades e finalidades sociais. Nesse aspecto, tem-se que as práticas restaurativas tiveram surgimento na Nova Zelândia, nos moldes semelhantes aos atuais, e tiveram maior ênfase no ano de 1970, e atualmente a no referido país, o tribunal é considerada a última opção para punição por crimes, ou seja, a justiça restaurativa é o meio mais utilizado, de forma que se assemelha ao princípio da *ultima ratio*, em que a intervenção estatal deve ser mínima.

O método também foi aplicado no Estados Unidos, pelo Instituto para Mediação e Resolução do Conflito (IMCR) em 1970. No ano de 1976, o Canadá criou o Centro de Justiça Restaurativa Comunitária de Victória e até mesmo Nova Gales do Sul. Em 1980, o Canadá estabeleceu três Centros de Justiça Comunitária. Seguindo essa linha de raciocínio podemos observar que bem próximo ao Brasil, a Colômbia instaurou em sua Constituição (Constitución Política de Colombia) ideais relacionados a Justiça Restaurativa, sendo mais específico no artigo 250 nos itens 6 e 7:

> “Artículo 250. (...)

> 6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, **lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.**
> 7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, **la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa."**[3]

De mesmo modo, foi tratado no artigo 518 do Código de Processo Penal Colombiano (Código de Procedimiento Penal), da seguinte forma:

> "Artículo 518. Definiciones. Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador. Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad."[4]

Em suma, é notório o anseio mundial em utilizar técnicas para resolver conflitos em matéria penal, mas, ainda há muito trabalho a ser feito e problemáticas à serem resolvidas, como o fato de ainda não existir uma definição que delimite as fronteiras de atuação da justiça restaurativa. No entanto, as previsões, principalmente, no que diz respeito ao Brasil, são positivas com a possibilidade de aprovação da reforma do Código de Processo Penal, que trará maior vigor a técnica, assim como ocorreu com a Conciliação e Mediação instituídas no Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

Nesse artigo foi analisado o método autocompositivo denominado Justiça Restaurativa, prática que demonstrou ser capaz de atender o anseio social por "justiça" nas chamadas lides penais.

Foi destacado que não se trata de uma justiça retributiva com finalidade de vingança, mas sim de uma justiça acolhedora, que visa os anseios dos envolvidos com o intuito de construir-se uma sociedade mais evoluída por meio do diálogo. Nesse sentido, foi feita uma análise evolutiva da prática em meio a doutrina e as regulamentações que se encontram em projeto legislativo no Brasil, assim como as disposições já estabelecidas na legislação comparada, a saber, na Constituição colombiana, por exemplo.

Outrossim, são notórios, os bons resultados conquistados pela autocomposição, nas audiências mediação e conciliação do Direito Civil, porém, a sociedade ainda precisa de mais incentivos para o diálogo, visto que são anos de prevalência da chamada "justiça

3. "Artigo 250. (...)
6. Solicitar perante o juiz de primeira instância as medidas judiciais necessárias para assistir as vítimas, bem como ordenar a restauração do direito e a reparação integral aos afetados pelo crime.
7. Garantir a proteção das vítimas, júris, testemunhas e demais intervenientes no processo penal, a lei estabelecerá os termos em que as vítimas podem intervir no processo penal e nos mecanismos de justiça restaurativa. "
4. "Artigo 518. Definições. Entende-se por programa de justiça restaurativa qualquer processo em que a vítima e o acusado, acusado ou condenado participem ativamente na resolução de questões derivadas do crime em busca de um resultado restaurativo, com ou sem a participação de um facilitador. Entende-se por resultado restaurativo o acordo que visa atender às necessidades e responsabilidades individuais e coletivas das partes e conseguir a reintegração da vítima e do agressor na comunidade em busca de reparação, restituição e serviço comunitário ".

comum", na qual a decisão de um terceiro acaba tendo maior receptividade entre os envolvidos.

Desta feita, cabe aos estudiosos do Direito, sendo esses os estudantes, advogados, juízes, bem como membros de cadeiras legislativas, trazer incentivos para adoção das práticas autocompositivas, uma vez que a sociedade precisa conhecer mais sobre esse tema que tem maior possibilidade de atender seus anseios.

Logo, se torna impreterível a divulgação nos veículos de comunicação, assim como a regulamentação, como ocorreu com o *Novo Código de Processo Civil* que instaurou a necessidade das audiências de mediação e conciliação. Contudo, é notável a eficácia quando aplicados os novos métodos de soluções de conflitos tratados nesse contexto, de forma que se materializa o acesso à justiça, de forma extraprocessual e democrática, ocasionando a fortificação dos laços e da pacificação social e reduzindo as injustiças resultantes de um sistema que, muitas vezes, poderá se demonstrar arbitrário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Comissão de Legislação Participativa. **Projeto de Lei nº 7.006, de 2006**: Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=397016&f. Acesso em: 23 abr. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8.045, de 2010**: Que trata do "Código de Processo Penal" (revoga o decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), e apensados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776. Acesso em: 23 abr. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 7006/2006**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785. Acesso em: 23 abr. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 8045/2010**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263. Acesso em: 23 abr. 2020.

COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia 1991**: Actualizada com los Actos Legislativos a 2016. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf

COLOMBIA**. Ley 906 de 2004**: Código de Procedimiento Penalonstitución. Disponível em: https://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Ley_906_2004.pdf

JACCOUD, Mylène. **Princípios, tendência e procedimentos que cercam a justiça restaurativa.** In: Slakmon, C.; de Vito, R.; Gomes Pinto, R. (org.). *Justiça restaurativa.* Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. P. 179.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Criança e Adolescente**. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1711.html. Acesso em: 23 abr. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Resolução 2002/12 da ONU**. Disponível em: http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf. Acesso em: 5 mar. 2020.

TJCE EM PODCAST: **#9 – Justiça Restaurativa. Entrevistadora***:* Manu Nery e Karine Holanda Entrevistado: Juiz Francisco Jaime Medeiros Neto. [S. l.] 27 fev. 2020. Podcast. Disponível em: https://www.tjce.jus.br/institucional/tjce-em-podcast/. Acesso em: 07 mar. 2020.

VASCONCELOS, de, C. E. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas***:* Modelos, Processos, Ética e Aplicações. São Paulo: Método, 2008.

O DIREITO À EDUCAÇÃO E SUAS PERSPECTIVAS DE EFETIVIDADE NO CONTEXTO DE PANDEMIA

Lucas Rocha Silva[1]

Resumo: O presente artigo tem como objetivo discutir a efetividade e consequentemente a qualidade da educação oferecida em um contexto de pandemia, a qual diversos gestores educacionais implementaram programas de educação a distância por conta do distanciamento social. Buscou-se identificar a possibilidade de utilização dessas medidas em um país cercado de desigualdades sociais, econômicas e culturais e principalmente de acesso à internet e equipamentos de Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC).

Palavras chaves: Direito à Educação. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Sars-cov2.

INTRODUÇÃO

O direito à educação, de forma expressa, encontra-se inserido no artigo 6º da Constituição Federal, constituindo o rol de direitos sociais, que tem, entre suas características básicas, a necessidade de prestação estatal para sua efetivação. Além de sua aplicabilidade imediata, a carta constitucional destina esse direito a todos os cidadãos, devendo o Estado e a família garantir de forma digna, gratuita, pública e de qualidade. Esta garantia fundamental é resultado da concepção democrática do Estado de Direito brasileiro, consoante ao princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III, artigo 1ª), e os objetivos da nação (art. 3º).

Com o surgimento da pandemia do Sars-cov2 (covid-19), observou-se a necessidade de adaptação na metodologia educacional no Brasil. Em âmbito normativo-administrativo, surgiram diversas medidas tanto federais como estaduais para enfrentar a eminente crise educacional, uma vez que, com a implementação de medidas de distanciamento social para a redução da curva de contágios, muitos alunos não poderiam continuar tendo aulas presenciais e consequentemente ir para as escolas. Grande parte das medidas tentou implementar programas de educação à distância, com a utilização de plataformas na internet, televisão e de rádio comunicação.

Contudo, conforme a última pesquisa TIC domicílio, realizada pelo CGI.br (Conselho Gestor da Internet no Brasil), mais de 30% das casas sequer têm conexão à rede mundial de computadores (internet). Quando se recorta a pesquisa, famílias que se encontram nas classes econômicas D/E sobe para 60%.

Consonante o mesmo estudo, 91% dos domicílios da classe D/E não possuem um aparelho de computador.[2] Com estas considerações preliminares, este artigo se debruçará no questionamento de como manter uma educação de qualidade a todos, em um país cercado de desigualdades sociais, econômicas e culturais.

1. A EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E UM MEIO DE MITIGAÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL

1. Graduando em Direito no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; Estagiário jurídico no escritório Sergio Bermudes Advogados; Membro permanente do Observatório de Direitos Humanos do IDP; Ex monitor de pesquisa na Organização dos Estados Ibero-Americanos (OEI). E-mail: lucasrocha.law@gmail.com.

2. CGI. Pesquisa TIC domicílios. Disponível em: https://www.cetic.br/pesquisa/domicilios/ acessado dia 08.05.2020

É necessário elencar que o Brasil constitui um Estado Social de Direito de inspiração democrática por imposição constitucional, com isso, um dos objetivos fundamentais da República é a busca por uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I do art. 3º CF/88) e a redução das desigualdades sociais (inciso III do art. 3º, CF/88), sempre com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade é uma condição ínsita ao ser humano, e bem como enfatiza Luiz Grandinetti:

> [...] foi com o Iluminismo que a noção de dignidade da pessoa humana ganhou uma dimensão mais racional e passou a irradiar efeitos jurídicos, sobretudo por influência do pensamento de Immanuel Kant. O homem, então passa a ser compreendido por sua natureza racional e com capacidade de autodeterminação. (CASTANHO, 2009)

A escolha da República como forma de governo, fundamentada na dignidade da pessoa humana, associada ao objetivo essencial de erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais, observados em conjunto com a previsão do § 2º do art. 5º no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias fundamentais, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento (TEPEDINO, 1999).

Posto isto, a educação pode ser observada como um eficaz instrumento para a construção da dignidade, pois “o reconhecimento da dignidade da pessoa humana é operação que necessita de consciência viva e plena, sintonizada com o ambiente viral e com a sociedade. E a maneira mais segura de garantir essa consciência é o investimento, pessoal e social, na educação” (ALVIN, 2006).

Para que o modelo de Estado Social Democrático se concretize, a Constituição impõe a necessidade do respeito aos direitos individuais (liberdade de expressão, direito de voto, direito de ir e vir), como também a realização dos direitos sociais, de que é exemplo a educação, elencada pelo constituinte nacional como direito fundamental social no artigo 6º.

Em consequência, o poder público como titular do dever jurídico correlato ao direito à educação, conforme expressamente previsto no artigo 205 da CF/88, compromete-se com o desenvolvimento nacional e com a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º) individualizando a educação como bem jurídico superior, pois tem papel fundamental na formação de recursos humanos nas áreas da ciência, pesquisa e tecnologia (art. 218, §3º) e, consequentemente, no desenvolvimento do País.

O direito à educação, assim como diversos direitos sociais, é um direito subjetivo, o qual deve ser assegurado conforme as especificidades da sua necessidade e não como uma generalidade. Contudo, como o Estado não possui recursos suficientes para individuar o atendimento conforme a necessidade de cada indivíduo, limitando-se a atender o maior número possível de pessoas, ensina Gilmar Ferreira Mendes:

> [...] o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das **necessidades individuais de cada cidadão**. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de **critérios distributivos** para esses recursos. [...] é dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos

> atingidos pela política eleita, a **efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados** etc. (MENDES, STA 238, *grifei*)

Com isso, fica obrigado o Estado brasileiro implementar políticas públicas para a efetivação deste direito, e havendo omissão abusiva estatal, a judicialização será viável até para garantir o atendimento individual mínimo de acesso a um direito social, pois a discricionariedade da administração pública não pode levar à anulação de um direito (KIM e BOLZAM, 2015).

Além das previsões constitucionais sobre o direito à educação, diversos tratados e acordos internacionais na qual o Brasil ratificou fazem menção expressa com algumas variadas e relativamente extensas especificações quanto à Educação. Como exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), que em seu art. 26 insta o Estado a desenvolver políticas universais de acesso à educação, pois esta é uma importante ferramenta para que todos possam exercer e estar conscientes de seus direitos. Seguindo a mesma linha, o artigo 13 do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966) reconhece "*o direito de todas as pessoas à educação*", proclamando, ainda, que "*a educação deve visar o pleno desenvolvimento da personalidade e do senso da dignidade humana e reforçar o respeito pelos direitos do homem e por suas liberdades fundamentais*".

Conforme diversos estudos realizados (PSACHAROPOULOS e PATRINOS, 2004), a educação pode ser observada como um dos meios para que seja encontrado equilíbrio social, contudo, para que isto ocorra é necessário que o Estado possibilite que todos tenham uma educação de qualidade – ferramenta essencial na transformação e no desenvolvimento do indivíduo - permitindo-lhe assim, uma formação cidadã e humana. (VIANNA, 2006).

Conforme o Plano de Educação 2014-2024 (PNE), a educação também é vislumbrada como um dos meios para a superação das condições de pobreza, e consequentemente, articula-se com outras políticas sociais por meio da potencialização de empregabilidade dos jovens considerando as exigências colocadas por um mercado de trabalho em constantes mudanças (GARCIA e HILLESHEIM, 2017). Tal plano está em consonância com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que prevê, ainda, que a educação "*deve pôr todas as pessoas em condição de desempenhar um papel útil na sociedade livre*". Conexão estabelecida com o direito ao trabalho e, novamente, com a dignidade da pessoa humana (TAVARES, sem data)

Geralmente a pobreza e exclusão social afetam diretamente ao desenvolvimento individual e coletivo. A pobreza sufoca sonhos e o processo para o seu alcance, gerando armadilhas para o desenvolvimento de aspirações, e a exclusão acaba marginalizando indivíduos que deveriam ser participantes em uma democracia (RAY 2002 *apud* MOTTA e SCHMITT, 2017).

Segundo o sociólogo francês Pierre Bourdieu, a escola é um grande instrumento de mudança social, e por mais que as políticas educacionais não se convertam automaticamente em realizações idênticas para toda a sociedade por diversas variantes como fatores demográficos, condição social, composição familiar e qualidade do ensino, muitos estudos apontam que o investimento na educação traz retornos sociais significativos para o Estado, pois uma sociedade mais escolarizada seria intrinsecamente mais desenvolvida economicamente (HOUT, 2012).

Entretanto, é necessário relembrar que a educação não deve ser entendida como um mero instrumento econômico ou única forma de mitigar a desigualdade no Brasil, pois fatores como a inserção social do indivíduo e suas redes interferem drasticamente no

acesso ao mercado de trabalho e influenciam na distribuição de riquezas (MEDEIROS, BARBOSA e CARVALHAES, 2019). Contudo, não capacitar o indivíduo ao ponto de ter o mínimo de competitividade no mercado é potencializar a desigualdade.

2. POLÍTICAS EMERGENCIAIS DO ESTADO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Com a declaração de pandemia pela Organização Mundial da Saúde – OMS, os efeitos derivados do surto de contágio pelo Covid-19 exigiram que todos os Estados no mundo de forma célere tomassem decisões urgentes na área educacional, pois conforme dado disponibilizado pela Unesco[3], cerca de 1,37 bilhão de estudantes no mundo (equivalente a 80% do total de estudantes) estavam com as aulas canceladas ou suspensas devido a pandemia. Na América Latina[4] o número de crianças impactadas com as medidas de distanciamento social subiu para 95% na educação básica. Como resposta a esta problemática, governos têm tentado implementar o uso de tecnologias para ensino e aprendizagem com aulas à distância, ou flexibilizando suas diretrizes educacionais.

No Brasil, o Governo Federal editou a Medida Provisória 934/2020[5], que traçou normas de forma excepcional sobre o corrente ano letivo da educação básica e do ensino superior em face das medidas de emergência apresentadas pela Lei 13.979/2020.

A Medida Provisória dispensou a obrigatoriedade de cumprimento mínimo de duzentos dias letivos previstos no inciso I do art. 24 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional[6], contudo, manteve a obrigação de cumprimento da carga horária mínima de oitocentas horas aula no ano, mudança que deve ser aplicada ao ensino fundamental e médio.

No entanto, esta medida não levou em conta as diversas formas de *marginalização digital*, principalmente pelo fato de muitas escolas e instituições de ensino não possuírem uma estrutura mínima para a implementação de aulas e atividades online, somadas à problemática de alguns alunos não terem acesso aos equipamentos TIC's (Tecnologias de Informação e Comunicação) necessários para estas atividades.

3. AS FORMAS DE MARGINALIZAÇÃO DIGITAL

O termo marginalização digital foi primeiramente empregado por Pedro Demo, pois mesmo que a internet seja destinada a todos, geralmente grupos específicos são colocados à margem, e este fenômeno decorre de diversos fatores, tais como a situação econômica (*economic opportunity divide*), as áreas em que a tecnologia ainda chegou de forma efetiva (*acess divide*) e até mesmo por conta de alguns grupos não terem as habilidades necessárias para trabalhar e acessar a rede (*skill divide*).

O surgimento e aperfeiçoamento de meios de comunicação, capazes de propagar rapidamente informações incentivando a troca de conhecimentos e estreitando distâncias para relações pessoais, profissionais e comerciais, fica por muito tempo restrito aos mais

3. UNESCO, notícia. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencias/unesco/> acessado dia 31.03.2020
4. UNESO, Coronavírus: UNESCO e UNICEF trabalham para acelerar soluções de aprendizagem a distância. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/coronavirus-unesco-e-unicef-trabalham-para-acelerar-solucoes-de-aprendizagem-a-distancia/> acessado dia 31 de mar de 2020
5. BRASIL, Medida Provisória 934/20. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv934.htm> acessado dia 31 de maio de 2020.
6. BRASIL, LEI 9.394/96. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm> acessado dia 31 de maio de 2020.

abastados economicamente, mostrando a outra face da desigualdade social (JUNIOR e RODRIGUES, 2012).

Para implementação de aulas online, é necessário que os gestores nos âmbitos federal, estadual e municipal disponibilizem estrutura mínima para promover o acesso dos alunos aos conteúdos disponibilizados, mitigando os efeitos derivados das marginalizações acima elencados, sob pena de flexibilizar o currículo mínimo obrigatório da Lei de Diretrizes e Bases sem garantir o padrão mínimo de qualidade e universalidade do direito, o que mesmo em tempos de pandemia é proibido pela Carta Magna em seu princípio de não retrocesso de direitos e garantias individuais (CF/88. art. 60, §4º, IV).

Uma das formas de marginalização mais frequente é a de acesso (*acess divide*), e isto deriva tanto de dificuldades técnicas como econômicas. Conforme dito por Eduardo Neger na 1ª Conferência Abranet "*atender a usuários que estão dispersos sempre foi uma tarefa bastante complicada, principalmente, para as operadoras que trabalham com grandes escalas de clientes*".

De acordo com os dados da última pesquisa TIC domicílios[7], cerca de 30% dos domicílios brasileiros em área urbana não têm acesso à internet, e este número, na área rural, chega à 56%. Conforme a mesma pesquisa, 43% dos domicílios na região nordeste não têm internet fixa, já na região norte do país, o número se eleva para 55%.

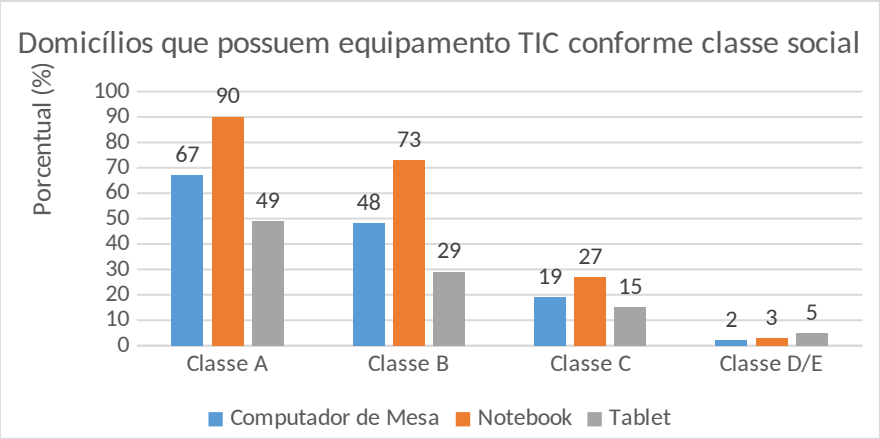
Observando esta problemática, diversos gestores locais estão tentando adaptar a educação à realidade dos alunos, como exemplo, a rede municipal de ensino de Parintins no Amazonas que criou o programa "*Aprendendo em casa nas ondas do rádio*", na qual os alunos das 146 escolas da sede de e da zona rural diariamente estudam através do Rádio AM. Já no Paraná, a rede estadual de educação criou o aplicativo "*Aula Paraná*", no qual os, alunos por meio do celular, poderão interagir com seus colegas e professores em tempo real através do chat que funcionará como uma espécie de "sala de aula virtual"[8].

A segunda forma de marginalização que necessita ser abordada é em relação a desigualdade econômica (*economic opportunity divide*), pois como disciplina Pierre Lévy (1999) "*o ciberespaço não muda nada o fato de que há relações de poder e desigualdade econômica entre humanos*", e tomando como exemplo esta disparidade, a pesquisa TIC domicílios demonstra que enquanto 99% das residências classe econômica A têm acesso à rede, apenas 40 % da classe D/E têm o mesmo privilégio.

Ainda com dados retirados da última pesquisa realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), existe um abismo de desigualdade quando se trata de acesso a equipamentos TIC's conforme a classe social, como demonstrado na tabela abaixo:

7. CGI.br/NIC.br, Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros - TIC Domicílios 2018.

8. SEEE, Paraná. Estudantes da rede estadual já podem baixar aplicativo para assistir às aulas EaD. Disponível em: <http://www.pr.gov.br/Noticia/Estudantes-da-rede-estadual-ja-podem-baixar-aplicativo-para-assistir-aulas-EaD> acessado dia 09 de maio de 2020



Fonte: CGI.br/NIC.br, 2018

Nas falas de Sorj e Guedes (2005), a pobreza não é um fenômeno isolado, a maneira que ela pode ser definida e percebida depende do nível de desenvolvimento cultural, tecnológico e político de cada sociedade, pois geralmente a população mais rica é a primeira a usufruir as vantagens do uso e/ou do domínio dos novos produtos no mercado de trabalho, enquanto a falta destes aumenta as desvantagens dos grupos excluídos, como exemplo o acesso às aulas online.

A terceira forma de marginalização a ser apresentada é a de habilidade (*ability divide*), que acaba sendo dividida em dupla competência: i. uma técnica para utilizar equipamentos; e ii. em relação a pessoas com algum tipo de deficiência física (DEMO, 2007), pois manuseio da rede mundial de computadores requer habilidades específicas para seu uso e domínio.

O letramento digital deve implicar não só na utilização de equipamentos tecnológicos e Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) e suas respectivas aplicações, como também a aprendizagem de capacidades que permitam compreender e dominar a linguagem codificada e subjacente à cibercultura (RAYMUNDO, 2019), a necessidade de estudo quanto à adequação e à relação entre os aparelhos por diversos grupos, dependendo da idade, letramento tecnológico, capacidade física deve ser fator determinante para empregar novas formas de políticas públicas.

Conforme as orientações aprovadas com o parecer do Conselho Nacional de Educação (PARECER CNE/CP Nº: 5/2020) em colaboração com o Ministério da Educação (MEC), diversas metodologias educacionais foram flexibilizadas, entre realocação da obrigação parental na mediação familiar[9]como orientação dos alunos nas aulas à distância. Esses “mediadores” auxiliariam as crianças e adolescentes na elaboração e conclusão de atividades propostas pelas redes.

Assim sendo, as atividades pedagógicas não presenciais podem acontecer por meios digitais (videoaulas, conteúdos organizados em plataformas virtuais de ensino e aprendizagem, redes sociais, correio eletrônico, blogs, entre outros); por meio de programas de televisão ou rádio; pela adoção de material didático impresso com orientações pedagógicas distribuído aos alunos. [...] com o acompanhamento do cumprimento das atividades pedagógicas não presenciais por **mediadores familiares** [...] melhor orientar os pais ou responsáveis na realização destas atividades com as crianças (CNE/CP/MEC, 2020)

Cabe destacar a ilegalidade da proposta de implementação de atividades escolares remotas para crianças, uma vez que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

9. Termo utilizado no parecer.

(LDB) não prevê a utilização do ensino a distância na Educação Infantil, nem sequer em casos emergenciais, como é possível para o Ensino Fundamental.

O objetivo principal da educação infantil é o desenvolvimento integral das crianças, em todos os seus aspectos, de maneira complementar à ação das famílias e da comunidade, o que depende de realização presencial, pois a especificidade do trabalho pedagógico é uma experiência educativa eminentemente interativa (ANPED, 2020).

Com isso, a marginalização de habilidade atinge aos alunos, pais e professores, pois a necessidade de adaptação em tempo recorde no mundo virtual sem uma devida preparação pode acabar resultando em uma ineficiência dos programas adotados. E para que a medida do MEC seja viável e eficaz é necessário que todos os mediadores familiares saibam usar estes equipamentos e abordar assuntos que antigamente eram de atividade exclusiva entre docente-aluno.

É evidente que em algumas situações, a marginalização digital na vida dos estudantes poderá ser cumulativa, o que problematiza de forma significativa o acesso, a permanência e a qualidade do ensino à distância e em outras diversas circunstâncias, o acesso é precário, sendo através de um único *smartphone* compartilhado por toda a família.

Com isso, é imprescindível que para a implementação do ensino EaD neste momento de distanciamento social, o gestor local observe as possibilidades educacionais e principalmente de acesso tecnológico dos alunos da rede, para não potencializar a marginalização educacional por conta do acesso à tecnologia.

4. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PARA GARANTIR O PADRÃO DE QUALIDADE NA EDUCAÇÃO

O termo qualidade advém do latim *qualitas*, que significa um título definidor de uma categorização ou classificação. E por mais que esse vocábulo seja polissêmico, no sentido deste trabalho, qualidade pode ser atribuída como preceitua na Lei de Diretrizes e Bases como formação comum (art. 22) e básica do cidadão (art. 32).

Com a redação dada ao artigo 37 da Constituição Federal pela EC nº19, a administração pública tem de obedecer a diversos princípios, entre eles, o da eficiência. Ou seja, não basta que o serviço público seja universalizado, é necessário que ele seja prestado com qualidade à população, e nesse sentido Moraes afirma:

> [...] o princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum [...] sempre em **busca da qualidade**, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social (MORAES, 2008, *grifo nosso*).

A Constituição Federal no parágrafo 3º do artigo 212 impõe a obrigação e responsabilidade de todos os entes federados fazerem o devido investimento em educação, a fim de assegurar sua qualidade. Mas não bastando este dispositivo, a Carta Magna no inciso VII do artigo 206 ainda categoriza a qualidade de ensino como princípio a ser seguido.

Cabe ao Estado garantir que os todos os indivíduos se desenvolvam em liberdade, tutelando os direitos que lhe são inerentes à sua dignidade humana. Esta não é apenas uma liberdade formalmente reconhecida, mas materialmente consideradas mediante a

propagação de condições existenciais mínimas destinada aos homens singularmente considerados e à humanidade como um todo unitário (BASILIO, 2009).

Como preceitua muito bem Marinho e Façanha (2001), temos de um lado a preocupação exclusiva com os resultados e impactos sociais desejados de políticas, e uma linha tênue com as considerações de restrições de recursos, no outro.

E vislumbrando isto, desde 2000, o Brasil é integrante do Programa Internacional de Avaliação dos Estudantes (PISA) da OCDE e de acordo com os dados retirados do relatório de Aspectos Fiscais da Educação no Brasil[10], divulgados pela Secretaria do Tesouro Nacional, o Brasil investe cerca de 6% do Produto Interno Bruto (PIB), e conforme o último relatório[11], o Brasil ocupava a 58ª colocação no ranking, atrás de diversos países como Uruguai, Chile e México que gastam um valor inferior por aluno na educação básica.

No relatório e análise *Education at a glance* (promovido pela OCDE) é evidente que o Brasil ainda não investe o mesmo valor alocados pelos países que estão nos primeiros lugares do *ranking*, pois no Ensino Básico e Técnico Profissionalizante, é gasto em torno de $ 3800 dólares anuais por estudante, menos que a metade da média da OCDE.

Além de sofrer uma restrição financeira, o mesmo estudo aponta falhas na distribuição, organização e execução de políticas públicas voltadas para a educação, sendo necessário realizar um aperfeiçoamento da gestão escolar para melhoria do sistema.

A educação é o instrumento de transformação social, na medida que confere ao cidadão a capacidade de exercer seus direitos. Com isso, trata-se de um componente jurídico/pedagógico de não apenas instruir, mas efetivamente educar por meio da transmissão de valores no processo ensino-aprendizagem (CIDADE, 2015). Reitera-se aqui, que não é o objetivo deste trabalho levantar os dados específicos sobre a qualidade da educação, apresentando-se esta matéria em caráter abstrato com ênfase na dimensão qualitativa do termo[12].

A não discriminação educacional entre seus tantos significados pode ser entendida como a distribuição de uma educação justa, igualitária e de qualidade a todos, e desta forma preconiza a Unesco:

> [...] a não-discriminação educacional significa, em última instância, que todos os indivíduos ou grupos tenham acesso a uma educação de qualidade em qualquer nível educacional, seja onde for que estejam matriculados, a zona geográfica em que residam, suas características pessoais ou sua procedência social e cultural. (UNESCO, 2008)

No Brasil, existem diversos obstáculos para implementação de uma educação de qualidade e conhecimento científico, entre eles a deficiência na formação de professores; escassez de recursos e fragmentação de políticas públicas (SOUSA, 2010), sendo responsabilidade do Estado mitigar esses problemas (HÖFLING, 2001).

---

10. BRASIL, Fazenda Pública. Aspectos Fiscais da Educação no Brasil. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/617267/CesefEducacao9jul18/4af4a6db-8ec6-4cb5-8401-7c6f0abf6340> acessado dia: 30 de maio 2020

11. BRASIL, INEP. Relatório Brasil no PISA 2018, visão preliminar. Disponível em: http://download.inep.gov.br/acoes_internacionais/pisa/documentos/2019/relatorio_PISA_2018_preliminar.pdf > acessado dia 30 de maio de 2020

12. Para aprofundamento no tema, sugiro que leia a orientação BARCELOS, Luciana. O que é qualidade na educação de jovens e adultos? in: Educação e Realidade, v. 2, p. 487-509, 2014.

CONCLUSÃO

O direito à educação foi elencado na Constituição como fundamental para que os objetivos de uma República livre, justa e solidária sejam contemplados, responsabilizando todos os entes federados a fazerem o devido investimento em educação a fim de assegurar sua qualidade, uma vez que este acesso permite o desenvolvimento humano, sua transformação e o seu progresso.

A dignidade humana é o valor fundamental em um Estado Moderno, anteriores e superiores à vontade do próprio Estado, devendo ser respeitado e garantido, pois pertence ao núcleo essencial. Caso a administração pública não tome medidas para provê-lo significaria esvaziar o direito e todo seu sentido de existência.

A implementação de flexibilizações na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional deve ser analisada com cuidado, pois não basta que seja feita uma mudança formal sem oferecer condições que promovam o pleno exercício do direito à educação pelo sujeito principal desta política pública: o aluno.

Além da possível ilegalidade realizada por parte dessas medidas, por afrontar diretamente o princípio constitucional da proibição de retrocesso, no qual preza pela garantia de perpetuidade dos direitos reconhecidos de forma que seu núcleo não possa ser esvaziado, ou reduzido, implementar programas de educação à distância sem observar as desigualdades no Brasil é fazer com que uma minoria (elite brasileira) continue a ter privilégios de acesso à oportunidades em um país traçado pela presença marcante da exclusão e vulnerabilidade social.

É evidente que em um momento de pandemia a flexibilização de algumas atividades antes realizadas presencialmente devem ser feitas. Contudo, estratégias para minimizar os efeitos potencializadores de desigualdade são essenciais em uma República que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, e objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária de forma que erradique a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais e regionais

Com isso, o Estado além de universalizar o direito à educação, observando as diversas formas de marginalização existentes no Brasil, deve, caso necessário, adotar critérios diferenciadores para aplicação desta política, promovendo a equidade de acesso e garantindo a qualidade necessária para a sua efetividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Carlos A. (2000) **Internet no Brasil: o acesso para todos é possível?** São Paulo: Fundação Friedrich Ebert (Série Policy Paper da Fundação Friedrich Ebert/ILDES, n. 26)

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva; 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.4

ANPED. Educação a distância na educação infantil, não!. Disponível em: http://www.anped.org.br/sites/default/files/images/manifesto_anped_ead_educacao_infantil_abril_2020.pdf> acessado dia 31.05.2020.

BARRETA, Emanuele e CANAN, Silvia. **Políticas Públicas de educação inclusiva: avanços e recuos a partir dos documentos legais**. IX ANPED Sul, 2012.

BOLZAM, Angelina e KIM, Richard. **Direito à educação de qualidade e seus fundamentos jurídicos.** Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 15(29): 167-200, 2015.

CASTANHO DE CARVALHO. Luiz Gustavo Grandinetti. Processo Penal e Constituição. **Princípios Constitucionais.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 25.

CIDADE, Roberto Berttoni. **O direito fundamental a uma educação de qualidade.** 2015. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-fundamental-a-uma-educacao-de-qualidade/> acessado dia 13.05.2020.

DEMO, Pedro. **Marginalização Digital: Digital Divide**. 2007.

GARCIA, Adir e HILLESHEIM, Jaime. **Pobreza e desigualdades educacionais: uma análise com base nos Planos Nacionais de educação e nos Planos Plurianuais Federais.** Disponível em: < https://www.scielo.br/pdf/er/nspe.2/0104-4060-er-02-00131.pdf> acessado dia 31 de maio de 2020.

HÖFLING. Eloisa. **Estado e Políticas (Públicas) Sociais**. Cadernos Cedes, ano XXI, 2011.

HOUT, M. **Social and economic returns to college education in the United States**. Annual Review of Sociology, v. 38, p. 379-400, 2012.

JUNIOR, Irineu e RODRIGUES, Cristina. **Exclusão e inclusão digitais e seus reflexos no exercício de direitos fundamentais.** Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global. 2012.

LÉVY, Pierre. ***Cibercultura***. São Paulo: Editora 34, 1999.

MARINHO, Alexandre e FAÇANHA, Luís Otávio. **Programas sociais: efetividade, eficiência e eficácia como dimensões operacionais da avaliação.** 2001.

MEDEIROS, Marcelo e BARBOSA, Rogério e CARVALHAES, Flávio. Educação, Desigualdade e Redução da Pobreza no Brasil. IPEA, Rio de Janeiro, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet**. Curso de direito constitucional**. 4º edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23 ed., São Paulo: Atlas, 2008.

PSACHAROPOULOS, G.; PATRINOS, H. A. **Returns to investment in education: a further update. Education Economics**, v. 12, n. 2, p. 111-134, 2004.

SORJ, Bernardo e GUEDES, Luís**. Exclusão digital. Problemas conceituais, evidências empíricas e políticas públicas**. 2005.

SOUSA, Eliane Ferreira de. **Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país**. São Paulo: Série IDP Saraiva, 2010.

TAVARES, André**. Direito fundamental à educação.** Disponível em: http://www.anima opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Andre_Ramos_Tavares_direito_fund.pdf > acessado dia 30 de maio de 2020.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 23-54.

UNESCO, **Educação de qualidade para todos: um assunto de direitos humanos**. 2ª ed. Brasília: Escritório Regional de Educação para a América Latina e Caribe, 2008.

RAYMUNDO, Taiuani. **Caminhos da inclusão digital de idosos.** Estudos sobre envelhecimento. 2019.

A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL DE BENS IMÓVEIS URBANOS

Maicon Zermiani[1]
Claudio Melquiades Medeiros[2]

Resumo: O presente estudo versa sobre a desjudicialização e a utilização da Usucapião Extrajudicial como meio de aquisição da propriedade de bem imóvel. O termo desjudicialização neste caso diz respeito à possibilidade de facultar ao interessado de obter a declaração da propriedade de imóvel sem a tramitação processual nos tribunais, considerada morosa. Assim o tema é importante em razão da redução de custos e a celeridade na forma administrativa, a qual viabiliza as pessoas que somente detêm da posse do imóvel, obter a aquisição da propriedade de bem imóvel urbano, desde que cumpridos os requisitos legais. O objetivo geral é compreender como a Usucapião Extrajudicial de bens imóveis urbanos, tem sido empregada atualmente no Brasil. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfico, com método dedutivo. Ao final observou-se que a aquisição originária de imóvel urbano pela Usucapião Extrajudicial junto aos cartórios de registro de imóveis é muito mais célere e menos onerosa, que a via judicial, sendo que está desjudicialização contribui também para que os Tribunais de Justiça possam se concentrar na atividade jurisdicional.

Palavras-chave: Usucapião Extrajudicial. Posse. Registro de Imóveis.

INTRODUÇÃO

Muito comum no Brasil se deparar com imóveis sem o registro na matrícula, muitas vezes sem a própria matrícula, e quando possui o referido registro a propriedade está em nome de terceiros. Sendo esses adquiridos através de contratos particulares formais ou informais, feitos por meios onerosos, doação ou mútuos. Nestes casos os adquirentes são possuidores de imóveis e por deter somente a posse, não têm o direito real de propriedade sobre o bem.

Com base no ordenamento jurídico brasileiro é considerado dono aquele que possuir o direito real sobre o imóvel, ou seja, o proprietário é aquele que tem o registro de propriedade averbado na matrícula do imóvel pelo Cartório de Registro de Imóveis, da localidade onde se situa o referido imóvel.

Deste modo o trabalho tem como objeto o instituto da Usucapião Extrajudicial e os seus benefícios. Com o foco naqueles que têm como interesse em ampliar o conhecimento no assunto, e contribuir para que o possuidor de um imóvel urbano avalie a possibilidade de adquirir o direito real da propriedade pela via extrajudicial.

O advento da Usucapião Extrajudicial através do Código de Processo Civil de 2015, expresso no artigo 1071, que acrescentou o artigo 216-A na lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), permitiu o instituto da usucapião na aquisição da propriedade de imóveis, processada por meio do cartório de registro de imóveis do local do bem a ser usucapido.

Sem dúvida foi um grande avanço para a sociedade. O legislador teve o intuito de proporcionar mais celeridade e menor onerosidade no processo, desafogando assim o Poder Judiciário com a desjudicialização de procedimentos.

Tem como fundamento legal a lei nº 13.465/2017, que complementou o artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, sendo que após a edição dessa lei vem gradativamente

1. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). E-mail: maiconzermiani2015@gmail.com.
2. Professor Doutor do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: mede@terra.com.br.

aumentando a procura da via administrativa para obtenção da propriedade de imóveis provenientes do exercício contínuo da posse.

Cabe ressaltar que antes da edição desta lei, os interessados em obter a propriedade pela via extrajudicial acabavam se deparando com um problema muito comum, o não preenchimento de um dos requisitos autorizadores da Usucapião Extrajudicial, como por exemplo, a falta de uma das assinaturas dos titulares de direitos, e dos proprietários dos imóveis vizinhos chamados de confinantes, no memorial descritivo. A falta de anuência muitas vezes é ocasionada pela não localização das pessoas. Assim ocorria o fim do processo administrativo sem a obtenção do resultado pretendido pelo possuidor do imóvel usucapiendo.

Esse problema foi solucionado pela lei 13.465/2017 que viabilizou a efetividade da função social da propriedade, sobretudo a urbana. Contudo o Provimento n. 65, de 14 de dezembro de 2017 do Conselho Nacional de Justiça que estabelece diretrizes para o procedimento da usucapião administrativa nos serviços notariais e de registro de imóveis, tornou o processo administrativo mais burocrático, com várias exigibilidades de numerosos requisitos legais. Na realização procedimental de reconhecimento da legitimação da posse, do bem imóvel usucapiendo, ser o possuidor de boa fé e com justo título comprovado.

Importante destacar que, não sendo possível concluir o processo da Usucapião Extrajudicial administrativamente, o requerente poderá ingressar pela via judicial.

Para tanto, foram estudados inicialmente, a Usucapião Extrajudicial e suas modalidades. Posteriormente se procurou demonstrar o avanço no processo administrativo da usucapião de acordo com o artigo 216-A da lei 6.015/1973 (Lei de registros públicos) alterada pela lei 13.465/2017.

Por fim foram apresentados os requisitos legais e a aplicabilidade da Usucapião Extrajudicial urbana. Desse modo se buscou demonstrar como a Usucapião Extrajudicial de bens imóveis urbanos contribui com a concretização do princípio da função social da propriedade.

1. A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E SUAS MODALIDADES

A Usucapião Extrajudicial representou um grande avanço para a sociedade, na questão da aceleração de se pleitear pela propriedade do imóvel na via administrativa. Esta é uma das formas de aquisição da propriedade ou direitos existentes sobre ela por meio da posse, constituída ao longo do tempo, observando os requisitos legais descrito na lei 6.015/1973. É um dos meios mais céleres para atender as pretensões da propriedade pelo possuidor, que zela pelo imóvel como se seu fosse, possui o *animus* de dono por um período determinado.

Este procedimento tende a desafogar o judiciário que está abarrotado de processos, motivo este a causar tanta morosidade e se torna mais oneroso.

A escolha pela via extrajudicial traz mais celeridade sendo menos onerosa. Deste mesmo modo ocorrem com outros procedimentos como os inventários, divórcios entre outros no âmbito administrativo. Antes da lei 13.105/2015 a Usucapião Extrajudicial era processada apenas por regularização fundiária proposta pela prefeitura do município da localidade dos imóveis a serem regularizado, cuja regulamentação se deu pela lei 11977/2009 (Lei Minha Casa, Minha Vida). Segundo Tartuce (2020, p.68),

> Havia, ainda, uma usucapião administrativa, sem ação judicial e decorrente da legitimação de posse, tratada pelo art. 60 da Lei Minha Casa, Minha Vida (Lei

> 11.977/2009). Porém, tal comando foi revogado pela recente Lei 13.465/2017, que passou a tratar do instituto, com modificações substanciais, nos seu arts. 25 a 27.

Por sua vez, o Código de Processo Civil (lei 13.105/2015) menciona em seu artigo 1071 que o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, se constitui como meio de aquisição da propriedade aos possuidores interessados de forma autônoma. Pode ser bens móveis ou imóveis, desde que sejam observados certos requisitos legais e a posse por um determinado tempo do bem em espécie. Deste modo o interessado em adquirir a propriedade do imóvel, do qual detém a posse poderá optar pelo meio administrativo, o processo tramitará no cartório de registro de imóveis da localidade do bem. Neste sentido é o entendimento de Gonçalves (2019, p.274), a saber:

> A inovação da via extrajudicial é facultativa, pois o interessado poderá optar pela propositura da ação judicial ainda que não haja litígio, e integra o fenômeno da desjudicialização do direito, no qual se inserem, por exemplo, dentre outros, o inventário e o divórcio extrajudiciais. (Lei n. 11.441/2007).

A pessoa que pretende ter o reconhecimento do direito de propriedade do imóvel a ser usucapido, deve analisar dois métodos e verificar qual optar, entre a Usucapião Judicial e a Usucapião Extrajudicial. Entretanto a via Judicial é necessária quando há resistência de terceiros interessados no mesmo imóvel objeto da usucapião, caminho esse demorado e mais oneroso. Já a via administrativa para os casos em que não há interferência de terceiros, o processo não será litigioso e tramitará pelo cartório de Registro de Imóveis, com celeridade e menor onerosidade.

1.1 MODALIDADES DE USUCAPIÃO

O ordenamento jurídico brasileiro prevê diversas espécies de usucapião, dentre elas a ordinária, extraordinária, especial urbana, familiar urbana, especial urbana coletiva e especial rural. Podendo o interessando pela via administrativa adquirir o direito real sobre o bem imóvel em posse. Neste sentido argumenta Brandelli (2016, p.24) “qualquer aquisição de direito real imobiliário usucapível poderá ser reconhecida na via extrajudicial, se presentes a posse *ad usucapionem* pelo tempo adequado, aliada aos demais requisitos eventualmente exigidos, a depender da espécie de usucapião.”

A usucapião ordinária tem como requisitos, a posse contínua e incontestadamente que se tenha justo título e boa-fé, por um período de 10 anos. Se for imóvel adquirido, de forma onerosa, com o registro no cartório de registro de imóveis, cancelada posteriormente, e o interessado ter como moradia habitual ou efetuado investimentos como obras ou econômicas o prazo é reduzido para 5 anos, conforme previsto no artigo 1.242 e parágrafo único do Código Civil. Assim Pereira (2019, p.123) descreve:

> Para que se opere a aquisição da propriedade por usucapião ordinária, o interessado deverá apresentar justo título e demonstrar boa-fé. “Para tal efeito, diz-se justo o título hábil em tese para a transferência do domínio, mas que não a tenha realizado na hipótese por padecer de algum defeito ou lhe faltar qualidade específica.

Para a usucapião extraordinária, a posse deverá ser ininterrupta, sem oposição de terceiros e o interessado possuir como seu um imóvel independentemente que se tenha justo título e boa-fé, prazo é de 15 anos. Se for um imóvel de moradia habitual ou

efetuado obras ou serviços de natureza produtiva o prazo é reduzido para 10 anos, conforme exposto no artigo 1.238 do Código Civil.

Entretanto na usucapião especial urbana a posse é de 5 anos e a área do imóvel deve ser igual ou inferior à 250 metros quadrados. Ainda não pode haver objeções de terceiro e o interessado não ser dono de outros imóveis, conforme previsto no artigo 183 da Constituição Brasileira de 1988, e artigo 9º da lei 12.257/2001. Já na usucapião familiar, terá direito a usucapir o imóvel urbano o cônjuge ou companheiro(a) abandonado pelo outro(a) que deixou o lar a qual dividia. Permanecer na posse direita, ininterrupta e exclusiva sem objeção por período mínimo de 2 anos, a área do imóvel deve ser igual ou inferior à 250 metros quadrados e não ter outra propriedade rural ou urbana.

Porém a usucapião especial urbana coletiva, prevista no artigo 10, da lei 10.257/2001, a posse é de 5 anos, e o imóvel não poderá ultrapassar à 250 metros quadrados, livre de objeções de terceiro e os possuidores não poderão ser proprietários de outros imóveis. Por fim a usucapião especial rural, não deve haver objeções de terceiro e sendo única propriedade do possuidor com posse mínima de 5 anos, a área não poderá ultrapassar a 50 hectares de terra, sendo terras produtivas pelo possuidor ou sua família, conforme previsto no artigo 191 da Carta Magna de 1988.

Quadro 1 - Espécies e Fundamentos de Usucapião.

Espécies de Usucapião	Fundamentos	Tempo	Área
Usucapião ordinária	CC art. 1242 e pu	5 e 10 anos	
Usucapião extraordinária	CC art. 1238 e pu	10 e 15 anos	
Usucapião especial urbana	CFRB/1988 art. 183, CC art. 1240 e lei 10.257/2001 art. 9º	5 anos	Até 250 m²
Usucapião familiar urbana	CC art. 1240A	2 anos	Até 250 m²
Usucapião especial urbana coletiva	Lei 10.257/2001 art.10	5 anos	Até 250 m²
Usucapião especial rural	CFRB/1988, art. 191 e CC art. 1239	5 anos	Até 50 hectares

Fonte: Primária.

Contudo é importante, destacar que bens de propriedade dos Municípios, Estados e da União, ou seja, todos os bens públicos, não são objetos de usucapião. Ademais conforme citados acima, algumas modalidades judiciais de usucapião, mais abaixo será aprofundado o tema em especifico a Usucapião Extrajudicial urbana, obtendo maior celeridade processual, de modo a contribuir para a desjudicialização.

1.2 DIREITO DE PROPRIEDADE

Aquele que adquire um imóvel para que tenha o direito real sobre a coisa, é imprescindível que este o registre no Cartório de Registro de Imóveis da localidade do referido imóvel. Deste modo a *sensu* comum, só é dono quem registra. Assim sendo Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.205) argumentam que, “de fato, se o sujeito adquire o apartamento ou a casa, mas não cuida de efetivar o registro do título (o contrato, por ex.)

no Cartório de Registro Imobiliário, formalmente ainda não deve ser considerado dono." Entretanto o artigo 1.245 caput do Código Civil descreve que, a propriedade do imóvel se dá pela transferência com o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

Nos imóveis com valores acima de 30 salários-mínimos vigentes no período da alienação, a negociação entre o adquirente e o alienante deve ser formalizada com a escritura pública, se o valor do imóvel for abaixo do referido limite poderá ser formalizado da forma que melhor lhe convenham. Ambas as formas deverão ser remetidas ao cartório de registros público do local em que se encontra o bem, para então formalizar o registro na matrícula. Desta forma o adquirente passará a ter o direito real sobre o imóvel adquirido. Neste sentido Pereira (2019, p.101) retrata:

> Pelo nosso direito, o contrato não opera a transferência do domínio. Gera tão somente um direito de crédito, impropriamente denominado direito pessoal. Somente o registro cria o direito real. É o registro do instrumento no cartório da sede do imóvel que opera a aquisição da propriedade (Código Civil, art. 1.245).

Em caso do adquirente e o alienante formalizem a negociação através de contrato particular ou até mesmo com escritura pública ambos sem o registro da matrícula, a propriedade do bem ainda será do alienante e tão somente a posse do adquirente. Importante destacar que o registro do imóvel na matrícula dará publicidade a terceiros do negócio jurídico acordado entre as partes, e proporcionar segurança jurídica a ambos, evitando assim possíveis fraudes.

2. O AVANÇO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DA USUCAPIÃO COM O ADVENTO DO ARTIGO 216-A DA LEI 6.015/1973 ALTERADA PELA LEI 13.465/2017

O código de processo civil de 2015 em seu artigo 1071 inseriu **na** Lei 6.015/1973 Lei de Registros Públicos (LRP) **o artigo 216-A, que criou o procedimento de usucapião extrajudicial**. Que outorga competência aos cartórios de registro de imóveis a conceder o direito real de propriedade aos possuidores de imóveis em que não detém da propriedade, desde que preencham os requisitos exigidos pela lei, assim sendo dispensa a usucapião judicial, assim Tartuce (2020, p.233) explica:

> Além das modalidades judiciais expostas, a Lei 11.977/2009 – conhecida como Lei Minha Casa, Minha Vida – instituiu modalidade de usucapião administrativa ou extrajudicial, decorrente da legitimação da posse, a ser efetivada no Cartório de Registro de Imóveis, dispensando demanda judicial.

Embora a usucapião administrativa fosse pouco útil aos interessados, pois o requisito do parágrafo 2º do artigo 216-A da LRP, que trata da notificação dos titulares de direitos sobre o imóvel usucapido, a não manifestação dos mesmos era interpretada como discordância, o que encerrava o processo administrativo da usucapião sem atingir o objetivo dos requerentes, tendo que recorrer à via judicial.

Diante da dificuldade de adquirir o direito real da propriedade pela via extrajudicial a Lei da Reurb (13.465/2017) trouxe importante mudança no artigo 216-A em seu parágrafo 2º da lei 6.015/1973. Agora quando forem notificados os titulares de direitos sobre o imóvel usucapido, a não manifestação dos mesmos passou a ser interpretada como anuência, caminhando o processo da Usucapião Extrajudicial favorável ao requerente. Sem dúvida o advento da lei da Reurb foi um grande avanço para a sociedade.

O Conselho Nacional de Justiça editou o provimento 65 em 14/12/2017 possuindo 27 artigos estabelecendo diretrizes para aplicação das regras do art. 216-A, que pormenorizam os procedimentos de usucapião extrajudicial, na esfera dos serviços notariais através dos tabelionatos e os cartórios de registro de imóveis.

2.1 APLICABILIDADE NOS IMÓVEIS URBANOS

Com o artigo 216-A na lei 6.015/1973 tornou se muito vantajoso a Usucapião Extrajudicial de imóveis urbanos aos interessados, pela **celeridade** e simplicidade, com duração em torno de 90 a 120 dias para a conclusão do processo administrativo, desde que preenchido todos os requisitos e não havendo nenhum impedimento durante o seu processamento, comparado ao rito judicial que poderá se estender por anos e muito mais burocráticos.

O dispositivo da lei é aplicado aos imóveis urbanos que não foram registrados no cartório de registro de imóveis de sua localidade em nome daquele que é reconhecido como dono. Como, por exemplo, Imóveis urbanos herdados, em que foi vendido a terceiros por contratos de gaveta. Imóveis adquiridos de forma onerosa em loteamentos que não foram efetivados todos o tramites de regularização exigida pelo órgão municipal, tornando assim o loteamento irregular. Situação essa muito comum em todo o Estado brasileiro, praticados por empreendedores que vendem terrenos sem a devida conclusão das obras, documento esse expedido após a aprovação do loteamento. Casos como esses citados e outros mais que podem ser regularizados pelos possuidores através da Usucapião Extrajudicial como meio de aquisição do direito real de propriedade.

Entretanto os imóveis situados em terras devolutas da União, Estado e Municípios, também em áreas de marinha, como os localizados nas beiras dos manguezais, encostas de rios, ilhas, entre outras não podem ser objeto da usucapião tanto a extrajudicial com a judicial, são vedados pela Constituição Brasileira de 1988 expresso em seu parágrafo 3º artigo 183 e parágrafo único do artigo 191. Deste modo, expressa Gonçalves (2019, p.277):

> Assim, somente podem ser objeto de usucapião bens do domínio particular, não podendo sê-lo os terrenos de marinha e as terras devolutas. Estas não mais podem ser objeto de usucapião pro labore, em face da ex-pressa (sic) proibição constante do parágrafo único do mencionado art. 191 da Constituição Federal.

No Brasil é comum pessoas residirem em localidade urbana sobre áreas de marinha, área de preservação permanente (APP). Muitos destes imóveis foram invadidos, outros adquiridos onerosamente ou por permuta através de contrato de gaveta, situações como essas de imóveis irregulares não são passíveis de aquisição do direito real da propriedade.

3. REQUISITOS LEGAIS E PROCEDIMENTOS PARA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL DE IMÓVEIS URBANOS

Inicialmente o interessado em advir da Usucapião Extrajudicial, com intuito de adquirir a propriedade do imóvel que está em sua posse, será necessária representação por advogado, requisito esse obrigatório, que formulará a petição para requerer à usucapião e remeterá ao Cartório de Registro de Imóveis da comarca onde estiver localizado o imóvel usucapiendo. Neste sentido Tartuce (2020, p.250), explica e explana

sobre a possibilidade de o defensor público representar o interessado no processo administrativo.

> [...], o pedido de usucapião deve ser feito pelo interessado, devidamente representado por advogado, o que é obrigatório. Lamenta-se a falta de menção ao defensor público, para os mais necessitados. Todavia, a viabilidade de sua atuação, não havendo a possibilidade de o interessado arcar com os custos advocatícios, pode ser retirada do art. 185 do CPC/2015, in verbis: "a Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita".

Importante ressaltar que a Usucapião Extrajudicial é uma forma de aquisição originária de domínio, ou seja, a propriedade não é adquirida por meio de transferência onerosa entre o anterior proprietário e o atual, e sim por um direito real de propriedade adquirido pelo possuidor do imóvel que preencheu os requisitos exigidos pela lei. Assim sendo não incide o imposto de transmissão de bens imóveis (ITBI) sobre o imóvel usucapido, conforme descreve o artigo 24 do provimento 65/2017 CNJ. "O oficial do registro de imóveis não exigirá, para o ato de registro da usucapião, o pagamento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, pois se trata de aquisição originária de domínio".

3.1 REQUISITOS LEGAIS

A lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) em seu artigo 216-A determinará os documentos necessários para iniciar o processo da Usucapião Extrajudicial urbana, no cartório de registro de imóveis da localidade do imóvel a ser usucapido.

> 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 de seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias, aplicando-se o disposto no art. 384 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);
> 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 registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou 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, 1973).

Como requisito primeiro o tabelião lavrará a ata notarial que irá constar a qualificação do requerente, do cônjuge ou companheiro (a) se houver e do titular do imóvel descrito na matrícula, detalhará as características, e o tempo de posse do imóvel. Nos casos de aproveitamento da posse dos antecessores será qualificado e descrito o tempo em que ficou com a posse do imóvel, que somará com a do requerente, constará na ata o modo da aquisição do imóvel, o valor do imóvel com base no valor venal do

último IPTU, valor de mercado, ou até mesmo valor declarado no IRPF, e outras informações mais que o tabelião entender necessárias.

O segundo requisito é a planta e memorial descritivo do imóvel, objeto da Usucapião Extrajudicial, que deverá estar assinado por agrimensor, engenheiro civil ou agrônomo e outros mais, devidamente inscritos no CREA com as ARTs. As assinaturas dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo, e dos proprietários dos imóveis confinantes, é necessário que as assinaturas sejam autenticadas ou reconhecidas por semelhança. Na falta de alguma das assinaturas dos que estão elencados acima por qualquer motivo que seja este (s) será (m) notificado (s) pelo registrador para se manifestar com consentimento ou discordância no prazo de 15 dias, será interpretado o silêncio como concordância.

Como terceiro requisito o requerente deverá juntar certidões negativa dos distribuidores da Comarca onde estiver situado o imóvel usucapiendo e do domicílio do requerente, a fim de comprovar que não há impedimentos de se proceder com a Usucapião Extrajudicial. As certidões devem estar em nome do requerente, do proprietário registrado na matrícula do imóvel usucapiendo ou em nome de antecessores, cônjuge entre outros, tendo a validade de 30 dias contadas da data de expedição para a abertura do processo administrativo.

Contudo, último requisito, é necessário o justo título, conceituado por Gonçalves (2019, p.287) que aduz, “leva, pois, em consideração a faculdade abstrata de transferir a propriedade, e é neste sentido que se diz justo qualquer fato jurídico que tenha o poder em tese de efetuar a transmissão, embora na hipótese lhe faltem os requisitos para realizá-la.” Entretanto, na falta ou insuficiência do justo título, poderá ser justificado administrativamente perante o Cartório de Registro de Imóveis, atento as normas previstas no Código de Processo Civil, no sentido da produção antecipada de provas. Ou outro meio que comprove a posse contínua, como exemplo, notas fiscais referentes a materiais de construção, notas fiscais de serviços prestados ao imóvel, comprovantes de pagamentos de tributos, encargos que incidem sobre o imóvel ou contrato de compra e venda entre outros.

3.2 PROCESSAMENTO DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS

O advogado contratado pelo interessado em adquirir o direito real de propriedade do imóvel em posse, remeterá o requerimento da usucapião extrajudicial com todos os documentos exigidos pela lei ao cartório de registro de imóveis da localidade do imóvel a ser usucapido, que será processado pelo registrador conforme determina os parágrafos do artigo 216-A da lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos).

> § 1º O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido.
> § 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expresso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância.
> § 3º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.

> § 4º O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.
> § 5º Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis.
> § 6º Transcorrido o prazo de que trata o § 4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso. [...]
> § 8º Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido. [...]
> § 11. No caso de o imóvel usucapiendo ser unidade autônoma de condomínio edilício, fica dispensado consentimento dos titulares de direitos reais e outros direitos registrados ou averbados na matrícula dos imóveis confinantes e bastará a notificação do síndico para se manifestar na forma do § 2º deste artigo.
> § 12. Se o imóvel confinante contiver um condomínio edilício, bastará a notificação do síndico para o efeito do § 2º deste artigo, dispensada a notificação de todos os condôminos. [...], (BRASIL, 1973).

O registrador receberá o requerimento da Usucapião Extrajudicial que lavrará, e decidirá acolhendo ou rejeitando o pedido. Se rejeitado o pedido, poderá o requerente impugnar a decisão em 15 dias, perante o oficial de registro de imóveis, que mediante reanálise também em 15 dias poderá reconsiderar a rejeição e exigir novos documentos, diligências complementares entre outras. O interessado não está impedido de pleitear o direito real de propriedade pelo rito judicial, nos casos em que não obteve o resultado desejado na via extrajudicial.

Acolhido o pedido pelo oficial de registro na falta de assinatura (s) na planta dos confrontantes ou titulares de direito por qualquer motivo que seja este (s) será (m) notificado (s) pelo registrador para se manifestar com consentimento ou discordância no prazo de 15 dias, estes não se manifestando será interpretado o silêncio como concordância. O registrador notificará a Fazenda Pública para apresentar em 15 dias possíveis objeções, sobre o requerimento da propriedade. Não havendo objeções será publicado edital em jornal de grande circulação, para que seja dada publicidade a terceiros eventualmente interessados. Caso algum ente público ou terceiros supostamente interessados conteste o processo administrativo da usucapião, é permitido ao oficial de registro de imóveis, tentar pela conciliação ou mediação entre as partes, conforme determina o artigo 18 do provimento 65/2017 CNJ.

> Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião apresentada por qualquer dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, por ente público ou por terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis tentará promover a conciliação ou a mediação entre as partes interessadas.

O oficial obtendo anuência das partes através da conciliação ou mediação, o processo administrativo segue perante o cartório de registro de imóveis. Assim sendo, o registrador recolherá emolumentos do processo da Usucapião Extrajudicial, e em seguida fará a abertura de nova matrícula para o imóvel usucapiendo. Sendo assim o requerente pode solicitar a matrícula do seu imóvel.

No caso de a conciliação ou mediação seja infrutífera, o oficial do registro de imóveis encaminhará o processo ao Juízo competente, podendo o requerente emendar a

inicial ao rito processual comum, conforme dispõe o artigo 216-A da lei 6.015/1973 (LRP), neste sentido Tartuce (2020, p.252) argumenta:

> [...], preceitua o § 10 do novel diploma que, nas situações concretas de impugnação ao pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião, apresentada por 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, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum. Eis uma interessante conversão da via extrajudicial para a judicial, seguindo a ação correspondente o rito comum.

O imóvel urbano objeto de Usucapião Extrajudicial cujo tenha como confrontante condomínio edilício, este precisará apenas a anuência do síndico na planta, não necessitando a anuência de todos os condomínios. O mesmo acontece com a unidade autônoma de condomínio edilício regular (apartamento), na planta que deverá estar assinado por engenheiro civil, e a assinatura do síndico, na falta da assinatura, será o síndico notificado pelo registrador que terá o prazo de 15 dias para manifestar com a anuência ou discordância, sendo interpretado o silêncio como concordância.

Em condomínios irregulares, ou seja, sem a averbação da construção no cartório de registro de imóveis da localidade, é obrigatória a anuência dos condomínios vizinhos e do síndico na planta, na falta das assinaturas o registrador notificará para que em 15 dias manifestar com a anuência ou discordância, sendo interpretado o silêncio como concordância. Não encontrado os titulares de direito do imóvel a ser usucapida, a notificação dará por edital em jornal de grande circulação ou publicação por meio eletrônico, dispensando o edital físico, deverá ser publicado por duas vezes com prazo de 15 dias cada vez.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A Usucapião Extrajudicial é um modo de aquisição do direito real de propriedade que esta relacionada diretamente com o princípio da função social da propriedade. Todavia é neste sentido a doutrina de Gonçalves (2019, p.240) “[...], no entanto, acaba traçando o perfil atual do direito de propriedade no direito brasileiro, que deixou de apresentar as características de direito absoluto e ilimitado, para se transformar em um direito de finalidade social”. Instituto esse a beneficiar muitos brasileiros que buscam a regularização do imóvel a qual é possuidor, como forma de se obter a propriedade. Assim surgiu o interesse da pesquisa sobre o tema abordado para obter uma melhor compreensão.

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Manhotra (2019, p.33), entende ser uma pesquisa com o fim de compreender o problema e seus fatores “a pesquisa qualitativa caracteriza-se por ser não estruturada, de natureza exploratória e baseada em pequenas amostras, podendo utilizar técnicas qualitativas conhecidas [...]”. A referida abordagem permite buscar conhecimento através de debates objetivo em ampliar a interpretação referente ao estudo da pesquisa. Para Oliveira (2011, p.24), a pesquisa busca significados dentro do seu contexto “o uso da descrição qualitativa procura captar não só a aparência do fenômeno como também suas essências, procurando explicar sua origem, relações e mudanças, e tentando intuir as consequências”. Ao objetivar essa expressão, a pesquisa científica permite aprofundar o conhecimento das normas da

ciência jurídica. Neste sentido a pesquisa qualitativa se adéqua aos objetivos da investigação em curso, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis mais complexas.

A pesquisa é do tipo bibliográfica, onde foram analisadas e interpretadas as referências a respeito do assunto em fontes secundária como livros, jornais, revistas e internet e outros meios de comunicação pertinentes. “A finalidade desta consiste em colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que já foi escrito ou dito sobre o tema em estudo” (MOTTA, 2012).

Ainda, a pesquisa é documental, esta explica o assunto com fundamentos nas pesquisas bibliográficas, como meio as fontes primárias ou documentos jurídicos que serve como base material ao entendimento do assunto abordado. “Pertence ao campo da hermenêutica, pois o documento deve ser analisado como se apresenta, e não como quer que se apresente” (MOTTA, 2012). Entende-se que os documentos podem ser elucidativos e, da mesma forma, mostrar a complexidade e atualidade das quais o tema se reveste.

O método, da qual a pesquisa busca são respostas e resultados confiáveis como forma de explicitar a verdade. Neste sentido explica Mota (2012, p. 83), o método de pesquisa, “é o caminho sistematizado, formado por etapas, que o pesquisador percorre para chegar à solução”. O texto, portanto, busca uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis. Desta maneira o método abordado que será aplicado na pesquisa é do tipo dedutivo.

A pesquisa é explicativa, pois pretende mostrar as relações causais entre as variáveis. Oliveira (2011, p.22), “é o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, pois tenta explicar a razão e as relações de causa e efeito dos fenômenos”. A pesquisa explicativa atende ao objetivo geral do projeto de pesquisa.

CONCLUSÃO

Teoricamente, o requerente ao ingressar com o processo de Usucapião Extrajudicial de imóvel urbano, no cartório de registros de imóveis, em busca da aquisição originária da propriedade do bem, burocraticamente requer o cumprimento de diversos requisitos legais. Possivelmente alguns destes requisitos não seriam requisitados, em primeiro momento, se processado pela via judicial. Entretanto a exigência de requisitos na via administrativa não deve ser sinônima de obstáculo para a sua aquiescência, pois é comum que por não passar pela via jurisdicional contenciosa, as burocráticas exigências no trajeto do processo extrajudicial têm a finalidade de tutelar pela segurança jurídica e a validade dos atos do oficial do registro de imóveis. Contudo, o procedimento administrativo é muito mais simples, célere e menos oneroso em comparação ao processo pela via judicial.

O procedimento da usucapião administrativa advinda do código de processo civil 2015 teve a finalidade de desafogar o Poder Judiciário de demandas de ações de aquisição do direito real pela propriedade de imóveis. Mas esse escoamento de processos judiciais se ampliou com o advento da lei Reurb (13.465/2017) que estabeleceu meios de consentimento presumido em caso de não haver impugnação sobre o imóvel usucapido. Deste modo proporcionou mais celeridade, economia e promoveu a desjudicialização de procedimentos com o objetivo de levar para a esfera administrativa processo de imóveis usucapido que não são litigiosos. O provimento 65 do CNJ também

pormenorizou os procedimentos da usucapião administrativa, padronizando os serviços notariais e o rito processual nos cartórios de registro de imóveis.

Portanto o processo de usucapião extrajudicial se constitui em um método útil na regularização de imóveis urbanos irregulares como exemplos são as aquisições de terrenos em loteamentos sem as aprovações do órgão competentes, aquisição por contratos de gaveta, compra de imóveis cujo seja objeto de heranças, entre outras mais. Nos casos em que não haja conflito de interesses sobre o imóvel usucapido, a via administrativa certamente tende a ser a opção mais viável em relação à via judicial, que deverá essa ser deixada em segundo plano como uma alternativa caso o processo administrativo não se concretize.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDELLI, Leonardo. **Usucapião administrativa**. vol. 1- De acordo com o novo código de processo civil. Minha Biblioteca. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637009/cfi/4!/4/4@0.00:15.6. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 65, de 14 de dezembro de 2017**. Estabelece diretrizes para o procedimento da Usucapião Extrajudicial nos serviços notariais e de registro de imóveis. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2527. Acesso em: 25 de jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 01 de jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 01 de jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm#:~:text=LEI%20No%2010.257%2C%20DE%2010%20DE%20JULHO%20DE%202001.&text=Regulamenta%20os%20arts.,urbana%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso em: 01 de jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretária-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 13.105, de 13 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 de jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretária-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 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 n os 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 n º 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm. Acesso em: 01 de jun. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** vol. 5 - Direitos Reais. Minha Biblioteca. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609420/cfi/4!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 3 maio 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** vol. 5 - Direito das coisas. Minha Biblioteca. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608782/cfi/4!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 3 maio 2020.

MANHOTRA, Naresh K. Pesquisa de marketing. vol. 7 - **Uma orientação aplicada**. Minha Biblioteca. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582605103/cfi/0!/4/4@0.00:5.93. Acesso em: 4 outubro 2020.

MOTTA, Alexandre de M. Metodologia da Pesquisa Jurídica: **O que é importante saber para elaborar a monografia jurídica e o artigo científico**. 1. ed. Tubarão: Editora Copiart, 2012. v. 600. 124p.

OLIVEIRA, Maxwell Ferreira de. **Metodologia científica: um manual para realização de pesquisas em Administração**. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/567/o/Manual_de_metodologia_cientifica_-_Prof_Maxwell.pdf. Acesso em: 4 outubro 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** vol. 4 - Direitos Reais. Revista, atualizada e ampliada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Minha

Biblioteca. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985424/cfi/6/2!/4/2@0.00:0.00. Acesso em 4 de maio de 2020.

TARTUCE, Flávio. A lei da regularização fundiária (Lei 13.465/2017): análise inicial de suas principais repercussões para o direito de propriedade. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas.** v. 23, n. 3, p. 1-23, jul./set. 2018. ISSN 2317-2150. Disponível em: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:DoWx7yC_DroJ:https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/7800/pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 2 maio 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil.** vol. 4 - Direito das coisas. Minha Biblioteca. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983994/cfi/6/10!/4/10/14@0:67.9. Acesso em 4 de maio de 2020.

O DESPORTO INFANTIL NO FUTEBOL E O TRABALHO: O CONFRONTO ENTRE A NATURALIZAÇÃO E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Marlete Martins Bello[1]
Janaina Silveira Soares Madeira[2]

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar o trabalho infantil desportivo à luz do princípio da proteção integral da criança e do adolescente. O presente estudo foi dividido em quatro capítulos, o primeiro percorreu a infância na perspectiva do trabalho, o segundo abordou o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, após foram examinados os dispositivos legais que regulam a formação de atletas menores de idade nas categorias de base do futebol e por fim se contextualizou a naturalização da exploração da infância no desporto de rendimento. A metodologia foi qualitativa, do tipo bibliográfica, com utilização do método dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Os resultados da pesquisa demonstram que a naturalização da exploração da infância no futebol, em detrimento a aplicação do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, ocorre pelo anseio de contribuir financeiramente com a família e de alcançar o glamour proporcionado a grandes estrelas do futebol.

Palavras-chave: Desporto Infantil, Direito do Trabalho, Princípio da Proteção Integral.

INTRODUÇÃO

O presente estudo trata do desporto infantil e o trabalho sob o confronto entre a naturalização e a aplicação do princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Tema de fundamental importância para a sociedade dado que o trabalho é uma categoria de análise no campo econômico, cultural e social, bem como, a infância e o esporte e ambas as variáveis merecem estudos constantes, diante das exigências de um desporto de rendimento cada vez mais precoce na formação de atletas. Faz parte de uma cultura ainda enraizada, a ideia de senso comum de que ‘é melhor criança trabalhar do que roubar’.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988-CRFB/88 reconheceu a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA determina como dever da família, da sociedade e do Estado a responsabilidade quanto a essa garantia por meio do princípio da proteção integral. Não obstante, os mesmos dispositivos legais, apontam o esporte como um direito capaz de oferecer condições fundamentais para o desenvolvimento humano, contribuindo inclusive para mudanças de cunho social.

Embora seja o trabalho infantil uma prática condenável, muitas crianças e adolescentes vivem situações de exploração pelo trabalho. Nesse campo encontram- se atletas mirins que sonham com uma carreira bem-sucedida. Destacam-se como situações de exploração, o tempo de dedicação do atleta em formação a constantes treinamentos, combinados aos longos períodos de afastamento familiar e comunitário.

No entanto, para se evitar situações de excesso e de não cumprimento das garantias de direitos próprios da categoria, faz-se necessário um olhar especial para essa demanda. Dentre os mais diversos prejuízos potencialmente causados, encontra-se a evasão ou o baixo rendimento escolar, o comprometimento do desenvolvimento físico e

1. Bacharel em Direito pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: olamarlete@hotmail.com.
2. Doutoranda no programa de Pós-Graduação em Educação da Univali. Professora Mestre do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: janaina@holzmadeira.com.br.

emocional, bem como, a supressão da convivência familiar, social e comunitária, como também da vivência saudável de uma etapa da vida tão importante.

Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2016 mostram que o Brasil tem 2,4 milhões de crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos trabalhando. Os adolescentes pretos e pardos correspondem a 66,2% do total do grupo identificado em situação de trabalho infantil. Em relação ao perfil econômico das famílias com crianças e adolescentes de 5 a 17 anos em situação de trabalho infantil, 49,83% têm rendimento mensal per capita menor do que meio salário mínimo, sendo consideradas famílias de baixa renda (AQUINO, 2019).

A situação de pobreza enfrentada por grande parcela da população, faz com que famílias vislumbrem por meio do esporte a ascensão social. Nesse contexto, observa-se também que as entidades de prática desportiva buscam novos talentos principalmente visando grandes lucros. Outrossim, é visível diante da disparidade de interesses, a exposição de crianças e adolescentes as mais diversas situações de risco social.

Ademais, num estado democrático de direito, em que o princípio da proteção integral da criança e do adolescente prioriza de forma incondicional os seus interesses, convém entender de que forma esse princípio é aplicado, frente às constantes situações de exploração na prática de formação desportiva nas categorias de base do futebol.

1. A INFÂNCIA NA PERSPECTIVA DO TRABALHO

A Lei 6.697/79 mais conhecida como Código de Menores, antecessora do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, teve como principal fundamento a Doutrina da Proteção Irregular, dirigidas aos menores que estivessem inseridos num contexto de exclusão social. Tinha como foco, uma categoria específica de crianças e adolescentes, por isso este Código justificava-se como uma legislação tutelar. No entanto, essa tutela fomentava a discriminação, pois envolvia o resguardo de superioridade de alguns grupos, em detrimento de outros menos favorecidos (VERONESE, 2015).

Santos e Marques (2016), sustentam que o Código de Menores se tratava de uma visão cultural, idealizada na educação pelo trabalho. Em sua edição pelo Decreto n.17943A de 1927, ao menor de 14 anos, mesmo sem a instrução primária completa, poderia ser autorizado o trabalho quando considerado indispensável para a subsistência da família, desde que recebessem instrução escolar que lhes fosse possível. Não obstante, os artigos do referido Código, faziam referência a esse público como menores abandonados, vadios, mendigos, entre outros, dispondo ainda sobre a apreensão ou medidas de proteção, pela autoridade incumbida por sua assistência.

Atualmente apesar de todos os instrumentos protetivos acerca da vedação do trabalho infantil, ele persiste. Esse fenômeno afronta princípios constitucionais do Estado Democrático, principalmente relacionados a proteção da dignidade da pessoa, direitos humanos e proteção integral da criança e do adolescente (CUSTÓDIO E REIS, 2015).

Conforme Custódio e Veronese (2017), a CRFB/88 em seu artigo 7º, inciso XXXIII, determinou a proibição de qualquer trabalho antes dos 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos. Determinou-se ainda, a proibição do trabalho noturno e trabalho em ambientes insalubres ou perigosos antes dos 18 anos. Some-se a isto, a Convenção n. 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ao celebrar acordo com seus países membros, firmaram compromisso no combate à exploração do trabalho infantil. Com relação a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, o avanço foi no sentido de regulamentar a aprendizagem do adolescente.

Rossato et al. (2019), afirma que partindo de uma harmonização entre os princípios do direito do trabalho e do direito da criança e do adolescente é possível apresentar um compilado do que representa o direito fundamental à profissionalização e a proteção do trabalho da criança e do adolescente. Representado nos seguintes termos:

Quadro 1 – Do direito à profissionalização e a proteção do trabalho de crianças e adolescentes

Núcleo do direito fundamental à profissionalização e à proteção do trabalho
a) Todas as crianças e adolescentes possuem os mesmos direitos fundamentais que adultos.
b) São proibidas quaisquer normas discriminatórias contra crianças e adolescentes.
c) Como são pessoas em desenvolvimento, crianças e adolescentes possuem mais direitos que adultos, direitos esses que lhe são específicos: i) direito ao não trabalho daqueles que possuem menos de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos catorze anos; ii) proibição do trabalho noturno, perigoso, insalubre e penoso, bem como o realizado em locais prejudiciais e em horários que não permitam a frequência à escola; iii) duração de trabalho diferenciada; iv) não corre contra eles o prazo prescricional, independentemente da idade; v) acesso à escola vi) apesar de não completada a maioridade, podem receber salários independentemente da assistência dos pais, porém não podem receber verbas rescisórias.
d) Excepcionalmente, o ordenamento jurídico admite hipóteses restritivas de direitos trabalhistas, nos casos do estágio e trabalho educativo, bem como uma hipótese diferenciada de contrato denominada aprendizagem.

Fonte: Rossato *et al*. (2019).

Com relação ao vínculo de trabalho doméstico, a partir da edição da Lei Complementar nº 150/2015 ficou expressamente proibido que menores de 18 (dezoito) anos trabalhem como empregados domésticos. Apesar disso, consoante dados do Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF, a carga desproporcional do trabalho doméstico começa cedo. Para meninas de 5 a 9 anos ocorre 30% a mais da média considerada para os meninos da mesma faixa etária. Esses números aumentam conforme a idade vai avançando, e pode-se chegar ao patamar de 50% a mais de trabalho para as meninas na faixa etária de 10 a 14 anos. Como consequência a essa sobrecarga de trabalho, evidencia-se graves prejuízos ao aprendizado escolar e ao desenvolvimento saudável na primeira infância (ONU, 2016).

Para a OIT (2013), dentre os fatores que levam crianças para o trabalho, encontram-se a vulnerabilidade econômica aliada ao descrédito na evolução social por meio da educação. Assim, há uma maior probabilidade de adolescentes serem forçados ao ingresso precoce no mercado de trabalho, visando suprir necessidades básicas para a subsistência da família.

Calsing (2016) esclarece que no passado, a exploração da infância e da adolescência acontecia como forma de apoio no orçamento familiar, atualmente percebe-se que a aspiração desse público por vezes se desenvolve por anseio de reconhecimento da comunidade em que vivem, seja em atividades ilícitas (tráfico de drogas e prostituição) ou lícitas, mas de inserção ilegal (idade). Nesse sentido, para muitos, a inserção precoce ao mercado de trabalho deixou de ser apenas questão de sobrevivência.

Segundo IBGE (2016), o trabalho infantil ilegal atinge ao menos um 1 milhão de crianças e adolescentes no Brasil e a causa pode estar relacionada a diversos fatores como a pobreza; sistema educacional deficiente; estrutura da família; escolaridade dos

pais; incapacidade dos pais em assumir as responsabilidades do domicílio; local de residência e ao sistema de valores e tradições da sociedade.

Custódio e Reis (2015), destacam que apesar das proibições constitucionais que vedam expressamente o trabalho infantil, não é raro perceber constantes violações dos direitos fundamentais da criança e do adolescente pelo próprio Estado, quando por exemplo, confere por meio de decisão judicial autorização para o trabalho. Portanto, mesmo com as diversas proibições acerca do trabalho infantil e apesar dos avanços históricos, é fato que ainda há muito o que se percorrer em busca da efetiva aplicação dos preceitos legais acerca da proteção da criança e do adolescente contra a inserção precoce no mercado de trabalho.

2. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Antes do século XVII a criança não era valorizada no contexto familiar, não se falava em etapas da infância, ela simplesmente 'pulava' para a fase adulta. Sua morte raramente era sentida, pois logo seu lugar era ocupado por outra criança (ARIÈS, 2017). Por outro lado, para Veronese (2015) a compreensão de mundo passa pela compreensão da infância, pois para entender o todo, é preciso primeiramente perceber a parte. Não é possível conceber o ser humano em sua completude se a criança nele não se fez presente.

A nomenclatura integral tem por finalidade realçar que essa especial proteção, tenha caráter de absoluta prioridade, não se admite então, uma proteção qualquer à criança e ao adolescente. A Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como, outras normas (inclusive convenções internacionais) conferem substância ao referido princípio (OLIVA, 2006).

O Princípio da Proteção Integral deve nortear governantes e sociedade a assegurar com absoluta prioridade a proteção integral de crianças e adolescentes, conforme previsão constitucional do artigo 227 da Carta Magna:

> 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.

Argumenta Rossato et al. (2019), que a proteção conferida às crianças e adolescentes, encontram guarida em outros preceitos legais, como no artigo 6.° da CRFB/88, que reafirma a proteção da infância como um direito social e o artigo 227 do mesmo dispositivo legal que determina que o Estado promova por meio de políticas públicas a promoção dos direitos fundamentais à infância e juventude, assegurados a estes o status de pessoa em situação peculiar de desenvolvimento.

Silveira e Veronese (2015) todavia, ressaltam que apesar do belo texto constitucional, o Estado ainda é omisso com relação a garantia de direitos fundamentais às crianças e adolescentes, o que configura evidência de violação do direito à dignidade da pessoa humana. Entre as referidas garantias constitucionais encontram-se precipuamente o acesso à educação, saúde e alimentação.

A propósito, Digiácomo (2020) aponta que o direito à convivência familiar, é um direito constitucional indisponível, cabe então, ao Estado, família e sociedade garantir esse direito com absoluta prioridade e qualquer norma que restrinja esse exercício é

inconstitucional. Porém, apesar desses preceitos basilares, existem recorrentes situações de violação, com conhecimento ou até mesmo aval daqueles que deveriam proteger.

Na esfera internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificado por 196 países é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal e tem como objetivo promover a proteção das crianças e dos adolescentes. Adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989, entrou em vigor internacional em 2 de setembro de 1990, foi ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, entrando em vigor nacional, em 23 de outubro de 1990 (UNICEF, 2020).

Rossato et al. (2019), explica que a Convenção sobre os Direitos da Criança, na esteira da Declaração de 1959, foi um documento importantíssimo na defesa dos interesses metaindividuais de crianças, no sentido de permitir que a comunidade internacional obrigasse Estados-Partes na efetiva aplicação desses direitos. Fato este, que resultou em grande avanço para o reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos.

A adoção da doutrina da proteção integral contribuiu ainda, para o combate das mais diversas formas de violência contra crianças e adolescentes. Como caracteriza o artigo 1.º do ECA, que legitima expressamente a doutrina da proteção integral à luz da Constituição Federal de 1988, elevando a importância de validade e eficácia das normas relativas a proteção de crianças e adolescentes (ROSSATO et al, 2019).

Na mesma linha Veronese (2015), preleciona que o advento da Lei n. 8.069/90, significou uma verdadeira revolução para o Direito da Criança e do Adolescente, ao adotar o Princípio da Proteção Integral. Este princípio, defende que toda criança e adolescente merece direitos especiais em razão de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Entretanto, Oliva (2006) aduz que o princípio da proteção integral da criança e do adolescente ainda carece de concretização, tanto no plano de criação, impondo-se ao legislador, conduta compatível ao texto constitucional, como no campo da aplicação, onde o Estado-Juiz deve aplicar os dispositivos legais de proteção à criança e ao adolescente sem hesitar. De outro modo, verifica-se que o princípio da proteção integral, encontra barreiras sociais, estruturais, econômicas, culturais, capazes de prejudicar sua efetiva aplicação.

De fato, a doutrina da proteção integral está teoricamente bem projetada. O grande desafio é trabalhar a sua efetividade, tornando-a real. É preciso um comprometimento e alinhamento do Estado, Sociedade e Família no cumprimento dos comandos do sistema de garantias próprios na proteção de crianças e adolescentes.

3. OS DISPOSITIVOS LEGAIS QUE REGULAM A FORMAÇÃO DE ATLETAS NA PRÁTICA DESPORTIVA DOS MENORES DE IDADE NAS CATEGORIAS DE BASE DE FUTEBOL

A lei Pelé (9615/1998) em vigor desde 24 de março de 1998, regulamenta o desporto no Brasil de forma geral. A referida lei, estabelece que o desporto brasileiro abrange práticas formais e não formais, com base nos princípios presentes na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1998).

A atual legislação não permite aos menores de 14 anos firmar nenhum tipo de contrato de trabalho. Porém, dos 14 aos 16 anos poderá ocorrer vínculo trabalhista desde que na condição de aprendizagem. No futebol, o atleta é admitido a partir dos 14 anos por meio do contrato de formação e a partir dos 16 anos pode-se firmar contrato

profissional não superior a cinco anos e renovação não superior a dois anos preferencialmente pelo clube de formação, conforme estabelecido na lei Pelé (CEDECA, 2013).

A partir dessas considerações, constata-se a total vedação a qualquer tipo de contratação antes dos 14 anos na prática desportiva, contudo, sendo resguardados aos maiores de 14 anos, contratação específica de acordo com a idade, nos seguintes termos:

Quadro 2- Contratação no futebol

Idade	**Admissão de atleta no futebol**
Antes dos 14 anos	Proibida qualquer tipo de contratação, foco apenas em esporte educacional.
A partir de 14 anos	Permitida por meio de contrato de formação.
A partir de 16 anos	Permitida por meio de contrato profissional.

Fonte: Primária (2020).

O Regulamento da Federação Internacional de Futebol-FIFA, permite contrato não superior a três anos, e em caso de transferência de atleta para o exterior, fica estabelecido para o clube que contribuiu com a formação do atleta, uma indenização paga pelo clube negociante Essa previsão, reforçada pelo regulamento de transferências da Confederação Brasileira de Futebol – CBF, acaba fomentando o mercado da bola, pois o retorno financeiro é essencial para os clubes formadores, contribuindo com a exportação cada vez mais precoce de jovens atletas (CEDECA, 2013).

A Lei Pelé, teve importante alteração no ano de 2003, pois passou a regulamentar a aprendizagem no esporte, exigindo dos clubes garantias essenciais como assistência médica, odontológica, infraestrutura adequada nos alojamentos, incentivo educacional, alimentação adequada entre outros, visando assegurar um atendimento especializado aos atletas em formação. A mencionada modificação veio de encontro ao princípio da proteção integral, tal como preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente (AMBIEL, 2013).

Contudo, conforme Lopes e Berclaz (2019), há um desequilíbrio acerca do que a lei dispõe sobre a prática desportiva e o direito efetivamente aplicado às acrianças e adolescentes. Os atletas deveriam ser resguardados por programas de aprendizagem, assim como ocorre na aprendizagem para outras formações. Só uma formação de qualidade, respeitando tempo e proporcionalidade na prática desportiva é capaz de promover o desenvolvimento integral da criança e do adolescente.

Além disso Lima (2016), ressalta que uma simples passagem pelas categorias de base é possível constatar, terríveis situações as quais são submetidos as crianças e os adolescentes. Pode-se dizer que muitos encontram-se em condições sub-humanas, sem o mínimo de estrutura para o adequado desenvolvimento e consequente formação desportiva infantojuvenil.

Do exposto, cabe destacar também o incêndio ocorrido no ‘alojamento’ do Flamengo, considerado um dos maiores clubes do país. A tragédia aconteceu no ano de 2019, onde segundo informações publicadas na imprensa, dez adolescentes entre 14 e 16 anos morreram num incêndio nas instalações dos contêineres onde dormiam, dos quais não tinham autorização de funcionamento e condições mínimas de segurança.

3.1 DA PRÁTICA ESPORTIVA DOS MENORES DE IDADE

No Brasil o esporte é considerado como um direito humano, na perspectiva da educação e lazer, capaz de abranger muitas pessoas, porém no que diz respeito à criança e ao adolescente é necessário ainda assegurar que esse direito seja garantido conforme preconiza o princípio da proteção integral, com prioridade absoluta. No âmbito internacional o que se percebe é um enfoque mais direcionado ao esporte de alto rendimento, neste cenário os atletas são considerados profissionais (CEDECA, 2013).

Consoante Lopes (2013) pode-se afirmar que apesar de toda regulamentação existente, verifica-se grande violação dos direitos da criança e do adolescente no futebol na fase de formação profissional. O interesse financeiro acerca do talento precoce e a informalidade favorecem a exploração da infância. Não obstante, é prática frequente dos clubes formadores, a alegação de caráter educacional no processo de formação, afim de não responder ao Ministério Público do trabalho.

De toda sorte, é possível dizer que a considerar todo o processo de formação nas categorias de base, desde os testes até os intensivos treinamentos bem como toda a pressão e cobrança para com os atletas, a prática encaixa-se nos requisitos do desporto de rendimento, excluindo-se, pois, das outras modalidades de desporto, quais sejam: educacional e participação, considerando-se assim relação de trabalho (CEDECA, 2013).

Além disso, Digiácomo (2020) destaca que costumeiramente, crianças e adolescentes deixam seus lares para residir em alojamentos, na expectativa por ascensão profissional. Ocorre que os alojamentos, na maioria das vezes situam-se em grandes centros, muitas vezes distante da residência da família, o que dificulta o exercício da convivência familiar. Não bastasse, muitos desses alojamentos encontram-se em situações precárias e lá eles permanecem por longos períodos, sem que seja formalizado qualquer tipo de vínculo entre atleta e clube.

Na opinião de Lopes e Berclaz (2019), deve o espaço escolar promover e fortalecer a prática desportiva conciliada com a educação formal para uma formação integral das crianças e adolescentes. Porém, o esporte escolar nas escolas públicas requer um maior incentivo, pois não se observam grandes movimentos nesse sentido por parte do poder público. Enquanto, nas escolas particulares observa-se um jogo de interesses, os atletas recebem bolsa de estudos, e a escola em contrapartida recebe uma maior visibilidade por meio dos resultados alcançados por esses atletas.

Ademais, Ambiel (2013) considera o esporte de fundamental importância para desenvolvimento físico e social de qualquer pessoa independentemente da idade. Ao revés, o Estado é ineficiente na oferta e promoção da prática desportiva, seja por falta de infraestrutura adequada, profissionais devidamente habilitados, ou até mesmo por não aproveitamento dos espaços já existentes, como parques e escolas por exemplo.

Apesar de ser o esporte passível de integração a outros ramos do direito, a falta de regulamentação adequada na prática desportiva por crianças e adolescentes, seja qual for a modalidade (rendimento, educacional) suscita a invisibilidade sobre um tema tão importante (LOPES; BERCLAZ, 2019). O maior desafio é a aplicação eficaz dos dispositivos legais existentes, nas diversas demandas que a prática desportiva infantojuvenil pode gerar.

Seja qual for a modalidade de prática desportiva, a criança e o adolescente devem estar amparados com absoluta prioridade no que diz respeito aos ditames da doutrina da proteção integral (CEDECA, 2013). Conhecida a importância do esporte como aliado ao

pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes, a aplicação do princípio da proteção integral é indispensável para que essa oferta seja suficiente e de qualidade.

3.2 A REGULAMENTAÇÃO E ESPECIFICIDADE DO CONTRATO DE FORMAÇÃO/APRENDIZAGEM DESPORTIVA NO BRASIL

Para entender como ocorre a garantia de direitos dos atletas no âmbito do futebol é necessário alinhar os entendimentos da legislação trabalhista, com a Convenção dos Direitos da Criança, da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, além dos conhecimentos das diferentes modalidades de prática desportiva, seja de participação, rendimento ou educacional (CEDECA, 2013).

A atual legislação brasileira reconhece as seguintes modalidades esportivas:

> I – desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer; II – desporto de participação, de modo voluntário, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente; III – desporto de rendimento, praticado segundo normas gerais desta Lei e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações (AMIN, 2018, s.p.).

A propósito, Ambiel (2013) aponta que o desporto educacional e de participação, podem e devem ser praticados por crianças e adolescentes de qualquer idade. Porém, o desporto de rendimento, caracterizado por elementos de competição, somente se inexistir elementos da relação de emprego, poderá ser praticado por menores de 14 anos. Apesar de não recomendada a hipercompetitividade no desporto educacional, está por si só, não caracteriza relação de trabalho. Então, apenas com a verificação de ilicitudes ou trabalho subordinado, pode ensejar na vedação de utilização de atletas menores de 14 anos.

Lima (2016) por sua vez, esclarece que a relação de trabalho pressupõe outros componentes, para além da lei Pelé. Ocorre que diante da imprecisão de alguns conceitos acerca da prática desportiva profissional, muitos julgadores acabam enfrentando problemas na análise de casos concretos, pois a existência de hipercompetitividade, não conduz por si só a existência de relação de trabalho, é necessário o levantamento de outros fatores como, a dependência financeira do atleta, a natureza da modalidade, a participação em competições, entre outros.

Para Alcântara (2012), conforme acordado na Convenção n.38 de 1972 no que diz respeito ao trabalho, os países deveriam regulamentar a idade mínima independente da atividade. É necessário ainda considerar a individualidade de cada jovem, bem como todo o contexto de formação e a condução familiar no que tange ao tempo de duração e exposição do atleta. A atividade desportiva envolve riscos e se os jovens ainda assim são submetidos a exploração, fica clara a falta de regulamentação específica e fiscalização adequada pelos órgãos responsáveis.

Não obstante, Veiga e Souza (2014) destacam que a falta de regulamentação na Consolidação das Leis do Trabalho acerca da profissão do atleta, acarretava insegurança jurídica, resultando em julgados com diferentes vertentes e só com a redação da Lei n. 6.354/1976, passou a considerar em ‘relação de trabalho’ aquele atleta em dedicação

principal ao desporto mediante contrapartida pecuniária. Ambiel (2013), esclarece ainda que a respeito da regulamentação da prática desportiva da criança e do adolescente, existem lacunas a respeito do que realmente é proibido ou autorizado em se tratando de atletas menores de 14 anos, gerando insegurança jurídica na interpretação das normas, exigindo da doutrina uma atenção especial a essa demanda.

Na mesma linha, Lopes (2013) entende que mesmo com a instituição da Lei Pelé, o que se percebe é que ainda existem lacunas e antinomias capazes de tornar o processo de formação desportiva precária no que diz respeito aos direitos e garantias diretamente relacionadas à profissionalização. Por outro lado, Lima (2016) defende que a existência de um contrato formal de trabalho, não configura por si só um meio eficaz de definir o que é considerado prática desportiva profissional, mas sim a estreita relação que existe entre a atividade esportiva e o meio de subsistência do atleta.

Amin (2018), explica que conforme a Lei Pelé, os atletas que se encontram num esquema de treinamento programado nas categorias de base, são categorizados como atletas em formação com a idade limitada entre 14 e 20 anos de idade. Os mesmos podem em contrapartida, receber subsídio financeiro em forma de bolsa aprendizagem nessa fase de formação. Quanto ao contrato, o mesmo é de livre pactuação não gerando vínculo trabalhista. Igualmente, Lopes (2013) aponta que os contratos firmados entre clube e jogadores profissionais possui caráter empregatício, o que não ocorre com os contratos de formação profissional. A Lei Pelé afastou a natureza empregatícia desses contratos.

De fato, a Lei Pelé em seu artigo 29, § 4º, dispõe que:

> O atleta não profissional em formação, maior de quatorze e menor de vinte anos de idade, poderá receber auxílio financeiro da entidade de prática desportiva formadora, sob a forma de bolsa de aprendizagem livremente pactuada mediante contrato formal, sem que seja gerado vínculo empregatício entre as partes.

Apesar da lei Pelé determinar expressamente em seu texto a não configuração de vínculo de emprego, a jurisprudência tem decidido no sentido de reconhecer o caráter laboral da relação mantida entre clubes formadores e atletas mirins que se encontram em ritmos exaustivos de treinamentos. Este tipo de prática é comumente enquadrada na modalidade de desporto de rendimento, ainda que não profissional, pois caracteriza-se pela seletividade e hipercompetitividade, tendo geralmente como objetivo principal a formação para futura negociação no mercado do futebol. Assim, já se posicionou o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

> MENORES DE 14 ANOS. CATEGORIAS DE BASE. FUTEBOL.
> Constatada a hipercompetitividade e a seletividade dos treinamentos ofertados por grandes clubes de futebol a crianças e adolescentes, a prática desportiva enquadra-se na modalidade de desporto de rendimento, ainda que não profissional, a teor do art. 3º, III, da Lei nº 9.615/98. Sendo assim, verifica-se a existência de relação de trabalho lato sensu, o que, no caso de jovens menores de 14 anos, é vedado pelos arts. 7º, XXXIII, e 227, §3º, I, da CR/88. LEX- (TRT- 3ªR, TRT-RO- 01656-2009-011-03-00-3, Relatora: Maria Laura Franco Lima de Faria, BH/MG 06/06/2011).

O julgado acima trata de um Recurso Ordinário interposto pelo Clube Atlético Mineiro, alegando inexistência de relação de trabalho. A sentença de primeiro grau condenou o clube formador, entre outras sanções, a abster-se de realizar testes de seleção e integrar em suas categorias de base crianças e/ou adolescentes menores de

14 anos, bem como afastar aqueles que já as compusessem. Em sua defesa o réu alegou, a responsabilização por atitude antidesportiva de atleta menor de 14 anos, prevista no Código Brasileiro de Justiça Desportiva, que o referido preceito legal leva a concluir pela permissão da prática desportiva por pessoas dessa idade. Alegou ainda, situação de desigualdade perante os demais clubes que continuariam participando de competições sub-14 existentes. O recurso foi desprovido.

Cabe destacar também, a importância do Ministério Público do Trabalho, na fiscalização e intervenção em caso de constatação por parte dos clubes formadores, de práticas abusivas. De tal sorte, prescreve Liberati e Dias (2006, p.103), que o Ministério Público "poderá promover inquéritos civis para apuração de danos difusos suportados por crianças e adolescentes, visto que é membro legitimado para a promoção de ação civil pública, conforme disposto no art. 201, inc. V, da Lei 8.069/1990 (ECA) ".

Desta feita, ressalta-se a seguir, atuação do Ministério Público do Trabalho em Ação Civil Pública impetrada em desfavor do Clube de Regatas Vasco da Gama, cuja ementa é a seguinte:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATLETAS EM FORMAÇÃO - FUTEBOL CATEGORIAS DE BASE - DESPORTO DE
> RENDIMENTO - RELAÇÃO DE TRABALHO I - O ponto central a ser dirimido na presente demanda alude ao fato de estar, ou não, evidenciada uma relação de trabalho entre o Club de Regatas Vasco da Gama e os menores que frequentam suas categorias de base, destinadas à formação de futuros atletas profissionais. Para tanto, deve-se perquirir em qual modalidade de prática desportiva estão enquadrados os menores que treinam nas categorias de base do clube recorrente. II - É certo que os menores das categorias de base do Club de Regatas Vasco da Gama estão inseridos na modalidade de desporto de rendimento, organizado e praticado de modo não profissional, que pressupõe a ausência da relação de emprego, mas não afasta a existência de uma verdadeira relação de trabalho entre os jovens atletas e o clube réu, [...]. Nesse passo, restou corretamente exposto na sentença que o vínculo jurídico, no caso do atleta não profissional em formação, não é de emprego, é de aprendizagem (relação de trabalho). O menor entre 14 e 16 anos somente pode estar vinculado ao clube por meio de contrato de aprendizagem. Tanto é assim que na própria Lei Pelé há disposição no sentido de que o primeiro contrato profissional só será assinado apenas após 16 anos de idade. E tratando-se de uma modalidade especial de contrato de aprendizagem que deve ser celebrado entre a entidade desportiva e os atletas não profissionais em formação, incidem não só as regras próprias do desporto, como também, em caráter subsidiário, as disposições alusivas ao contrato de aprendizagem contidas na CLT, no que forem compatíveis. Recurso ordinário da parte ré a que se nega provimento. (TRT-1 - RO: 00011882520125010076 RJ, Data de Julgamento: 15/03/2016, Quinta Turma, Data de Publicação: 28/03/2016).

Infere-se da decisão acima, que o Ministério Público do Trabalho, postulou em caráter liminar sob pena de multa, a imposição ao Clube Regatas Vasco da Gama, da imediata devolução ao convívio familiar de todos os atletas menores de 14 anos alojados em suas dependências e a abster-se de admitir crianças/adolescentes menores de 14 anos de idade para integrar suas categorias de base com o objetivo de formação profissional. Postulou também em caráter definitivo, além da manutenção da liminar requerida, que o clube formador procedesse à celebração de contrato formal de aprendizagem dentro dos ditames legais com todos os adolescentes selecionados para ingresso nas categorias de base do clube. A decisão foi favorável em primeira instância, o réu impetrou recurso ordinário, do qual foi desprovido, pois o entendimento

dos desembargadores foi no sentido de reconhecer as irregularidades praticadas pelo clube.

Melo e César (2016), esclarecem que são assegurados os direitos trabalhistas e previdenciários em caso de constatação de exploração da mão de obra de crianças ou adolescentes. Para tanto é irrelevante o não preenchimento de todos os requisitos da relação de emprego, das quais destacam-se a habitualidade, onerosidade, pessoalidade e subordinação.

De outro modo, o atleta maior de 16 anos que alcançou a categoria profissional com celebração de contrato de trabalho, possui os mesmos direitos trabalhistas de atletas profissionais maiores de 18 anos, como por exemplo o direito de arena e de imagem. Porém, o fato de ainda serem considerados pessoa em desenvolvimento, toda regulamentação acerca da vedação do trabalho da criança e do adolescente como proibição do trabalho noturno, deverão ser resguardadas, afim de proteger o jovem de riscos (TULESKI; SHIMANOE, 2013).

Apesar desta proibição, não é raro encontrar jovens atletas nessa faixa etária em frequentes disputas de campeonatos no período noturno. Nesse sentido, se aplica por analogia o regramento acerca das atividades artísticas por crianças e adolescentes, as quais necessitam de autorização da justiça (TULESKI; SHIMANOE, 2013).

Acrescenta-se que, apesar de certas previsões legais acerca da formação de atletas, é notório que as lacunas existentes acarretam grande insegurança jurídica para essa categoria, que frequentemente tem suas demandas judiciais decididas de forma análoga. Nesta senda, recorre-se frequentemente aos diversos dispositivos de proteção das relações trabalhistas, afim de se garantir proteção aos direitos das crianças e adolescentes na prática desportiva.

4. A NATURALIZAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DA INFÂNCIA NO DESPORTO DE RENDIMENTO NAS CATEGORIAS DE BASE DO FUTEBOL

É necessário conhecer a história da infância no Brasil e as concepções acerca dos direitos das crianças e adolescentes para compreender a naturalização do trabalho infantil, bem como suas complexidades. De forma que, apesar de historicamente essa categoria ter sido deixada em ‘segundo plano’, atualmente a compreensão é no sentido de resguardar os direitos e garantias próprios da infância e adolescência, em razão de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (CUSTÓDIO E REIS, 2015).

Desse modo, causa estranhamento o fato de ainda haver tantas crianças e adolescentes em situação de exploração pelo trabalho, pois ao mesmo tempo em que houve progresso ao longo da história nos mecanismos de proteção próprios para esse público, os dados levantados nesta pesquisa apontam para a contramão da garantia de direitos de crianças e adolescentes, quando apresentam constantes e graves violações. No que tange a prática desportiva, percebe-se por exemplo o quão expostos estão atletas mirins, quando se expõem aos mais diversos tipos de adversidades em busca de um sonho.

Com destaque para a supressão do direito ao convívio familiar, quando se submetem a precariedade dos alojamentos de clubes formadores, que em sua grande maioria como já explanado, encontram-se longe de suas residências.

Percebe-se no decorrer deste estudo, que combater esse tipo de prática, torna-se ainda mais complexo quando sociedade e família, constitucionalmente elencadas como instituições de proteção da criança e do adolescente, são as responsáveis em grande

parte, pelas mais diversas formas de violações de direitos, principalmente quando reconhecem a exploração da mão de obra infantil como algo positivo, capaz inclusive de resolver problemas sociais, como a drogadição, prostituição, criminalidade, por exemplo, pois de acordo com essa ideologia, crianças e adolescentes que se ocupam com algum trabalho ficam menos suscetíveis a 'virar bandido'. O Estado por sua vez, tem sua parcela de contribuição quando concede determinadas autorizações para o trabalho de crianças e adolescentes e quando não é capaz de fazer a devida fiscalização nos clubes formadores, bem como, responsabilizar os mesmos de forma eficaz para que a prática seja cada vez mais desestimulada.

A ideia de senso comum de que 'é melhor criança trabalhar do que roubar' ou 'melhor estar trabalhando do que usando drogas' possui grande importância no contexto de problemas culturais e sociais. Da mesma forma Melo e César (2016, p.46) concordam que:

> Um dos maiores desafios para se combater o trabalho infantil é a questão cultural. No Brasil, aceita-se com muita naturalidade o trabalho da criança filha do pobre. Enquanto que na classe média e alta já existe a consciência da importância dos estudos, do jovem somente ser encaminhado para o mercado de trabalho depois de concluir seus estudos superiores, em muitos casos após a pós-graduação, mestrado e doutorado.

A aceitação social em relação ao trabalho infantil no mundo do espetáculo do qual se encaixa o desporto de alta competição, é determinante para o fomento da prática que é constantemente considerada sinônimo de sucesso. A mídia por sua vez, desempenha papel de destaque nesse cenário, quando apresenta por exemplo, apenas quais seriam as 'vantagens' do trabalho de crianças e adolescentes nessas atividades econômicas (CUSTÓDIO E REIS, 2015).

No tocante ao trabalho infantil desportivo, o mesmo pode se tornar para a família do atleta em formação, um verdadeiro investimento. A expectativa por fama e altos salários constitui-se em abuso à criança ou adolescente, na medida em que recai sobre este a responsabilidade pelo sustento da família. Da mesma forma, não é raro situações de exploração financeira, em que familiares ou empresários se apoderam do patrimônio conquistado pelo jovem atleta (PALMEIRA SOBRINHO, 2018).

Para Lopes e Berclaz (2019), a despeito do trabalho infantil em realidades periféricas, além de corriqueiro, este trabalho é culturalmente bem aceito pela sociedade. O que torna um grande desafio para seu enfrentamento por todos os profissionais ligados ao direito da criança e do adolescente, até mesmo nas formas mais indignas de exploração.

Esse enfrentamento é ainda mais difícil nas atividades desportivas de maior visibilidade como o futebol, pois tem um viés de rentabilidade econômica e possibilidade de retorno imediato. A atividade é vista com certo 'glamour' pela sociedade e mesmo que esse processo de formação contrarie legislação vigente no que se refere a profissionalização e a proteção no trabalho, essas atividades desportivas em prejuízo a formação educacional, são excessivamente toleradas (LOPES; BERCLAZ, 2019).

Diante disto, verifica-se com a presente pesquisa, que apesar de todo o entendimento acerca do quão nocivo é para crianças e adolescentes praticantes do desporto, a exposição à atividades físicas desproporcionais a sua etapa de desenvolvimento, à formação escolar insuficiente ou inexistente, à pressão psicológica por resultados em campeonatos, entre outros, a prática é costumeiramente tolerada, por fazer parte de uma cultura social que em prejuízo à aplicação do princípio da proteção

integral da criança e do adolescente, tolera esse tipo de exploração. Provavelmente numa visão ideológica de ‘vantagem’, por todo o retorno financeiro e de ascensão social que o esporte pode proporcionar, podendo ainda beneficiar a sociedade com menos um ‘bandido’ em circulação.

Belém (2015) constata em seu estudo, estreita relação entre a vivência de trabalho infantil esportivo ou artístico e as condições de vida de seus entrevistados. Destaca-se para tanto, como costumeiro para esse público, a possibilidade de retorno financeiro no sentido de auxiliar a família ou para benefício próprio. Ademais, esses ‘trabalhadores’ assumem o papel de provedores do lar, o que se assemelha as demais formas de trabalho infantil.

Para famílias de atletas e dirigentes de clubes, o futebol é visto prioritariamente como um grande empreendimento comercial com grande probabilidade de retorno financeiro. Para os atletas em formação, o futebol é encarado como oportunidade de profissionalização, contribuição para o orçamento familiar, bem como ascensão e visibilidade no meio esportivo. Esses atletas consideram que receber um salário mesmo que baixo e ser reconhecido como jogador, gera grande prestígio social. Esse cenário contribui para que cada vez mais, a família encontre caminhos como forma de incentivar esses jovens na futura carreira (CEDECA, 2013).

O futebol, considerado o esporte mais popular do mundo transformou-se em verdadeira ‘vitrine’, vez que jovens atletas encaram o futebol como atividade de fácil alcance. Os meios de comunicação têm essencial contribuição nesse sentido, onde internet e televisão proporcionam considerável exposição de jogadores de futebol bem-sucedidos e constantemente ligados a fama e fortunas. Por seu turno, esse sonho infantojuvenil está distante da realidade brasileira, ao mesmo tempo em que é ‘parte’ da mesma realidade pois baseia-se em projeções fantasiosas. É como se os jovens atletas entendessem como regra o sucesso de grandes estrelas do futebol, ocorre que essa ideia não representa o verdadeiro cenário no futebol profissional. Um grande número de jogadores profissionais enfrenta cotidianamente as mais diversas dificuldades, principalmente financeira (ALCÂNTARA, 2006).

Todavia, observa-se que a exploração da infância na história do futebol é alvo de crescentes fiscalizações e inspeções realizadas nos clubes formadores pelo Ministério Público do Trabalho. Assim, apesar de ainda necessário grande esforço na proteção legal de atletas mirins, já existem instrumentos de combate à exploração de crianças e adolescentes, sujeitas as mais diversas condições em busca de um sonho. Esses instrumentos se voltam à proteção dos direitos fundamentais e trabalhistas dos atletas mirins (TULESKI; SHIMANOE, 2013).

Entretanto, a garantia de direitos de crianças e adolescentes resta prejudicada pela ineficiência das instituições (família, sociedade e estado) que deveriam resguardar com absoluta prioridade esses direitos, no sentido de proporcionar a esse público, conforme preconiza o ordenamento jurídico brasileiro, a oferta de uma formação desportiva incólume de toda forma de exploração, negligência, violência, discriminação e opressão, assegurando o direito à vida , à saúde, à alimentação, a educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, conforme previsão do artigo 227 da CRFB/88, já estudado anteriormente.

Em suma, pode-se inferir que os respectivos ensinamentos apontam para um problema social, em que a pobreza pode ser considerada como principal elemento na busca desenfreada pela superação da situação de miséria, historicamente alimentada pelo trabalho infantil. O problema é também cultural, onde o esporte considerado paixão

nacional, pode elevar um indivíduo a um patamar de visibilidade nacional ou até mesmo internacional. Ocorre que as histórias de sucesso frequentemente exploradas pela mídia estão longe de ser a regra para os atletas mirins. Muitos deixam para trás além do sonho, a saúde, a adequada formação escolar e principalmente a infância.

CONCLUSÃO

Este estudo se propôs a compreender de que forma ocorre a naturalização do trabalho no campo do desporto infantil em detrimento a aplicação do princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Ressaltou-se que as frequentes exigências de um desporto de rendimento cada vez mais precoce na formação de atletas no futebol, (esporte considerado paixão nacional), são capazes de prejudicar o adequado desenvolvimento infantojuvenil.

Para tanto, conceituou-se a infância na perspectiva do trabalho, com destaque para a vedação constitucional de qualquer trabalho antes dos 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos. Mostrou-se ainda, que mesmo com todas as vedações, segundo IBGE (2016) o trabalho infantil ilegal atinge ao menos um 1 milhão de crianças e adolescentes no Brasil.

Contextualizou-se o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, o qual deve nortear família, sociedade e Estado a assegurar com absoluta prioridade a proteção integral de crianças e adolescentes, conforme previsão do artigo 227 da CRFB/88. Frisa-se que a valorização da criança no contexto familiar teve grande avanço ao longo da história, pois a mesma deixou de ser objeto de direito para se tornar sujeito de direitos.

Foram identificados nesta pesquisa, os dispositivos legais que regulam a formação de atletas na prática desportiva dos menores de idade nas categorias de base de futebol, em que a Lei Pelé (9615/1998) regulamenta de forma geral práticas formais e não formais. Esta lei, não permite aos menores de 14 anos a pactuação de nenhum tipo de contrato de trabalho, mas dos 14 aos 16 anos, o vínculo trabalhista é permitido na condição de aprendizagem, esta modalidade de contratação no futebol se faz por meio do contrato de formação.

Por fim, verificou-se que a naturalização do trabalho no campo do desporto infantil em detrimento a aplicação do princípio da proteção integral da criança e do adolescente tem escopo tanto na “glamourização” do esporte, em que atletas de futebol são frequentemente expostos na mídia como pessoas de sucesso, quanto pelo retorno financeiro que o esporte pode proporcionar ao ‘promissor’ atleta. Nesse ínterim, acrescenta-se grande parcela de contribuição da sociedade, quando em sua grande maioria não percebe como ‘exploração’ o trabalho precoce da criança e do adolescente, mas sim como oportunidade, pois o senso comum de que ‘é melhor criança trabalhar do que roubar’ é culturalmente enraizado.

Com efeito, é necessário considerar que o esporte é um direito social capaz de contribuir para o desenvolvimento integral de todos os indivíduos, e por isso requer políticas públicas implementadas no setor e que a formação desportiva demanda uma regulamentação específica, capaz de considerar não só a individualidade do atleta em formação, como também o acompanhamento da família nesse sentido. Outrossim, a falta de regulamentação adequada, resulta em julgados baseados em dispositivos legais não específicos para esse público, que muitas vezes não correspondem de maneira eficaz a demanda da criança ou adolescente, gerando grande insegurança jurídica para esses

jovens atletas. Do mesmo modo, faz-se necessário uma maior fiscalização do poder público, frente a prática desportiva infantil e responsabilização dos abusos praticados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÂNTARA, Hélio. A magia do futebol. **Estudos Avançados**, v. 20, n. 57, p. 297- 313, 1 ago. 2006. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10162/11748. Acesso em: 07 maio 2020.

ALCÂNTARA, Renata Tavares de. Como compatibilizar a atividade laboral desportiva do menor com o princípio da proteção integral. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, BA, v. 1, n. 1, p. 90-98, dez. 2012. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/148090/2012_alcantara_renata_compatibilizar_atividade.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 set. 2019.

AMBIEL, Carlos Eduardo. A proibição do trabalho infantil e a prática do esporte por crianças e adolescentes: diferenças, limites e legalidade. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 1, p. 186-203, jan./mar. 2013. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/38919/017_ambiel.pdf?seque. Acesso em: 15 set. 2019.

AMIN, Andrea Rodrigues. O Direito Material sob o Enfoque Constitucional. *In*:_____. **Curso de direito da criança e do adolescente.** 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. cap. 1, p.36-332.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família.** Dora Flaksman(trad.). 2. ed. reimpressão: Rio de Janeiro: LTC, 2017.

AQUINO, Yara. **Trabalho infantil ainda é preocupante no Brasil, diz fórum.** Brasília: Agência Brasil, 2019. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitoshumanos/noticia/2019-06/trabalho-infantil-ainda-e-preocupante-no-brasil-dizsecretaria#:~:text=Os%20dados%20do%20Instituto%20Brasileiro,em%20situa%C3%A 7%C3%A3o%20de%20trabalho%20infantil. Acesso em: 07 mar. de 2020.

BELÉM, Kássia Kiss Grangeiro. **Trabalho infantil esportivo e artístico: o sentido a partir da vivência.** 2015. 174 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social) -Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm. Acesso em: 07 mar. de 2020.

CALSING, Maria de Assis. Trabalho infantil: você não vê, mas existe. *In*: _____ **Trabalho infantil:** mitos, realidades e perspectivas. São Paulo: LTR, 2016.cap.3.

Centro de Defesa da Criança e do Adolescente Yves de Roussan. A infância entra em campo: riscos e oportunidades para crianças e adolescentes no futebol ponto aqui/Centro de Defesa da Criança e do Adolescente Yves de Roussan. Salvador: CEDECA, 2013.

CUSTÓDIO, Viana André; VERONESE, Petry Rose Josiane. A proteção contra a exploração do trabalho infantil. *In*: _____ **Direito da criança e do adolescente.** 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CUSTÓDIO, Viana André; REIS, da Silva Suzéte. Trabalho infantil nos meios de comunicação: do conceito ao marco legal. *In*: _____ **Estatuto da criança e do adolescente:** 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Adolescentes jogadores de futebol:** da necessidade de coibir abusos de que são vítimas. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1043.html. Acesso em: 07 mar. 2020.

LIBERATI, Donizeti Wilson; DIAS, Fábio Muller Dutra. **Trabalho Infantil.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

LIMA, Firmino Alves. A formação desportiva, seus principais problemas atuais e sugestões para seu desenvolvimento visando a melhoria das condições das crianças e adolescentes. *In*: _____**Trabalho infantil:** mitos, realidades e perspectivas. São Paulo: LTR, 2016.cap.16.

LOPES, Ana Christina Brito; BERCLAZ, Márcio Soares. A invisibilidade do Esporte e da Cultura como Direitos da Criança e do Adolescente. **Revista Direito e Práxis**, [s.l.], v. 10, n. 2, p.1430-1460, jun. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdp/v10n2/2179-8966-rdp-10-2-1430.pdf. Acesso em: 15 set. 2019.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Principais aspectos das relações de trabalho no esporte. *In*: _____ **Formação profissional desportiva.** Brasília: ESMPU, 2013.cap.1.

MELO, Guilherme Aparecido Bassi de; CÉSAR, João Batista Martins. O combate ao trabalho infantil: mitos, dogmas, crendices x realidade. *In:* _____**Trabalho infantil:** mitos, realidades e perspectivas. São Paulo: LTR, 2016.cap.16.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** 5. ed. Editora Saraiva, 2009.

OLIVA, José Roberto Dantas. **O princípio da proteção integral da criança e do adolescente no Brasil.** São Paulo: LTR, 2006.

OIT. Relatório mundial sobre trabalho infantil-Vulnerabilidade econômica, proteção social e luta contra o trabalho infantil / Genebra, Secretariado Internacional do Trabalho, Primeira edição 2013.

ONU BRASIL. Trabalho doméstico ocupa 40% mais tempo das meninas no mundo, diz UNICEF. 2016. Disponível em: https://nacoesunidas.org/trabalho- domestico-ocupa-40-mais-tempo-das-meninas-no-mundo-diz-unicef/. Acesso em: 26 abr. 2020.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. **Trabalho infantil esportivo.** 2018. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/artigos/26300-trabalho-infantil-esportivo. Acesso em: 01 maio 2020.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico:** métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2 ed. Rio Grande do Sul: Universidade Feevale, 2013.

ROSSATO, Luciano Alves *et al*. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** comentado artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SANTOS, Elisiane; MARQUES, Rafael Dias. Proteção integral de crianças e adolescentes no trabalho artístico e o sistema de justiça do trabalho. *In*:_____. **Trabalho infantil:** mitos, realidades e perspectivas. São Paulo: LTR, 2016.cap.7.

SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. Normas Constitucionais de proteção à criança e ao adolescente: uma questão de eficácia ou de desrespeito? *In:* **Estatuto da Criança e do Adolescente:** 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015.

TULESKI, Angélica Naiara Rodrigues; SHIMANOE, Claudio Roberto. O trabalho infantil e os direitos trabalhistas do jogador de futebol menor de idade. **Revista Capital Científico - Eletrônica**, v. 11, n. 2, p. 128-141, 2013. Disponível em: https://revistas.unicentro.br/index.php/capitalcientifico/article/viewFile/2477/2033. Acesso em: 15 set. 2019.

UNICEF. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca. Acesso em: 25 abr. 2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: um novo paradigma. *In* **Estatuto da Criança e do Adolescente:** 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015.

FILHOS DE ABRIGO: REFLEXÕES ACERCA DA MOROSIDADE NO PROCESSO DE ADOÇÃO

Maysa Cristina Schulze[1]
Anna Lethicia dos Santos[2]

Resumo: O presente artigo tem como objeto o estudo da morosidade no procedimento de adoção, tendo como objetivo geral analisar os motivos desta demora e as consequências geradas à criança e ao adolescente. O tema merece ser pesquisado à luz do princípio da primazia do interesse da criança e do adolescente, observada a garantia da convivência familiar constitucionalmente prevista, de forma a verificar se a legislação atual efetivamente atende a este princípio. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. A partir deste trabalho foi possível constatar diversos fatores que contribuem para a demora nos processos de adoção, dentre eles a burocracia e a conduta do poder público em não direcionar especial atenção a estes processos, consubstanciados nos impactos psicológicos causados à criança e ao adolescente e na perpetuação da sua institucionalização.

Palavras-chave: Processo de Adoção. Criança e Adolescente. Morosidade. Impactos.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo analisar o instituto da adoção e verificar quais aspectos da legislação hoje em vigor impedem a desburocratização e a agilidade do processo de adoção, como também estudar os impactos que sua demora pode gerar à criança e ao adolescente. O tema é de extrema importância, pois, sendo estes protegidos pelo ECA em razão do princípio da absoluta prioridade (previsto no art. 4º, *caput*, do ECA), é fundamental verificar se os agentes responsáveis pela efetivação deste princípio realmente estão cumprindo seu papel, em especial atualmente, com a mudança legislativa no processo de adoção. Assim, estudar suas variáveis é essencial para garantir que se executem os princípios do devido processo legal e a razoável duração do processo (COPATTI, 2018). É necessário que se priorize o melhor interesse da criança e do adolescente, de forma a respeitar a autonomia, liberdade e participação destes, consoante afirma Gonçalves (2011, *web*), pois um processo que não atente a estes fatores estará em desacordo com as normas constitucionais e até mesmo convenções internacionais, às quais o Brasil é signatário.

A reforma na Lei da Adoção (Lei nº 12.010/09, e posteriormente Lei nº 13.509/17), que alterou dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), trouxe mudanças significativas em busca de atender a este princípio, priorizando a celeridade, observando novos prazos para algumas fases do procedimento, criando Cadastros Nacionais de Adoção, vedando a adoção por cartório, dentre outras alterações. Importante trazer o tema em discussão e considerar a nova legislação com olhar crítico, para observar se o proposto respeita, em primeiro lugar, o interesse da criança e do adolescente.

Ao levar em conta cada fase do processo de adoção, verifica-se que o tempo de espera em instituições de acolhimento desses menores pode ser diminuído se houver um maior comprometimento do Poder Judiciário. Considera-se também que a idade é um dos fatores determinantes para a efetivação ou não da adoção, pois afeta diretamente a

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: maysa.cris@outlook.com.
2. Professora do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: lethicia.anna@gmail.com.

escolha das famílias adotantes. Logo, a demora pode trazer consequências imensuráveis ao adotando, razão pela qual o tema não deve ser negligenciado.

A adoção tem por finalidade oferecer ao adotando um ambiente seguro e acolhedor para que ele possa se desenvolver, pois, independente dos motivos desencadeadores, viu-se ele obrigado a se retirar de sua família natural (COPPATI, 2018). Essas crianças e adolescentes precisam estar cercadas de amor e carinho, para não crescerem com resquícios dessa dor emocional, a qual pode prejudicá-los tanto no presente quanto futuramente, conforme Copatti (2018). Ressalta-se mais uma vez a importância de se preservar o interesse superior da criança, pois, dentre tantas dificuldades na vida desses menores, não é adequado que o procedimento de adoção seja mais uma experiência traumática em suas vidas.

No decorrer do artigo, são apresentadas as dificuldades que ainda permeiam o procedimento de adoção, para que se identifiquem as consequências da morosidade, e, a partir delas, possam ser formuladas soluções. Desta forma, o estudo primeiramente apresenta o conceito, histórico e os avanços na legislação brasileira sobre o tema adoção. Depois, caracteriza o procedimento de adoção previsto na legislação atual, e sustenta alguns princípios que não devem ser negligenciados ao adotando. Discorre então, de forma pontual, sobre a morosidade dos processos de adoção à luz da mudança legislativa, a fim de verificar se a legislação atual corresponde ou não, na prática, aos interesses da criança e do adolescente.

1. A ADOÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

1.1 HISTÓRICO DA ADOÇÃO E SUA EVOLUÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A fim de contextualizar a adoção na legislação brasileira atual, é essencial entender em que momento e por qual finalidade ela teve surgimento. À vista disso, afirma Madaleno (2018, p. 651) que

> o instituto da adoção tem atravessado os séculos e integrado a história de todos os povos, tendo sua origem, em sua versão mais remota, o propósito de perpetuar o culto doméstico dos antepassados e dessa forma evitar a desgraça representada pela morte do chefe da família sem descendentes.

Seguindo a cronologia do instituto na história mundial, no direito romano a adoção teve seu ápice, vindo a ser mais bem disciplinada. Na Roma antiga, aquele que entrava para uma nova família tinha o vínculo rompido com a família anterior, passando a ser um estranho para esta (BORDALLO, 2018; GONÇALVES, 2018). Na Idade Média, de acordo com Madaleno (2018), a adoção perdeu força e sequer se permitia ao adotado herdar o título nobiliárquico, o qual só era transmitido pelo direito sanguíneo, passando depois a restringir, inclusive, o direito sucessório entre o adotado e o adotante.

Entretanto, o instituto ressurgiu com as reformas sociais da Revolução Francesa e, por consequência, com o advento do Código de Napoleão, e deste para os demais códigos que nele buscaram a sua inspiração. Também retomou seu impulso ao final da Primeira Guerra Mundial, em vista do grande número de crianças órfãs e abandonadas, estabelecido pelas mortes de seus genitores causadas pelas batalhas (BORDALLO, 2018; MADALENO, 2018).

Em âmbito nacional, o Código Civil de 1916 disciplinou a adoção com base nos princípios romanos, sendo destinada a “proporcionar a continuidade da família, dando aos

casais estéreis os filhos que a natureza lhes negara" (GONÇALVES, 2018, p. 377). Ao considerar que, com esta idade, era provável que estes casais não tivessem mais filhos (GONÇALVES, 2018), durante a vigência da lei houve "forte entrave para o incremento do instituto da adoção exigir a idade mínima de cinquenta anos para o candidato à adoção, surgindo movimentos para encetar modificações legais buscando motivar a prática da adoção", conforme cita Madaleno (2018, p. 651). Com a evolução do instituto, Gonçalves (2018) sustenta que a adoção teve maior aplicabilidade posteriormente, pois o legislador mudou o enfoque: quis, com a Lei nº 3.133/57, que veio alterar o Código Civil, abranger um maior número de pessoas para adotar. A fim de atualizar o instituto, reduziu a idade mínima do adotante para 30 anos (GONÇALVES, 2018; BORDALLO, 2018).

Por conseguinte, a legislação que regulamentava o instituto também foi se alterando. Além do Código Civil de 1916 e a Lei nº 3.133/57, surgem também a Lei nº 4.655/1965, o Código de Menores – Lei nº 6.697/1979, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990, o Código Civil de 2002 (TARTUCE, 2019). Tantas variações no ordenamento jurídico acabaram gerando "uma colcha de retalhos legislativa a respeito do tema", consoante Rodrigues (2006, *apud* TARTUCE, 2019). Com a promulgação da Lei nº 12.010, em 3 de agosto de 2009, conhecida como Lei Nacional da Adoção ou Nova Lei da Adoção, e no final de 2017 a Lei nº 13.509, houve amplas e significativas reformas acerca da perfilhação.

Conforme expressa Tartuce (2019), o tema adoção passou a ser solidificado, então, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990). Sendo o Código Civil (Lei nº 10.406/2002), e as leis de adoção (Leis nº 12.010/2009 e 13.509/2017) posteriores, houve alteração de alguns dispositivos do ECA. Observa-se a repetição de artigos já dispostos no Estatuto, como a adaptação para dezoito anos a idade mínima do adotante (alteração promovida pelo Código Civil), de acordo com Madaleno (2018). Além disto,

> a Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009 (Nova Lei da Adoção), alterou a Lei n. 8.069/1990 (ECA), e acrescentou diversos dispositivos regulando a adoção de maiores de 18 anos (CC, art. 1.619) [...] Posteriormente, a Lei n. 13.509, de 22 de novembro de 2017, alterou novamente a Lei n. 8.069/1990 (ECA), para dispor sobre a entrega voluntária de filho, destituição do poder familiar, acolhimento, apadrinhamento, guarda e adoção de crianças e adolescentes [...] (MADALENO, 2018, p. 649).

Assim, no entendimento dos autores já mencionados, as mais recentes legislações promoveram profundas mudanças sobre o instituto da adoção, proporcionando maior atenção àqueles que estão desamparados e abandonados, tratando-os, efetivamente, como sujeitos titulares de direitos (GONÇALVES, 2011).

1.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA ADOÇÃO

A doutrina entende que a adoção é um instituto antigo, remetendo sua consolidação na época romana, sendo no Brasil hoje regulamentada no ECA. Segundo Bordallo (2018, p. 361), "o termo adoção se origina do latim, de *adoptio*, significando em nossa língua, na expressão corrente, tomar alguém como filho". Independentemente da genética ou afinidade, da mesma forma o conceito de 'tomar alguém como filho' é entendido por Pereira (2004, *apud* MADALENO, 2018), constituindo-se a relação paterna e/ou materna como se fosse biológica (DIAS, 2016).

Em princípio, o instituto fora criado para satisfazer os interesses dos pais que não podiam ter filhos (GONÇALVES, 2018), mas hoje percebe-se que a adoção tem como

princípio orientador o melhor interesse do adotado, buscando a proteção de crianças e adolescentes em situação de desamparo (MADALENO, 2018). Atualmente, a adoção visa satisfazer em primeiro lugar as necessidades das crianças e adolescentes em desenvolvimento, sendo que, nas palavras de Madaleno (2018, p. 652), "inovou a Constituição Federal brasileira ao declarar como direitos fundamentais da criança e do adolescente a liberdade, o respeito e a sua dignidade, e ao convocar a família, a sociedade e o Estado para todos, tratarem de assegurar prioritariamente esses fundamentais direitos".

A promulgação da CRFB/88 apresentou-se como grande marco de conquistas importantes para a adoção, destacando-se a constitucionalização do instituto, o qual passou a ter caráter judicial, constituindo-se por sentença. Estabelece o § 5º do artigo 227 da Constituição Federal que a adoção deve ser assistida pelo Poder Público, o qual, na forma da lei, estabelecerá casos e condições para a sua efetivação, obrigação que consta no art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 1.619 do Código Civil de 2002. Além disto, a Constituição prevê a igualdade absoluta entre os filhos biológicos e os adotivos, e a proibição de qualquer ato discriminatório referente à filiação (DOMINGOS, 2006; MADALENO, 2018; GONÇALVES, 2018).

Assim, com o advento da Carta Magna, a adoção hoje "não mais estampa o caráter contratualista de outrora, como ato praticado entre adotante e adotado [...], o legislador ordinário ditará as regras segundo as quais o Poder Público dará assistência aos atos de adoção", no dizer de Gonçalves (2018, p. 377). Logo, esta radical mudança na posição de importância da criança e do adolescente tornou primaz o princípio de seu melhor interesse, atingindo nível de prioridade máxima com relação a todas as outras possíveis demandas do Poder Público.

1.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO

Objetiva-se, neste momento, apresentar os requisitos para quem quiser adotar e brevemente, expor as fases do procedimento de adoção. O processo de adoção deve observar os arts. 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais impõem as regras e princípios a serem obedecidos. Os principais requisitos, de acordo com Silva (2017), resumem-se em ter idade mínima de 18 anos (adotante), diferença de dezesseis anos de idade entre adotante e adotado, consentimento dos pais/representantes legais de quem se deseja adotar, concordância do menor (se possuir mais de 12 anos de idade), processo judicial e efetivo benefício para o adotando. Já com relação aos legitimados para adotar, a lei não fez grandes limitações. Neste sentido,

> qualquer pessoa pode adotar. Pessoas sozinhas: solteiros, divorciados, viúvos. A lei não faz qualquer restrição quanto à orientação sexual do adotante, nem poderia fazê-lo. Também independe o estado civil do adotante (ECA 42). Quem é casado ou vive em união estável pode adotar, sendo que a adoção não precisa ser levada a efeito pelo casal. Como a lei não proíbe que somente uma pessoa adote, o que não é proibido é permitido. (DIAS, 2016, p. 822).

Conveniente esse aspecto legislativo abrangente, havendo apenas exigência de concordância do cônjuge ou companheiro quando se tratar de colocação em família substituta, aplicável também à adoção (ECA, art. 165, I e parágrafo único), segundo Dias (2016). Ademais, o processo de adoção deve correr na "Vara da Infância e Juventude nos casos de menores [...], sempre com a intervenção do Ministério Público, pois se trata de questão envolvendo o estado de pessoas e a ordem pública" (TARTUCE, 2019, p. 515).

Também, o processo de adoção transcorrerá em segredo de justiça, nos termos do art. 206, § único do ECA, prestando-se assistência judiciária integral e gratuita àqueles que dela necessitarem, e terá prioridade de tramitação, sob pena de responsabilidade (ECA, art. 152, § 1º). Destarte, deverá ser observado o disposto no art. 50 do ECA, o qual menciona que em cada comarca ou foro regional deverá existir um cadastro das crianças e adolescentes passíveis de serem adotados e de pessoas que desejam adotar. Além disto, o procedimento pode ocorrer de duas maneiras, de acordo com Granato (2010, *apud* COPATTI, 2018 p.8):

> o processo de adoção será de jurisdição voluntária quando tiver o consentimento dos pais biológicos ou estes já tiverem sido destituídos do poder familiar. E o processo será contencioso quando os pais biológicos ainda estiverem no exercício do poder familiar e não autorizarem de maneira expressa a ação de adoção. Quando o processo for contencioso, os autos seguem o rito ordinário do Código de Processo Civil.

No processo de jurisdição litigiosa, é necessário primeiramente ocorrer a destituição do poder familiar, a qual mostra-se "cabível quando o pai ou a mãe castigar de forma imoderada o (s) filho (s), deixá-lo em abandono ou praticar atos contrários à moral e aos bons costumes" (COPATTI, 2018, p. 6). Nos casos de jurisdição voluntária, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (2019, *web*), tem início o processo de adoção na comarca mais próxima da residência do adotante, o qual deve apresentar uma série de documentos previstos no ECA. Tais documentos serão autuados pelo cartório e remetidos ao Ministério Público para análise, o qual pode requerer mais documentações. Após, haverá uma avaliação da equipe interprofissional do Poder Judiciário, a qual objetiva conhecer as motivações e expectativas dos candidatos à adoção, analisar a realidade socio familiar, dentre outros fatores.

Os candidatos também devem participar em programa de preparação para adoção (§ 3º do art. 50, ECA), para que possam habilitar-se no cadastro à adoção. O CNJ (2019, *web*) menciona que, conforme o estatuto, será este um período de preparação psicossocial e jurídica, de forma a garantir o direito à convivência familiar, que, sempre que possível, incluirá contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional, a ser realizado sob orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica. Então, "a partir do estudo psicossocial, da certificação de participação em programa de preparação para adoção e do parecer do Ministério Público, o juiz proferirá sua decisão, deferindo ou não o pedido de habilitação à adoção" (CNJ, 2019, web).

Doravante, se deferido pelo juiz, o postulante tem habilitação para adotar. Seus dados serão "inseridos no sistema nacional, observando-se a ordem cronológica da decisão judicial" (CNJ, 2019, *web*), a qual tem validade de 3 anos, renovada pelo mesmo período. Prescreve o § 10º (art. 47 do ECA) que o prazo máximo para conclusão da ação de adoção será de 120 dias, prorrogável uma única vez por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

No momento em que o postulante for contactado pelo Poder Judiciário para adotar, apresenta-se o histórico de vida da criança ou adolescente, permitida a aproximação, se houver interesse. Neste período, "a criança ou o adolescente passa a morar com a família, sendo acompanhados e orientados pela equipe técnica do Poder Judiciário" (CNJ, 2019, *web*). Este será o estágio de convivência (previsto no art. 46 do ECA) que tem prazo máximo de 90 dias, prorrogado, se necessário, por decisão fundamentada do juiz (conforme § 2º-A do mesmo artigo). Após este prazo, os pretendentes terão 15 dias para propor a ação de adoção, conforme consta no CNJ (2019, *web*), a qual constitui-se por

sentença judicial, e que será inscrita no registro civil, produzindo seus efeitos a partir do trânsito em julgado (art. 47, § 7º do ECA).

2. DIREITOS E PRINCÍPIOS RELACIONADOS À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

2.1 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Conforme já exposto, hoje não mais se privilegia o interesse do adotante, e sim, do adotando. Essa mudança de paradigma acompanhou a história da sociedade como um todo, iniciando-se pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, pela qual inseriu-se na Constituição Federal de 1988 o princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III da CRFB/88), de acordo com a interpretação de Gonçalves (2011). Segundo a doutrinadora, este fundamento estendeu-se à criança, conferindo-lhe valor central no ordenamento jurídico (CRFB, art. 227, *caput*), sendo, portanto, sua dignidade também objeto de proteção.

Em sua visão, o princípio do melhor interesse não consta expressamente no texto legal, devendo ser considerado "critério hermenêutico e como cláusula genérica que inspira os direitos fundamentais assegurados pela Constituição às crianças e adolescentes" (GAMA, 2003, *apud* GONÇALVES, 2011). O mencionado princípio consagra-se na Convenção dos Direitos da Criança, o qual institui, em seu art. 3º, que "a totalidade das decisões tomadas por instituições públicas, privadas de proteção social, tribunais, autoridades administrativas e órgãos legislativos envolvendo crianças, deverão observar primordialmente o superior interesse destas". Importante identificar tal princípio no ECA, o qual sofreu alterações pela Lei nº 12.010/09, em seu art. 100, § único, inciso IV, como bem aponta Gonçalves (2011).

A utilização do princípio torna-se necessária em razão da fragilidade e vulnerabilidade das crianças, que estão em processo de crescimento. Com relação ao desenvolvimento social, psicológico, intelectual, é preciso atentar-se aos laços familiares, pois é ali que tais estruturas são criadas (TORRES, 2009; RAMIÃO, 2007, *apud* LUNA, 2014). Assim, a dignidade da criança e do adolescente compreende sua autonomia, liberdade e participação. Explica Gonçalves (2011, *web*) que,

> as garantias de liberdade e de autonomia devem ser entendidas como instrumentos para permitir a participação da criança nos processos de decisão, que envolvam sua própria vida, no pressuposto de que dar voz à criança é condição para sua visibilidade e sua afirmação singular no mundo plural.

Neste sentido, Domingos (2006) esclarece que o procedimento judicial para a adoção (e não mais o de escrituração pública) veio tornar efetivo o atendimento ao melhor interesse da criança e adolescente. Em suas palavras, "uma das evoluções do instituto foi justamente a garantia constitucional de imposição da assistência do Poder Público aos procedimentos de adoção" (DOMINGOS, 2006, p. 25). Gonçalves (2011) então explana que o exercício de participação se dá, em primeiro lugar, na família, e que, em âmbito processual, a incapacidade civil não é incompatível com o direito de participar. Assim, "o legislador remete o intérprete a buscar na manifestação de vontade da criança um elemento de convicção, valorizando a participação infantojuvenil no processo voltado à interpretação do melhor interesse" (GONÇALVES, 2011, *web*), o que se assegura pelo conjunto normativo brasileiro.

Portanto, só se realizará a adoção se esta apresentar, comprovadamente, reais vantagens para o adotando, de acordo com o art. 43 do ECA, observando-se, no trâmite processual, a "concepção da criança como sujeito de direito e não apenas como objeto de proteção", conforme Gonçalves (2011, *web*).

2.2 FAMÍLIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL DO PLENO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA

A Constituição Federal (art. 227, *caput*) garante à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar "em conformidade com a Convenção dos Direitos da Criança, das Nações Unidas, ao estabelecer que a criança deva crescer no seio de sua família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade" (MADALENO, 2018, p. 655). Conforme art. 19, *caput*, do ECA, a criança e o adolescente têm o direito de serem criados e educados no seio de sua família, e excepcionalmente, em família substituta. É, portanto, assegurada a convivência familiar e comunitária, proporcionando um ambiente garantidor de seu desenvolvimento integral.

Ainda, os parágrafos do mencionado artigo limitam a permanência do menor em programas de acolhimento institucional, que só será prolongado por mais de 18 meses por decisão fundamentada, além de serem exigidas reavaliações dos menores a cada 3 meses, para decidir sobre a possibilidade de reintegração familiar. Desta maneira, verifica-se a real preocupação do legislador em evitar a permanência dessas crianças e adolescentes em instituições de abrigo. Consoante Madaleno (2018, p. 656),

> a preferência é pelo acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional, pois o relacionamento e a iteratividade serão induvidosamente mais fortes, significativas e relevantes em um ambiente familiar do que a criança ou o adolescente permanecer em um abrigo repleto de crianças igualmente necessitadas de especial atenção.

Neste mesmo entendimento, Domingos (2013) explica que apenas em situações de impossibilidade de reestruturação da família é que se pode autorizar a permanência da criança em uma família acolhedora, e como exceção, encaminhá-la a uma instituição de acolhimento. Ressalta que essas medidas excepcionais devem se dar por um período brevíssimo, enquanto se busca uma família afetiva, e que se deve proporcionar à criança atendimento psicológico durante tal etapa, pois, conforme a autora, família é definida não apenas pela genética, mas pelos laços afetivos formados. Welter (2004, *apud* DOMINGOS, 2013), portanto, afirma que o adotante não deve ser tratado como 'família substituta', e sim, como membro integrante e legítimo de uma família. Nas palavras de Matos (2012, p. 15),

> a valorização da família natural, segundo os moldes estabelecidos historicamente, em detrimento da que se forma a partir do afeto, parece em verdadeiro descompasso com a nova complexidade, que deposita na ciência jurídica esperanças num olhar mais inclusivo e atento para o que se pode haver de mais puro numa entidade familiar: a solidariedade, o companheirismo, a afeição, o amor, para os quais não há forma fixa.

Tal compreensão se dá também ao olhar de Pereira (2000, *apud* DOMINGOS, 2013), já na época de promulgação do ECA, quando afirma que "a nova concepção trazida pelo ECA [...] é revolucionária, é o entendimento de que a paternidade, e também

a maternidade, pode ser exercida em famílias não biológicas, que receberam o nome de famílias substitutas". O fato de o ECA prever esta possibilidade é de grande valia para a tutela dos direitos da criança e do adolescente abandonado, pois, consoante Duque (2016, p. 8), "o direito de personalidade do menor é construído dentro de uma família. Cabe ao Estado garantir essa tutela da infância, posto que sem família compromete-se à existência do próprio sujeito de direito".

Portanto, inegável o reconhecimento da família como principal suporte para o desenvolvimento da criança e do adolescente, que não deve ser negligenciado, considerando as particularidades de cada caso e colocando como primordial o melhor interesse do menor, sempre.

3. REFLEXÕES ACERCA DA MOROSIDADE NO PROCESSO DE ADOÇÃO

3.1 PONTOS DA LEGISLAÇÃO QUE NÃO ALCANÇARAM SUA APLICABILIDADE E EMPECILHOS PROCEDIMENTAIS

A morosidade é um dos principais entraves ao processo de adoção, conforme preceitua Copatti (2018). A mais nova Lei da Adoção (Lei nº13.509/2017) veio justamente com vistas a tornar mais célere o procedimento, e a atender, essencialmente, ao interesse do adotando (GONÇALVES, 2018), o que na prática não se demonstra de tão fácil percepção (DIAS, 2016). Embora louvável a mais recente reforma na Lei da Adoção, a qual "instituiu novos prazos para a destituição do poder familiar e legitimou os programas de apadrinhamento afetivo" (NAKAMURA, 2019, p. 4), ainda persistem os problemas relativos à mora na adoção.

De acordo com dados atuais apresentados pelo site do CNJ (2019, *web*), há no Brasil um total de 46.098 pretendentes cadastrados para adotar. Destes, 15.48% aceitam crianças com até 5 anos de idade, ou seja, apenas 7.136 adotantes. Outro dado importante é que existem 9.567 crianças e adolescentes cadastrados, sendo que 25.63% têm problemas de saúde. Além disto, 54.92% deste total possuem irmãos, porém, apenas 38.61% do total de pretendentes aceitam adotar irmãos. Ante tais fatos, é visível que perdura a problemática da procura pela criança perfeita e a superlotação dos abrigos institucionais, pois, conforme Nakamura (2019, p. 180), apesar das mudanças legislativas, "persiste o desencontro entre o perfil real de crianças/adolescentes disponíveis à adoção e o perfil desejado pelos pretendentes habilitados".

Neste momento, pretende-se apresentar alguns pontos alterados pela nova legislação da adoção (Leis nº 12.010/2009 e 13.509/2017), além de outros fatores que contribuem para a morosidade nos processos de adoção. Primeiramente, cita-se o art. 19, § 1º do ECA: na vigência da Lei nº 12.010/2009, exigia-se das instituições de abrigo avaliações semestrais demonstrando a situação do menor, devendo este ser avaliado quanto à possibilidade de reintegração à família ou colocado em família substituta, como menciona Tartuce (2019). Com o advento da Lei nº 13.509/2017, este prazo alterou-se para 3 meses (avaliações trimestrais).

Entretanto, segundo o referido autor, o preceito havia sido vetado pelo Presidente da República pelos argumentos de que essa redução do prazo de reavaliação "representaria sobrecarga às atividades das equipes interprofissionais dos Serviços de Acolhimento do SUAS, podendo comprometer a realização e a eficácia do trabalho em outras tarefas essenciais, e que também subsidiam a tomada de decisão pela autoridade judiciária" (TARTUCE, 2019, p. 531). Após a derrubada do veto pelo Congresso Nacional,

Tartuce (2019) afirma ser, portanto, dever do Estado garantir a aplicação e implementação de políticas públicas para reduzir a quantidade de crianças institucionalizadas.

Um outro ponto da reforma de 2017 que pode ser trazido à discussão é a restrição da permanência da criança e do adolescente em instituições de abrigo para no máximo 18 meses (art. 19, § 2º, ECA). Na Lei nº 12.010/09, o prazo era de 2 anos, o que, conforme Matos (2012), raramente acontecia. Em sua crítica relativa a tal legislação, afirmava que a letra da lei já se mostrava nobre, mas de pequena ou, em alguns casos, nenhuma aplicabilidade. Logo, reduzir ainda mais este prazo, sem o cumprimento da lei anterior, parece ser uma medida radical e impraticável, segundo entendimento da autora.

Outro fator a ser considerado tem relação com a conduta do Poder Público. Critica Nakamura (2019) a postura do Sistema de Justiça, sob a égide da Lei nº 13.509/2017, pois, em sua visão, o Estado afasta-se da responsabilidade que constitucionalmente lhe é atribuída de proporcionar um ambiente saudável e acolhedor para os menores, conforme art. 227, CRFB/88, ao não direcionar "investimentos por parte de programas e políticas públicas" (NAKAMURA, 2019, p. 193) às famílias que tiveram seu poder familiar destituído. Segundo Fávero *et al* (2008, *apud* NAKAMURA, 2019), faz-se, assim, uma discriminação das famílias pobres que foram destituídas do poder familiar,

> por práticas e ideologias de responsabilização, culpabilização e criminalização da pobreza, impondo importante distanciamento entre o Estado-juiz e a realidade cultural e socioeconômica da maioria das famílias de crianças e adolescentes acolhidos, ao mesmo tempo em que se deixa de cobrar do Poder Público seu papel no enfrentamento da exclusão social, tão frequentemente associado ao acolhimento institucional (NAKAMURA, 2019, p. 188).

Desta maneira, a falta de políticas públicas com o intuito de reestruturar essas famílias oportunizam o abandono da criança e do adolescente (DOMINGOS, 2013), criando mecanismos de segregação da criança, afastando a temporariedade e excepcionalidade que regem o sistema de institucionalização de menores. De acordo com Nakamura (2019), a nova lei de adoção (Lei nº 13.509/2017) pressupõe que a criança e o adolescente possam ter uma célere ruptura com sua família biológica para serem colocados à adoção, "de modo que os vínculos socio afetivos com a família natural deixem de precisar receber investimentos por parte de programas e políticas públicas" (NAKAMURA, 2019, p. 15).

Nesta linha de raciocínio, segundo Copatti (2018), a retardação nos processos de destituição do poder familiar é um ponto a ser discutido, mencionando-se como exemplo a simples dificuldade de citar os genitores, além das diversas provas a serem produzidas. Estes elementos impactam consideravelmente no tempo para adotar, o que pode afetar sensivelmente a psique do menor, o qual pode, ao final do processo, nem ser acolhido (COPATTI, 2018). Além disto, nos processos de adoção, persistem as muitas exigências com relação ao perfil do futuro adotando. Este processo de escolha pelos pretendentes tem explicação pelo seguinte: a maioria das pessoas que querem adotar procuram uma criança branca, de olhos azuis e em condições perfeitas. Decepcionam-se, porém, ao encontrar uma realidade completamente diferente nas casas de abrigo, na qual, por vezes veem crianças com particularidades ou com um passado complicado e doloroso, conforme Gonçalves (2009, *apud* COPATTI, 2018).

Ademais, outra impraticabilidade encontrada nos processos de adoção é a burocracia, considerada o fator de maior entrave nestes procedimentos, conforme informações obtidas no Conselho Nacional de Justiça. Segundo Copatti (2018), existe a demora na tomada de decisão judicial, além de um excesso de regras e práticas

processuais supérfluas que acabam atrasando a efetividade e funcionalidade do sistema. Dentre os fatores que levam à morosidade, citam-se

> os muitos recursos interpostos pela Defensoria Pública, a demora na busca de genitores (quando a criança ainda não está destituída) e demais burocracias causadas por barreiras culturais em relação às relações pessoais (adoções prontas, nas quais a mãe escolhe o adotante) fazem do processo de adoção um procedimento mais moroso do que o satisfatório (CNJ, 2015, p. 50).

Desta maneira, o conjunto desses fatores de entrave relacionados ao trâmite do procedimento de adoção acaba gerando, por vezes, os filhos de abrigo, ou seja, crianças que acabam passando sua infância e adolescência nas unidades de acolhimento, até que atinjam a maioridade (COPATTI, 2018).

Doutro norte, um outro quesito da legislação que trouxe dúvidas sobre sua valia foi a priorização a família biológica. De acordo com o estatuto, a adoção deve ser considerada medida excepcional, concedida após esgotarem-se todos os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, conforme art. 39, § 1º do ECA. Pontua Silva (2017) que apenas quando houver extrema impossibilidade, reconhecida por decisão judicial fundamentada, o adotando será colocado em família substituta, adoção, tutela ou guarda. Entretanto, Dias (2016, p. 839) critica tal redação, afirmando que, “na tentativa de agilizar o procedimento de adoção e reduzir o tempo de permanência de crianças e adolescentes em instituições, a chamada de Lei Nacional da Adoção (L 12.010/09) não faz jus ao nome, pois só veio dificultar o processo de adoção”. Matos (2012) também coaduna com este entendimento, observando que essa preferência não atende aos interesses da criança em absolutamente todos os casos. Desconsidera-se que, por vezes, o ambiente familiar biológico é considerado hostil à criança ou adolescente, em desacordo com a manutenção de seus direitos fundamentais, segundo Domingos (2013).

Assim, este também se torna um fator de mora para efetivação da adoção, nos casos em que se mostra necessária a já mencionada destituição da criança ou do adolescente (COPPATI, 2018). Com a supervalorização da família biológica, põe-se em choque o melhor interesse da criança e do adolescente, princípio basilar aos procedimentos de adoção. Observa-se então uma contrariedade na legislação, a qual não considerou as particularidades de cada caso e suas respectivas estruturas familiares, ao delimitar o instituto só a casos excepcionais, conforme entendimento de Matos e Dias (2012; 2016).

Neste mesmo sentido pode-se contestar a “preferência conservadora pela constituição tradicional de família”, por vezes observada nos processos de adoção, de acordo com Matos (2012, p. 12). Segundo a autora, os aspectos que envolvem a proteção integral da criança e do adolescente nem sempre são considerados: ainda existe preconceito por parte dos profissionais envolvidos, pois sua conduta, em certas ocasiões, “seleciona os pais aprioristicamente, privilegiando esse processo de segregação em vez de proteger a criança em situação de abandono” (PERES, 2006; *apud* MATOS, 2012, p. 10). Em sua visão,

> o melhor interesse da criança [...] pode ser utilizado como arma de um conservadorismo que busca, aos que estão nas instituições à espera de um lar, um perfil familiar que não resume a realidade brasileira, bastante plural, mas apenas uma idealização infundada (MATOS, 2012, p. 13).

O conceito de família, hoje, pode ser também aquela relação constituída pela afetividade, a qual se constrói com o tempo, e sobre a qual advém os mesmos direitos e obrigações da filiação biológica, sem qualquer discriminação (DOMINGOS, 2013). Nos dizeres de Matos (2012, p.11), “a criança necessita de uma família possível, já que a família tida como ideal nem sempre atende aos melhores interesses da criança”. Em vista disto, e para que estas crianças e adolescentes não se tornem vítimas da institucionalização, os chamados filhos de abrigo (COPPATI, 2018), é de extrema relevância que estes desenvolvam-se num ambiente acolhedor, com pessoas que lhes ofereçam amor e carinho.

3.2 IMPACTOS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Ante o exposto, percebe-se que a morosidade no procedimento de adoção não tem apenas uma causa, mas diferentes variáveis que podem adiar o trâmite processual. Logo, podem advir inúmeras consequências que prejudiquem a vida do maior interessado no processo de adoção: a criança e/ou o adolescente, que pode permanecer por anos em instituições de abrigo (DUQUE, 2016; SILVA, 2017; COPATTI, 2018). Ao criticar a institucionalização dos menores abandonados, Duque (2016) atribui a responsabilidade por esta mora aos pais e ao Poder Público, ao afirmar que

> a colocação do menor em família substituta é um direito fundamental inerente à infância e, ao mesmo tempo, um dever fundamental do Estado. O direito de crescer em família, de se tornarem filhos, é uma alternativa que não pode ser protelada. [...] São os direitos da personalidade da criança, correspectivos aos deveres fundamentais dos pais e do Estado, os elementos que integram o núcleo inatingível da tutela da infância. (DUQUE, 2016, p. 4)

Na mesma linha de raciocínio, Domingos (2013, p.1) afirma que o menor “não pode ficar ao talante de deslindes processuais inúteis, pagando, muitas das vezes, com seu próprio destino e felicidade, a perda de uma convivência familiar, não raras vezes em razão do desprezo de seus ascendentes biológicos”. Neste sentido, esta delonga nos procedimentos judiciais

> afronta o princípio da prioridade absoluta, no que tange aos casos que envolvam crianças e adolescentes, tendo em vista que os infantes passam por longas filas de espera, sem que haja qualquer amparo familiar que, como visto, é de suma importância para o crescimento saudável (SOUZA, 2016, *apud* COPATTI, 2018, p. 21).

Com a burocratização do processo de adoção, nega-se o convívio familiar constitucionalmente garantido à criança, e como consequência a isto, ultrapassada a idade, ela acaba tornando-se ‘inadotável’ (SILVA, 2017), o que gera ainda mais tempo de institucionalização e menor possibilidade de adoção (COPATTI, 2018).

Ademais, a lei exige o contato entre as crianças institucionalizadas e os postulantes, na fase que antecede o deferimento da habilitação para adotar. Expressa Dias (2016, p. 846) que

> há uma exigência particularmente perversa: incentivar, de forma obrigatória, o contato dos candidatos com crianças e adolescentes que se encontram institucionalizados e em condições de serem adotados (ECA 50 §4.º). Além de expô-los à visitação, pode gerar neles falsas expectativas. Afinal, a visita é tão só

> para candidatar-se à adoção. E, depois de habilitados, nunca mais os candidatos poderão ter contato com qualquer criança abrigada.

Além dos impactos psicológicos causados em decorrência da mora no trâmite processual, o sofrimento causado na criança e no adolescente anteriormente à sua institucionalização pode ser profundo. Conforme definição de Duque (2016, p. 4), “o abandono é uma conduta de ação ou omissão ligada ao descumprimento dos deveres de cuidado moral, de suporte material, de assistência intelectual e de amparo psicológico aos filhos”.

Afirma então Copatti (2018) que deve ser respeitado o tempo de acolhimento do adotando, mas, essencialmente, não se deve negligenciar seus traumas anteriores, rejeições da família biológica e as demais dificuldades inerentes à idade. Domingos (2013) complementa este entendimento, afirmando que a violação aos direitos fundamentais do adotando não se restringe ao período em que ele se encontra institucionalizado:

> a marca dos maus-tratos passa pelo abuso físico, abuso sexual, comportamentos parentais promotores de delinquência, falta de supervisão, mau-trato (*sic*) emocional, uso de drogas e álcool, falta de resposta às necessidades físicas, negligência na educação e códigos de conduta parentais desviantes (DOMINGOS, 2013, p. 3).

Tais violações aos direitos da criança e do adolescente são atitudes que configuram obrigação do Estado em intervir e punir, conforme art. 227, § 4º da CFRB/88. De acordo com Duque (2016, p. 5), “a assistência moral e afetiva são deveres e não posturas facultativas. O descumprimento de tais deveres fundamentais produz efeitos graves à criança e ao adolescente [...]”. Assim, estes podem sofrer danos irreversíveis pela delonga na tutela de seus direitos, à vista que

> além dos danos à personalidade deste grupo de vulneráveis, percebe-se uma ação ainda mais grave: gerar a impossibilidade desses indivíduos estabelecerem laços familiares, posto que o relacionamento obtido numa instituição de acolhimento nunca será igual àquele construído num lar (DUQUE, 2016, p. 6).

A dificuldade de relacionar-se e construir laços afetivos pode decorrer do tempo de institucionalização exacerbado, o que, em última análise, é de responsabilidade do Estado (DUQUE, 2016). Portanto, necessário assegurar a estas crianças e adolescentes desamparadas o cuidado necessário e a desburocratização do processo de adoção, pois as consequências geradas na vida do adotando podem prolongar-se para a vida toda.

METODOLOGIA

A seleção do tema e sua importância estão relacionados com a relevância da análise da morosidade nos processos de adoção, de forma a averiguar métodos com o intuito de proporcionar maior efetividade a estes. Isto porque é necessário dar maior atenção a estas crianças, considerando as condições de institucionalização em que se encontram e a rejeição já sofrida em tenra idade, a fim de evitar ainda maiores traumas no trâmite do processo de adoção.

Neste sentido, trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Gil (2008, p. 175) afirma que “ao contrário do que ocorre nas pesquisas experimentais e levantamentos em que os procedimentos analíticos podem ser definidos previamente, não há fórmulas

ou receitas predefinidas para orientar os pesquisadores", dependendo, portanto, da maneira como o pesquisador se expressa para a caracterização de tal abordagem, a qual permite o conhecimento do estado da arte do objeto em estudo e avançar no conhecimento e interpretação da realidade.

Ao estudar os fenômenos sociais, Monebhurrun (2015, p. 29) afirma que, na área do Direito, o "argumento jurídico deve convencer – pois é a sua essência –, e que o convencimento é um processo rigoroso e complexo". Em vista de objetivar essa expressão, a pesquisa científica permite aprofundar o conhecimento das normas da ciência jurídica. Portanto, a pesquisa qualitativa se adequa aos objetivos da investigação em curso, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis mais complexas. Isto posto, a pesquisa é do tipo bibliográfica, ou seja, "pesquisa não participante focada apenas na coleta de material em livros e documentos físicos e/ou virtuais" (SANTOS, p. 102). Em decorrência disto, o diálogo com a literatura permite construir uma linha de pensamento que percorre o texto bem como elaborar os argumentos que a sustenta (SORDI, 2013).

Desta maneira, o método da pesquisa parte de pressupostos tidos como verdadeiros, a fim de chegar a conclusões formais, por meio da lógica. O raciocínio da dedução consiste no silogismo, que com duas premissas, é capaz de chegar numa terceira, a conclusão (GIL, 2008). Portanto, o texto busca uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis. A pesquisa é explicativa porque pretende demonstrar as relações causais entre as variáveis. Segundo Santos (2015, p. 100) "além de registrar, analisar e interpretar os fenômenos em estudo, ela procura identificar seus fatores ou suas causas determinantes". Portanto, a pesquisa explicativa atende ao objetivo geral do projeto de pesquisa.

ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS DADOS

Através do estudo da nova legislação sobre a adoção e análise bibliográfica acerca da efetividade dos processos de adoção, notou-se que ainda existe uma afronta aos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da garantia ao convívio familiar. Com relação às duas alterações legislativas promovidas pela Lei nº 13.509/2017 nesta pesquisa estudadas, identificou-se que a diminuição do prazo de reavaliação da situação da criança ou adolescente institucionalizado, de semestral para trimestral (art. 19, § 1º do ECA) e a restrição da permanência em instituições de abrigo, de 2 anos para no máximo 18 meses (art. 19, § 2º, ECA) são notáveis, considerando a busca pela celeridade do procedimento. Entretanto, se anteriormente já se tornava difícil respeitar tais prazos, indaga-se ter a reforma de 2017 mascarado o problema, ao considerar a atual a sobrecarga do judiciário. Neste sentido, corroborando o entendimento de Dias, a mudança parece ter ampliado o problema, o que nos leva a questionar então, a real valia desta alteração legislativa.

Também se observou a falha do Poder Público quanto à fomentação e implementação de políticas públicas às famílias desestruturadas que tiveram seu poder familiar destituído. Critica-se, com respaldo em Nakamura, a presumida inovação da Lei nº 13.509/2017, considerando sua não observância quanto aos fatores práticos que possibilitariam a efetivação do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, a fim de diminuir o abandono destes.

Ademais, a burocracia foi levantada como fator determinante para a demora nos processos de adoção. Da pesquisa feita pelo CNJ depreende-se que é necessário haver mais profissionais, maior comunicação entre juízes, técnicos e promotoria, agilizar a guarda da criança e cumprir prazos, reduzir insistência em manter as famílias biológicas (para haver destituição, e posteriormente, adoção), e devem ser criadas varas especializadas somente em adoção e destituição. Conforme o estudo propõe, é preciso haver maior comprometimento do Poder Judiciário com a tramitação destes processos, pois são a falta de sensibilidade e de conhecimento do tema, legalismo excessivo, dentre outros fatores, os substanciais causadores destes entraves procedimentais. Desta maneira, havendo pesquisa oficial em âmbito judicial e de caráter nacional, questiona-se por que tais fatores ainda não foram executados na maioria das comarcas brasileiras: quais motivos justificam sobrepujar o princípio constitucionalmente garantido de proteção integral, e, portanto, o do melhor interesse da criança e do adolescente?

Por fim, discutiu-se a preferência pela constituição tradicional de família, por vezes observada nas Varas de Infância e Juventude. Constatou-se que esta predileção também afronta diretamente os princípios previstos no ECA e na CRFB/88, pois, entre a opção de ficar numa instituição de abrigo por tempo indefinido ou constituir-se a criança ou adolescente como parte de uma família não convencional, questiona-se em qual destas alternativas haverá possibilidade de um melhor crescimento e desenvolvimento. Sustentando-se pelo entendimento de Matos, independentemente da constituição familiar, cor da pele, da variação de idade, ou qualquer outro motivo de prejulgamento, se preenchidos os requisitos e verificado que a pessoa ou família tem interesse e condições de adotar, responsabilizando-se o adotante ao ter o adotando como seu filho sem distinções, a adoção mostra-se como a medida mais adequada.

CONCLUSÃO

Este artigo atingiu o objetivo inicialmente proposto, ao analisar e refletir sobre o processo de adoção e os impactos que sua demora podem acarretar à criança e ao adolescente. Constatou-se que é preciso respeitar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, além de proporcionar a estes a garantia de uma família, qual seja essencial ao desenvolvimento da criança. Entretanto, notou-se que nos processos de adoção envolvendo crianças e adolescentes, tais princípios são deixados em segundo plano, tendo em vista a morosidade e os consequentes impactos possivelmente gerados naqueles. Relativo à morosidade, vislumbra-se uma série de empecilhos, tanto legislativos quanto procedimentais, além de condutas dos agentes envolvidos nos processos de adoção por vezes contrárias à efetiva proteção integral da criança e do adolescente. Dentre as possíveis consequências da morosidade, observou-se o prolongamento do tempo de institucionalização dos adotandos, a negação ao convívio familiar constitucionalmente previsto, a dificuldade de construção de laços afetivos, e com o passar do tempo, a possibilidade de a criança e/ou adolescente tornar-se ‘inadotável’.

Desta maneira, torna-se necessário um remodelamento nos procedimentos relativos à adoção, a fim de que o adotando sofra o mínimo possível, tendo em vista que a demora e consequente institucionalização de crianças e adolescentes pode resultar em sérios e por vezes irreparáveis traumas psicológicos, como observado. Conclui-se que à falta do direito de convivência familiar, assegurado com absoluta prioridade pela Constituição Federal (art. 227, *caput*) atribui-se responsabilidade tanto ao Estado, quanto à sociedade e à família, conforme art. 4º, *caput* do ECA.

Ao considerar que a marca dos maus tratos e as dificuldades da criança e do adolescente não se restringem ao período em que estes encontram-se institucionalizados, verifica-se, com ainda mais diligência, que é necessário efetivar-se o melhor interesse da criança e do adolescente, evitando a burocratização e toda forma de discriminação que possa prejudicar a adoção da criança e do adolescente abandonado. Destarte, torna-se imprescindível a atuação da família, ao proporcionar um ambiente acolhedor e afetivo aos seus filhos (biológicos ou não), da sociedade, ao fiscalizar e fomentar o implemento de políticas públicas em prol da criança e do adolescente, e essencialmente do Poder Público, ao de fato desempenhar estas últimas, além de capacitar os membros atuantes do poder judiciário, a fim de evitar os retardos processuais.

Portanto, considera-se que a criança e o adolescente, por serem incapazes de advogar por si próprios, devem ser protegidos com absoluta prioridade, em todas as instâncias sociais. Referente à morosidade nos processos de adoção, objeto de estudo neste trabalho, é imprescindível valer-se deste referido princípio no trâmite processual, para assim fazer valer a essência instituída pelo ECA: à criança e ao adolescente deve ser dada a máxima importância, independentemente de outras demandas políticas, sociais ou judiciais. Por fim, resta claro que o assunto não foi esgotado com a presente pesquisa, merecendo ser alvo de novos estudos, debates, seminários e discussões, envolvendo o meio acadêmico, os operadores do direito e a sociedade em geral, em observância à análise aqui realizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Cadastro Nacional de Adoção. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Acesso em 3 jul. 2019.

_____. Código Civil de 1916. **Lei n.º 3.071 de 1.º de janeiro de 1916.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 11 mar. 2019.

_____. Código Civil de 2002. **Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 10 mar. 2019.

_____. Código de Menores. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 mar. 2019.

_____. Convenção dos Direitos da Criança. **Decreto Nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em 15 mai. 2019

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. **Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3133.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. **Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4655.htm>. Acesso em: 13 mar. 2019.

_____. **Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. **Lei 13.509, de 22 de novembro de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça pesquisa:** Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil. Uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário. Associação Brasileira de Jurimetria, 2015.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Passo a passo da adoção**. 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/cadastro-nacional-de-adocao-cna/passo-a-passo-da-adocao>. Acesso em 26 ago. 2019.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Relatórios estatísticos – Relatório de pretendentes cadastrados (Nacional) e Relatório de crianças cadastradas**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Acesso em 24 out. 2019

COPATTI, Lívia Copelli. O tempo dos processos de adoção: análise de alguns fatores determinantes. **Revista Juris Poiesis** - Rio de Janeiro. Vol. 21- n°25, 2018, pg. 91-120. Rio de Janeiro, 29 de abril de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DOMINGOS, Carla Hecht. A importância do processo de adoção no Brasil (1988-2006). **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, Nº 9, dez. de 2006.

DUQUE, Bruna Lyra. **Adoção, perda de uma chance e abandono estatal**. Revista de Direito de Família e das Sucessões, vol. 8/2016, p. 67 - 82 | Abr - Jun /2016.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008

GONÇALVES, Camila J. M. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **Revista Brasileira de Filosofia**, v. 236, p. 161-182, 2011. Disponível em

<http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_breves_consideracoes_sobre_o_principio_do_melhor_interesse_da_crianca_e_do_adolescente.aspx>. Acesso em 15 mai. 2019.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**, vol. 6: Direito de Família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MONEBHURRUN, Nitish. **Manual de metodologia jurídica:** técnicas para argumentar em textos jurídicos**.** São Paulo: Saraiva, 2015.

MACIEL, K. R. F. L. A. (Coord.). Adoção. In: BORDALLO, G. A. C. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Parte I, p. 352-434.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
MATOS, A. C. H. O Princípio do Melhor Interesse da Criança nos processos de adoção e o Direito Fundamental à família substituta. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia.** Curitiba, v. 12, n. 12, p. 285-301, julho/dezembro de 2012

NAKAMURA, C. R. Criança e adolescente: sujeito ou objeto da adoção? Reflexões sobre menorismo e proteção integral. **Serv. Soc. Soc**., São Paulo, n. 134, p. 179-197, jan./abr. 2019

ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por> Acesso em: 20 mar. 2019

SANTOS, Pedro Antonio dos, *et al*. **Metodologia da pesquisa social: da proposição de um problema à redação e apresentação do relatório**. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, C. A. S. A celeridade nos processos de adoção: uma reflexão acerca da necessária desburocratização do processo. **Revista de Direito Privado**. Vol. 73/2017, p. 181 – 195, Jan/2017.

SORDI, de José Osvaldo. **Elaboração de pesquisa científica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. Vol. 5, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

O TRABALHO DE GESTANTES E LACTANTES EM AMBIENTE INSALUBRE APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 13.467/17 E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

Rafaela Masson[1]
Luís Felipe do Nascimento Moraes[2]

Resumo: O presente Artigo Científico objetiva a análise da proteção assegurada às grávidas ou lactantes que laboram em ambiente de trabalho insalubre, sob a ótica das mudanças ocorridas no art. 394-A da CLT com a Reforma Trabalhista, bem como dos motivos que levaram à decretação de inconstitucionalidade de parte do dispositivo supracitado (ADI 5.938). Neste sentido, diante da importância de proteger o nascituro e a mulher grávida ou lactante no ambiente de trabalho e ante a relevância de resguardar os direitos fundamentais da pessoa assegurados pela Constituição Federal, faz-se necessária a compreensão dos impactos desta alteração. No que se refere à metodologia científica utilizada, a presente pesquisa adotou uma abordagem qualitativa, bibliográfica, com método dedutivo e parâmetro explicativo. A partir deste estudo, conclui-se que todas as alterações realizadas no art. 394-A da CLT, após sua inserção pela Lei nº 13.287/16, são retrocessos na seara da Justiça do Trabalho, ao passo que, suprimiram-se direitos conquistados e alterou-se de forma negativa as condições laborais para gestantes ou lactantes que trabalham em locais insalubres. Dentre as mutações desfavoráveis no referido artigo, destaca-se àquelas advindas da Reforma Trabalhista, que são sem dúvidas as mais prejudiciais, vez que o legislador caminhou na direção oposta aos princípios constitucionais, trouxe como regra à exposição da trabalhadora à agentes nocivos a sua saúde e como exceção, o seu afastamento, vindo a lesionar uma série de bens jurídicos protegidos pela Carta Magna Brasileira.

Palavras-chave: Grávidas. Lactantes. Insalubridade. Reforma Trabalhista. ADI 5.938.

INTRODUÇÃO

A participação da mulher no mercado de trabalho impôs, não apenas ao constituinte originário (CRFB/88) mas também ao legislador infraconstitucional, a necessidade de compatibilizar os papeis de trabalhadora e mãe, estabelecendo proteções às grávidas ou lactantes, com o objetivo de proteger a maternidade de uma forma geral.

Desta feita, em razão da necessidade social e econômica do país, foi publicada no dia 13 de julho de 2017 e passando a vigorar no dia 11 de novembro de 2017 a lei que reforma a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ocasionando à alteração de diversos dispositivos, em especial, do art. 394-A que trata do trabalho de grávidas ou lactantes em ambiente insalubre sendo esse, objeto do presente estudo.

A Reforma Trabalhista alterou significativamente o art. 394-A da CLT, mantendo, porém, a vedação absoluta ao trabalho de grávidas em ambiente de insalubridade máxima, mas abrindo a possibilidade de grávidas laborarem em locais de insalubridade de graus médio e mínimo, salvo se apresentarem atestado médico recomendando o seu afastamento. Também as lactantes foram afetadas pela Reforma Trabalhista de 2017. Antes, lhes era garantido o afastamento de atividades insalubres de qualquer grau e, após a Reforma, apenas têm direito ao afastamento se apresentarem atestado de saúde.

Os efeitos da nova redação do art. 394-A da CLT foram, no entanto, fortemente sentidos por trabalhadoras grávidas ou lactantes que atuam em locais insalubres, a exemplo, nas indústrias metalúrgicas. Não por acaso, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos propôs, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), Ação

1. Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). E-mail: rafaela_masson@hotmail.com.
2. Professor Doutor do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). E-mail: lfmadv@terra.com.br.

Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938 contra as partes finais dos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho, que foi posteriormente conhecida e provida.

Desta forma, ante a importância de resguardar os direitos fundamentais da pessoa assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil e diante das controvérsias geradas pelas alterações do art. 394-A da CLT, este estudo traz ponderações importantes sobre o tema, principalmente, no que tange à compreensão dos impactos de tais modificações.

Para tanto, o presente Artigo Científico foi dividido nos seguintes tópicos: 1) insalubridade; 2) um estudo de direito comparado – a legislação trabalhista portuguesa e; 3) a inconstitucionalidade do art. 394-A, da lei n. 13.467/17.

Assim, buscou-se na primeira parte definir o que é um ambiente insalubre, seus graus e desdobramentos, bem como fazer uma análise crítica do adicional de insalubridade no salário dos empregados. Seguidamente, na segunda parte, realizou-se um estudo de direito comparado com a legislação trabalhista portuguesa. Por fim, na terceira parte, discorreu-se sobre à proteção à maternidade e o direito à vida, assegurados em vários dispositivos da Constituição Federal, como também se examinou a ADI 5.938 que determinou a inconstitucionalidade de parte da matéria elencada no art. 394-A da CLT em prol da saúde de grávidas ou lactantes que laboram em local insalubre. Ainda, procurou-se fazer uma análise temporal do art. 394-A na Consolidação das Leis do Trabalho com o intuito de exemplificar todas modificações no respectivo artigo, a fim de fazer um estudo sobre o princípio da vedação ao retrocesso social no que concerne as garantias sociais de cunho constitucional.

1. INSALUBRIDADE

1.1 CONCEITO DE ATIVIDADE INSALUBRE

O conceito legal de atividade insalubre está previsto no artigo 189 da Consolidação das Leis do Trabalho, que define:

> serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos (BRASIL, 1943, s.p.).

Os limites de tolerância mínimos são fixados em função da natureza e da intensidade do agente agressor, bem como, pelo tempo que o trabalhador fica exposto aos seus efeitos. De acordo com Leite (2018) o adicional de insalubridade previsto no art. 189 da CLT é uma parcela salarial destinada a compensar o trabalho realizado em condições nocivas à saúde do empregado, ficando este sujeito a agressões de agentes físicos, químicos ou biológicos. Classificam-se como agentes físicos, o ruído, o calor, radiações, frio, vibrações e a umidade. No que tange aos agentes químicos, estes podem ser poeira, gases, vapores, névoas e fumos. Por outro lado, os agentes biológicos são os microrganismos, vírus e as bactérias.

Ademais, a legislação trabalhista brasileira determina que para uma atividade ou operação ser considerada insalubre, além da exposição do trabalhador ao agente nocivo, esta atividade deve constar na Norma Regulamentadora nº 15 (NR-15) elaborada pelo

Ministério do Trabalho[3]. Desse modo, Leite (2018, p. 482) se posiciona "[...] cabe ao Ministério do Trabalho aprovar o quadro de atividades e operações consideradas insalubres, bem como os requisitos e limites de tolerância para caracterização da insalubridade para cada um dos agentes nocivos", ou seja, o Ministério do Trabalho elabora normas regulamentadoras, como a NR-15, para definir quais os agentes e as condições insalubres, bem como o nível do respectivo adicional.

A Norma Regulamentadora nº 15 contém 14 anexos (BRASIL, 2019), sendo eles: ruído contínuo ou intermitente (anexo I), ruídos de impacto (anexo II), exposição ao calor (anexo III), radiações ionizantes (anexo V), trabalho sob condições hiperbáricas (anexo VI), radiações não-ionizantes (anexo VII), vibrações (anexo VIII), frio (anexo IX), umidade (anexo X), agentes químicos (anexos XI, XIII e XIII A), poeiras minerais (anexo XII) e agentes biológicos (anexo XIV).

1.2 GRAUS DE INSALUBRIDADE E A VALORAÇÃO DO ADICIONAL NO SALÁRIO DO EMPREGADO

A insalubridade pode ser classificada de acordo com os graus: i) máximo; ii) médio ou iii) mínimo. Tal divisão varia conforme a gravidade e a intensidade do agente insalubre em que o trabalhador está exposto.

> A identificação do **agente nocivo**, a indicação **da natureza, das condições e dos meios nocivos** e o estabelecimento dos **limites de tolerância** cabem, por força de lei (art. 155, I, da CLT), ao Ministério do Trabalho. É ele quem aprova, mediante atos administrativos, o quadro indicativo de atividades e de operações insalubres, sendo também o responsável pela adoção de normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, os meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes (MARTINEZ, 2019, p. 377) (grifo no original).

Outrossim, para a caracterização de insalubridade e a classificação do seu respectivo grau, é imprescindível que seja realizada perícia no ambiente de trabalho, sendo esta feita por médico ou engenheiro do trabalho.

Ainda, acrescenta-se que, os graus de insalubridade podem ser eliminados ou reduzidos através de medidas adotadas pela empresa para que o local fique no nível de tolerância estabelecido pelo Ministério do Trabalho. Desta feita, uma das formas que podem ser assumidas é o fornecimento de EPIs (Equipamentos de Proteção Individual) que, de acordo com a NR-6 do Ministério do Trabalho, "considera-se equipamento de proteção individual – EPI todo dispositivo ou produto, de uso individual, utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho" (MARTINEZ, 2019, p. 374).

Consequentemente, os EPIs são utilizados pelo empregador a fim de diminuir a intensidade do agente nocivo presente no ambiente laboral, devendo ser disponibilizado de forma gratuita para todos os trabalhadores que estejam em contato com os riscos advindos de tal agente.

Assim sendo, depreende-se que um local insalubre de grau máximo, pode ensejar um adicional de insalubridade de grau médio ou mínimo para o empregado que utiliza equipamentos de proteção individual, pois estes neutralizam os efeitos dos agentes

3. Extinto durante o governo de Jair Bolsonaro através da Medida Provisória n. 870/2019 que foi posteriormente aprovada pelo Congresso Nacional e então criada a Lei n. 13.844/2019, que determinou em síntese, a divisão de atribuições do Ministério do Trabalho ao Ministério da Economia.

nocivos. Outrossim, denota-se que o mesmo ocorre em qualquer nível de insalubridade, podendo ainda, haver a eliminação da percepção do adicional respectivo pelo uso dos EPIs.

Além disto, quanto a valoração do adicional no salário do empregado, o art. 192 da CLT preceitua:

> o exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo (BRASIL, 1943, s.p.).

Nesse viés, o artigo delimita a aplicação do adicional pago ao empregado que trabalha em ambiente insalubre, conforme o grau em que está exposto, tendo como base fixa o salário-mínimo da região.

Na mesma esteira, é o entendimento da Constituição Federal, que estabelece em seu art.7º, inciso XXIII, que é direito do trabalhador o adicional de remuneração para as atividades insalubres. Assim, em decorrência do empregado trabalhar em um local insalubre, isto é, em um ambiente que ultrapassa o limite de tolerância estabelecido pelas normas regulamentadoras, é assegurado ao empregado um adicional no seu salário de 10% (dez por cento), se a atividade for enquadrada em grau mínimo, 20% (vinte por cento) se a atividade for de grau médio ou 40% (quarenta por cento) se a atividade for classificada em grau máximo.

O respectivo adicional é calculado tomando por base o salário-mínimo da região do empregado. Por exemplo, um trabalhador de Santa Catarina no ano de 2020 tem como piso salarial de primeira faixa R$ 1.215,00 (mil duzentos e quinze reais) e este, trabalha em ambiente insalubre de grau médio. O adicional será de R$ 1.215,00 x 0,2 (20%), ou seja, o empregado receberá R$ 243,00 (duzentos e quarenta e três reais) de acréscimo no seu salário mensal.

1.3 A CRÍTICA DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Como já exposto, o empregado que trabalha em ambiente insalubre recebe um acréscimo no seu salário, porém há várias críticas e discussões acerca de tal adicional.

> É muito criticada a solução adotada no Brasil de compensar com remuneração adicional (monetização do risco) o trabalho em condições insalubres, perigosas ou penosas. Afirma-se que o procedimento implica venda da saúde do trabalhador e sugere-se a redução da jornada com maior período de descanso (BARROS, 2017, p. 695).

A crítica que se faz ao adicional de insalubridade é no sentido de que este adicional não passa de uma mera tentativa de compensar o trabalhador pela prestação de serviços em condições mais gravosas à sua saúde que o normal. Monetiza-se o risco, ou seja, paga-se ao trabalhador para que ele exponha a sua saúde e a sua segurança à agentes e causas nocivas.

> [...] é constatado que, para os empregadores, é extremamente vantajoso continuar com o pagamento do adicional ao invés de investir na melhoria dos ambientes de trabalho, demonstrando a ineficácia do critério de monetização do risco em combater, na origem, as causas nocivas à saúde e segurança do trabalhador –

> permitindo que o mesmo permaneça convivendo com tais condições insalubres (FLECK, 2017, p. 7).

Essa corrente defende que os empregados não deveriam se submeter à trabalhos prejudiciais à sua saúde, isto é, não deveria haver trabalhos em ambientes insalubres. Nos dias atuais é mais 'vantajoso e prático' para o empregador pagar o ínfimo adicional do que investir na minimização de riscos, eliminando assim o elemento nocivo à saúde do trabalhador. Da mesma forma, o trabalhador prefere se sujeitar à essas condições insalubres, para receber um acréscimo em seu salário, tornando-se assim, uma situação 'confortável' para ambos.

A Constituição da República Federativa do Brasil estatui em seu art. 196 "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1988, s.p.). Acontece que, no Brasil faltam medidas eficazes que reduzam a exposição dos trabalhadores à ambientes insalubres.

> A Argentina (artigo 200 da Lei 20.744/197618), o Paraguai (artigo 198 da Lei 213/199319) e o Uruguai (artigo 1º da Lei 11.577/195020), por exemplo, para citar países que junto com o Brasil compõem o MERCOSUL (Mercado Comum do Sul), optaram pela redução da jornada de trabalho dos empregados que laboram em atividades ou operações insalubres, sem diminuição do salário correspondente à jornada normal de 8 horas diárias (PEREIRA, 2017, p. 46).

Percebe-se que em vários países a supremacia maior é o bem-estar do trabalhador, no qual as empresas preferem diminuir a carga horária da jornada de trabalho, sem diminuição no salário, ao invés de deixar seus empregados submetidos à maiores riscos à sua saúde. Nos dizeres de Fleck (2017, p. 2) "ao contrário da tendência internacional favorável a redução da jornada em trabalhos insalubres, o Brasil insiste no pagamento deste adicional – ou seja, insiste na monetização do risco".

Ainda, importante destacar, a incoerência das medidas preventivas, pois inauditas são as normas que são cumpridas, como é o caso do fornecimento de EPIs, visto que, não é preciso fazer uma longa pesquisa jurisprudencial, para perceber que vários trabalhadores se queixam que não recebem equipamentos de proteção individual ou quando recebem, estes estão vencidos, além de não terem seu uso fiscalizado.

2. UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO – A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA PORTUGUESA[4]

Indubitavelmente, para se entender as normas protetivas à mulher gestante ou lactante na esfera trabalhista brasileira, faz-se importante um estudo de direito comparado. Assim sendo, buscou-se analisar a legislação trabalhista de Portugal.

Em síntese, o código do trabalho de Portugal é composto de 566 artigos, sendo um deles – artigo 62, especialmente direcionado para a proteção, segurança e saúde da trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, que assim dispõe no seu número 1 "a trabalhadora grávida, puérpera ou lactante tem direito a especiais condições de segurança e saúde nos locais de trabalho, de modo a evitar a exposição a riscos para a sua segurança e saúde, nos termos dos números seguintes" (PORTUGAL, 2009, s.p.).

4. Este item tem como base jurídica a Lei n.º 7/2009, que rege as relações laborais em Portugal entre trabalhadores e empregadores.

Ainda, primordialmente, importante destacar algumas diferenças. No Brasil, a caracterização de exposição da trabalhadora à agentes ou condições insalubres realiza-se através de perícia. Por outro lado, em Portugal, quem procede a avaliação da natureza, grau e duração da exposição da trabalhadora, bem como os riscos e medidas a serem tomadas é o próprio empregador, sendo que os resultados da avaliação e as medidas a serem tomadas devem ser informadas por escrito à trabalhadora.

> 2 - Sem prejuízo de outras obrigações previstas em legislação especial, em atividade suscetível de apresentar um risco específico de exposição a agentes, processos ou condições de trabalho, o empregador deve proceder à avaliação da natureza, grau e duração da exposição de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, de modo a determinar qualquer risco para a sua segurança e saúde e as repercussões sobre a gravidez ou a amamentação, bem como as medidas a tomar (PORTUGAL, 2009, s.p.).

Ademais, as soluções a serem tomados pelo empregador, para evitar que a trabalhadora gestante ou lactante se exponha à riscos para à sua saúde e a do nascituro, envolvem várias medidas, quais sejam, a adaptação das condições de trabalho, ou se esta for impossível, demorada ou onerosa, a trabalhadora deve ser direcionada para outras funções compatíveis com o seu estado e categoria profissional. No entanto, se estas medidas não forem viáveis, o empregador deverá dispensar a empregada durante o tempo que for necessário.

Desta forma, caso a avaliação indique que os agentes ou condições de trabalho tendem a colocar em perigo a segurança da empregada grávida ou lactante, bem como, o desenvolvimento do nascituro, fica absolutamente vedado o trabalho da mulher neste ambiente. Ainda, a legislação trabalhista portuguesa, confere o direito as trabalhadoras grávidas ou lactantes, nos casos em que estas percebam que o empregador não está cumprindo suas obrigações, de poderem solicitar uma fiscalização, sendo esta feita, pelo órgão com competência *inspetiva*[5] do ministério responsável pela área laboral.

Verifica-se que não é preciso um estudo muito longo para perceber que ainda que sejam asseguradas várias garantias às mulheres portuguesas, a maior parte dos quesitos fica a encargo do empregador – parte mais forte da relação trabalhista, uma vez que é o empregador quem aprecia a natureza do agente nocivo, seu grau e duração de exposição, bem como quais as medidas que devem ser adotadas.

Na hipótese de uma trabalhadora grávida que está submetida à condições insalubres, pois o empregador não cumpriu com seus deveres de forma correta, estando suas avaliações e conclusões a respeito do local de trabalho eivadas de irregularidades, eis a questão: qual a probabilidade da empregada solicitar uma fiscalização?

Possivelmente, muitas trabalhadoras grávidas ou lactantes não solicitarão uma vistoria por medo de perderem seus empregos, sujeitando-se por um período indeterminado de tempo, à exposição de agentes prejudiciais a sua saúde e a de seu bebê. Aliás, não seria diferente no Brasil, caso parte da matéria dada pela Reforma Trabalhista ao art. 394-A da CLT, não tivesse sido declarada inconstitucional, uma vez que, várias mulheres deixariam de procurar um médico para atestar a necessidade de seu afastamento, ante a possibilidade de perderem a sua fonte de renda.

5. Termo utilizado pela Lei n.º 7/2009. Adjetivo feminino. Relativo a inspetar ou inspeção.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 394-A, DA LEI N. 13.467/17

3.1 A PROTEÇÃO À MATERNIDADE E O DIREITO À VIDA

Segundo Barros (2017, p. 693) “quando o empregado é admitido pelo empregador, leva consigo uma série de bens jurídicos (vida, saúde, capacidade de trabalho, etc.), os quais deverão ser protegidos por este último, com adoção de medidas de higiene e segurança”. Nesse sentido, cabe ao empregador zelar pela saúde e bem-estar de seu funcionário, com observância no mínimo essencial concernente aos direitos sociais, de modo a resguardar os princípios norteadores da dignidade humana. Assim, “o dano a saúde deverá ser considerado como a diminuição da integridade psicofísica do trabalhador, em toda a sua dimensão humana concreta, provocada pelo empregador, por meio de uma conduta dolosa, culposa ou por um risco criado” (BARROS, 2017, p. 700).

Desse modo, a proteção à saúde, à maternidade e à infância enalteceu a qualidade de direito social, nos moldes do art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. Nos dizeres de Martinez (2019, p. 832) “a lei protege o instituto ‘maternidade’, e não unicamente a gestante, o nascituro ou o recém-nascido, entendendo-o como um complexo que envolve um conjunto de estados temporários, todos merecedores de uma diferenciada atenção”. Verifica-se, portanto, que a proteção à vida se concretiza com a proteção a maternidade, vez que, o período gestacional reflete no desenvolvimento da criança, sendo importante ter em mente, que o feto reage também aos estímulos do ambiente externo. Desta forma, “tais garantias visam, na verdade, propiciar o desenvolvimento hígido e, assim, a saúde do concepto, que necessita de uma tutela muito maior do que aquela concedida à gestante” (PEREIRA, 2017, p. 64).

Nesse sentido, verifica-se que são garantidos constitucionalmente os direitos sociais, bem como, são princípios norteadores de toda República Federativa do Brasil, não podendo ser suprimidos e tampouco, retroagidos. Portanto, conforme Rafagnin (2019, p. 7) “tanto a progressividade como a vedação ao retrocesso buscam assegurar a proteção aos direitos sociais, de modo que se houver alterações, estas não sejam para a retirada de tais direitos, mas sim, para garantir uma proteção ainda maior”. Deste modo, mesmo não estando expresso na Constituição da República Federativa do Brasil o princípio da vedação ao retrocesso social, este deve ser respeitado em qualquer seara jurídica.

Ocorre que, a Reforma Trabalhista, ao alterar a redação do art. 394-A da CLT, trazendo como regra o trabalho de grávidas em locais de insalubridade de graus médio e mínimo, e às lactantes, o labor em ambientes insalubres, independentemente do grau, sendo estas afastadas somente com a apresentação de atestado de saúde médico, violou o princípio da vedação ao retrocesso social, ao passo que, retirou direitos já concebidos às mesmas. Uma vez conquistado o direito, este deve permanecer, buscando melhorias e sendo vedado o seu retrocesso jurídico.

> Assim, identifica-se que a nova legislação ao invés de atuar na redução de riscos à saúde da criança, bem como da empregada gestante ou lactante, potencializa esses riscos, principalmente se for considerada a dificuldade de obtenção de um atestado médico para que a trabalhadora se afaste dessas atividades. Logo, essa nova legislação por contrariar o que se encontra disposto no texto Constitucional, fere direitos fundamentais, bem como o princípio da vedação ao retrocesso (RAFAGNIN, 2019, p. 9).

Nesse viés, a Reforma Trabalhista não condiz com os direitos sociais conquistados pela sociedade, nem mesmo, com o progresso da legislação. Ao dispor como regra, a exposição da trabalhadora gestante ou lactante em ambiente insalubre, traz afrontas à proteção anteriormente garantida pela Constituição Federal e pelas demais leis infraconstitucionais.

Ainda, infere-se do art. 196, da CRFB/88, que a saúde é direito de todos e cabe ao Estado reduzir riscos de doença e outros agravos. Nesta seara, não se pode olvidar que a vida é o bem jurídico mais importante do ser humano, cabendo ao Estado preservá-la desde a sua concepção. Neste sentido, ressalta-se que à proteção de empregadas grávidas ou lactantes em ambiente de trabalho insalubre, deveria ser garantida pelo Estado, ao passo que, fosse assegurado o direito a maternidade. No entanto, o que verifica-se no dispositivo trazido pela Reforma Trabalhista – art. 394-A da CLT, é uma subtração de direitos.

Sendo assim, quanto aos direitos sociais,

> além de buscar-se uma proteção do Estado para com os cidadãos, deve-se buscar também um meio de efetivação por meio dos agentes estatais de modo a garantir que tais direitos sejam aplicados e efetivados, bem como evitar qualquer retorno a uma situação de não proteção desses direitos, ou seja, a caracterização da vedação ao retrocesso (SOARES; HOOGERHEIDE; PEREIRA, 2017, p. 16).

Destarte, um Estado Democrático de Direito deve garantir o acesso e o respeito aos direitos humanos e as garantias fundamentais, ao passo que, há a necessidade que sejam asseguradas proteções jurídicas.

3.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938

Os efeitos da nova redação do art. 394-A da CLT foram fortemente sentidos por trabalhadoras grávidas ou lactantes que atuam em locais insalubres, a exemplo, nas indústrias metalúrgicas. Não por acaso, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – CNTM propôs, em 26 de abril de 2018, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938 contra as partes finais dos incisos II e III do art. 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

> Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:
> I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;
> II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, **quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento** durante a gestação;
> III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, **quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento** durante a lactação (BRASIL, 2017, s.p.) (grifo da autora).

A Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – CNTM (ADI 5.938, 2018), entende que as partes finais dos incisos II e III do art. 394-A da CLT, ataca a proteção assegurada pela Constituição Federal, no que diz respeito à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher, ao nascituro, aos recém-nascidos, ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho equilibrados, pois estabelece como regra a exposição da

empregada à situação de insalubridade, e esta, tem o ônus de comprovar a sua situação de vulnerabilidade.

Assim, na peça inaugural da ADI 5.938, verifica-se que a CNTM sustenta que a normativa presente no artigo 394-A da Reforma Trabalhista incentiva o trabalho insalubre de grávidas ou lactantes, pois a mulher não procurando um médico e por conseguinte, não tendo à recomendação do profissional atestando o seu afastamento, continuará exposta aos agentes nocivos a sua saúde e à do nascituro ou recém-nascido.

> Sabidamente, são muitas, senão a maioria, as trabalhadoras de baixa renda e de pouca escolaridade que, ante a possibilidade de perda da remuneração a título de adicional de insalubridade, deixarão de procurar um médico para continuarem trabalhando em condições insalubres, comprometendo não só a sua saúde, mas, também, a saúde dos nascituros e dos recém-nascidos (ADI 5.938, 2018, s.p.).

Ademais, conceder a decisão unicamente a um profissional da saúde, pode ocasionar uma série de prejuízos à trabalhadora. Segundo Lapa e Kertzman (2018 *apud* SOARES; HOOGERGEIDE e PEREIRA, 2017, p. 12)

> nota-se que foi transferida para a gestante a responsabilidade de obter, junto ao médico de sua confiança, atestado recomendando o afastamento do ambiente insalubre durante a gravidez. Porém, não é levado em conta que o referido profissional, em regra, não conhece o local de trabalho dos seus pacientes, bem como não possui conhecimento teórico sobre as normas de segurança do trabalho para atestar níveis de insalubridade, tornando-se um tanto quanto arriscado conceder esta decisão exclusivamente à ele.

Assim, valores protegidos de forma expressa pela CRFB/88, são afrontados pela expressão impugnada, quais sejam: “[...] (a) art. 1º, IV; (b) art.6º; (c) art. 7º, XX e XXII; (d) art. 170; (e) art. 193; (f) art. 196; (g) art. 201, II; (h) 203, I; e (i) art. 225” (ADI 5.938, 2018, s.p.).

O art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal preceitua que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Ainda, o art. 6º do mesmo dispositivo acima supracitado assegura às trabalhadoras o direito social à saúde e a proteção à maternidade. Outrossim, infere-se do art. 7º, incisos XX e XXII que são direitos dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, bem como, a proteção do mercado de trabalho da mulher.

Além disto, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos aduz que

> [...] também restou violado o art. 170 da Constituição Federal, regra matriz da ordem econômica do Estado Brasileiro, uma vez que o **ato impugnado desprestigia a valorização do trabalho humano e a asseguração à existência digna** ao obrigar as gestantes e lactantes a trabalharem em atividades consideradas insalubres (ADI 5.938, 2018, s.p.) (grifo no original).

De mais a mais, também foi infringido o art. 193 da CRFB/88, que estabelece “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais" (BRASIL, 1988, s.p.). Além do mais, para culminar, o dispositivo do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho, violou os preceitos estabelecidos no art. 196 da Carta Magna Brasileira, que estabelece que a saúde é direito de todos e cabe ao Estado garantir medidas que visem a proteção e a redução do risco de doenças e de outros agravos. Desta forma, resta inequívoco que, as gestantes, as lactantes, os nascituros e os recém nascidos tem direito à saúde. Ainda, nesse ínterim:

> 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:
> [...] II - proteção à maternidade, especialmente à gestante.
> [...] Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
> I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (BRASIL, 1988, s.p.).

Outra afronta que merece destaque, refere-se ao art. 205 da Constituição da República Federativa do Brasil, que dispõe sobre o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado para à sadia qualidade de vida. Além disto, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, fundamentou-se no ODM nº 5 e no ODS nº 5.

> Convém ressaltar que o cuidado com a saúde maternal é considerado como uma das prioridades que deve ser observada pelos distintos países no que concerne ao seu compromisso com a promoção de desenvolvimento, conforme consta do Objetivo de Desenvolvimento do Milênio - ODM nº 5 (melhorar a saúde materna) e do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável - ODS nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos documentos subscritos no âmbito da Organização das Nações Unidas (ADI 5.938, 2018, s.p.).

Desse modo, pelos vários motivos expostos, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos requereu que as expressões contidas nos incisos II e III “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento” (BRASIL, 2017, s.p.) fossem excluídas do texto normativo.

O processo foi distribuído ao Ministro Relator Alexandre de Moraes, que determinou a oitiva da Advocacia-Geral de União e da Procuradoria-Geral da República. Nesse viés, a Procuradoria-Geral da República sustentou no mérito, a procedência da ADIN, com fulcro nos princípios da precaução e do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais.

Intimada para se manifestar acerca da proposta de inconstitucionalidade, a Advocacia-Geral da União aduziu em síntese, que o atestado médico que recomende o afastamento da mulher gestante ou lactante, pode ser redigido por médico de sua confiança, não exigindo-se que seja um médico indicado pela empresa ou da rede pública. Além disto, sustentou que a empregada mesmo afastada de suas atividades em ambiente insalubre, continuará recebendo o ínfimo adicional.

> [...] de acordo com o caput e o §2° do artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho, o afastamento da gestante ou lactante do exercício de atividades consideradas insalubres não implica redução salarial, em especial a supressão do adicional de insalubridade. De todo improcedente, portanto, a alegação da autora no sentido de que muitas trabalhadoras, principalmente aquelas com menor condição econômica, para não perderem o referido adicional, ‘deixarão de procurar um médico para continuarem trabalhando em condições insalubres’ (fl.07 da petição inicial) (ADI 5.938, 2018, s.p.).

Ademais, a Advocacia-Geral da União afirma que a compulsoriedade de seu afastamento pode ser um fator preponderante na desestimulação a contratação de mulheres. Por fim, pugna pela improcedência do pedido formulado pela requerente.

No plenário realizado no dia 29 de maio de 2019, sob a presidência do Ministro Dias Toffoli e presentes na sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio,

Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes, decidiram por unanimidade conhecer da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938 e por maioria julgá-la procedente, declarando a inconstitucionalidade da expressão 'quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomendo o afastamento'.

Infere-se do julgamento, notadamente do voto do ministro relator, Alexandre de Moraes, que a norma impugnada diminui a tutela de direitos sociais indisponíveis. Ainda, tal ministro acredita que a proteção à maternidade e à criança "são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido" (ADI 5.938, 2018, s.p.).

O ministro Edson Fachin, fundamentou seu voto na luta e conquista histórica das mulheres no processo de reconhecimento de direitos em igualdade de condições. Para culminar, o ministro Luís Roberto Barroso, amparou em seu voto a redação originária do artigo impugnado, que dispunha como regra, o afastamento da mulher gestante ou lactante de qualquer ambiente de trabalho insalubre, seja qual fosse o grau de insalubridade, aduzindo que a exigência de apresentação de atestado médico é incompatível com os ditames da Constituição Federal.

A ministra Rosa Weber, ao acompanhar o voto da maioria dos ministros, afirma a desigualdade entre os sujeitos da relação de emprego. Infere-se do seu voto, que

> [...] a desigualdade substancial, ínsita ao vínculo empregatício - diante da vulnerabilidade do ser humano que aliena antecipadamente o resultado de seu trabalho a quem lhe dirige a atividade -, continua a exigir em nossos dias, independentemente do destinatário dos serviços, a afirmação do princípio tuitivo, informador do Direito do Trabalho, e suas derivações, na tentativa, valendo-me mais uma vez de conhecida metáfora, de equilibrar os pratos da balança (ADI 5.938, 2018, s.p.).

Nessa mesma ótica, a ministra Cármen Lúcia assenta que as empregadas acabam sendo retaliadas por uma sociedade, na qual qualquer possibilidade de afastamento, é operada em seu desfavor. O ministro Luiz Fux, que também votou pela procedência da ADIN, apoia seu voto na inconstitucionalidade da norma por violação à proteção à família, à igualdade de gênero, aos valores sociais do trabalho e à proteção à saúde. Ainda, nesse ínterim, o ministro Ricardo Lewandowski respalda que a reforma trabalhista é um assunto controvertido e saúda o voto do ministro Alexandre de Moraes.

O ministro Gilmar Mendes, sem delongas, acompanha às inteiras manifestações de inconstitucionalidade do art. 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho. Já o ministro Celso de Mello, fundamenta seu voto no princípio da vedação ao retrocesso social e aduz que "se esta Suprema Corte, por absurdo, julgasse válida a expressão normativa contida na regra legal ora impugnada, tal decisão implicaria frontal transgressão ao princípio que veda o retrocesso social" (ADI 5.938, 2018, s.p.).

Por outro lado, de acordo com o ministro Marco Aurélio – que proferiu o único voto divergente, a reforma trabalhista está em plena harmonia com a Constituição da República Federativa do Brasil.

> Com que norma da Lei das leis, que é a Constituição Federal, conflitam esses dois dispositivos? Não se tem como indicá-la, porque a proteção prevista na Constituição Federal, quanto à trabalhadora, está preservada. Não se discute o direito à licença, que, geralmente, se deixa para tirar após o parto; cogita-se tão somente da necessidade, se esse for o desejo da mulher, de apresentar atestado

> médico no sentido da conveniência do afastamento. Não é desarrazoada essa exigência, Presidente. E é muito fácil conseguir-se atestado médico (ADI 5.938, 2018, s.p.).

Assim sendo após decretada a inconstitucionalidade de parte da matéria elencada no art. 394-A da reforma trabalhista, passou-se a viger a proibição total do trabalho de gestantes ou lactantes em locais insalubres, seja qual for o grau de exposição, não precisando estas apresentarem nenhum tipo de recomendação para serem afastadas.

3.3 ANÁLISE TEMPORAL DO ART. 394-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

O art. 394-A que trata sobre o trabalho de grávidas ou lactantes que laboram em ambiente insalubre, desde que foi incluído na Consolidação das Leis do Trabalho, sofreu diversas alterações, causando várias controvérsias a respeito da sua matéria. Nesse sentido, foi elaborado o quadro 1 com o intuito de exemplificar todas modificações no respectivo artigo, a fim de fazer uma análise da legislação trabalhista brasileira.

Quadro 1 – Análise temporal do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho

Insalubridade		**Lei nº 13.287/16**	**Lei nº 13.467/17**	**MP nº 808/17**	**ADI 5.938**
Grau máximo	Grávidas	**X**	**X**	**X**	**X**
	Lactantes	**X**	Atestado médico	Atestado médico	**X**
Grau médio	Grávidas	**X**	Atestado médico	**X**	**X**
	Lactantes	**X**	Atestado médico	Atestado médico	**X**
Grau mínimo	Grávidas	**X**	Atestado médico	**X**	**X**
	Lactantes	**X**	Atestado médico	Atestado médico	**X**
Adicional recebido	Grávidas		**X**	Não	**X**
	Lactantes		**X**	Não	**X**

Fonte: Primária (2020).

Nesse sentido, infere-se que foi a Lei nº 13.287/16 que acrescentou o art. 394-A à CLT, e esta previa “a empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre” (BRASIL, 2016, s.p.). Assim, independentemente do grau, a empregada grávida ou lactante deveria ser afastada de atividades insalubres. No entanto, a referida lei nada dispunha à respeito do pagamento do adicional de insalubridade, nos casos em que à empregada, em razão de suas condições, passava agora à exercer suas funções em local salubre da empresa.

Em razão da dinâmica social e econômica do país, o poder executivo, no entanto, apresentou o Projeto de Lei nº 6.787/2016 que resultou na Lei nº 13.467/2017, mais conhecida como Reforma Trabalhista.

A Reforma Trabalhista, aprovada no dia 13 de julho de 2017 e que começou a vigorar no dia 11 de novembro do mesmo ano, alterou profundamente vários dispositivos da legislação trabalhista, em especial, o art. 394-A. Anteriormente, restava proibido o trabalho de mulheres gestantes ou lactantes em locais de trabalho insalubres, seja qual

fosse o grau de exposição aos agentes nocivos. No entanto, a reforma trabalhista abriu à possibilidade para que as mesmas, pudessem laborar nestas áreas.

> Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:
> I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;
> II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;
> III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação (BRASIL, 2017, s.p.).

Desta forma, foi mantido o afastamento imediato da empregada gestante de atividades insalubres de grau máximo, porém, foi aberta à possibilidade destas trabalharem em ambiente de insalubridade de graus médio e mínimo, salvo se apresentassem atestado médico que recomendasse o seu afastamento.

No que tange às empregadas lactantes, estas só seriam retiradas de suas atividades – ainda que expostas à graus máximo, médio ou mínimo, se apresentassem atestado de saúde, assinado por seu médico de confiança, recomendando o seu afastamento. Ainda, mesmo que afastadas de suas atividades, tanto à funcionária grávida, como à lactante, fariam jus ao recebimento do adicional de insalubridade nos seus respectivos salários.

Com efeito, em razão das várias objeções em relação a nova matéria do art. 394-A, bem como diante de centenas de emendas recebidas pelo Congresso Nacional, foi adotada pelo Presidente da República a Medida Provisória nº 808/2017, que passou a vigorar em 14 de novembro de 2017 – três dias depois da entrada em vigor da Reforma Trabalhista.

A Medida Provisória nº 808/2017 vedava o trabalho de grávidas em ambiente insalubre de graus máximo, médio e mínimo, porém, as empregadas lactantes, como regra, deveriam continuar trabalhando normalmente, somente sendo afastadas com a apresentação de atestado médico. Outrossim, o exercício de atividades em local insalubre de grau médio ou mínimo, pela gestante, poderia ser permitido, desde que esta voluntariamente apresentasse atestado médico de saúde que autorizasse sua permanência nas funções. Ainda, o adicional de insalubridade que lhes era garantido em sua remuneração – mesmo quando afastadas, agora não mais seria devido. Desta forma, ao serem transferidas para algum ambiente salubre da empresa, estas perderiam o respectivo acréscimo em seu salário.

> Art. 394-A. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade.
> § 2º O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades.
> § 3º A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação (BRASIL, 2017, s.p.).

Ocorre que, a medida provisória tem prazo de vigência de sessenta dias, podendo ser prorrogado por igual período. Ademais, o art. 62, §4º, da CRFB/88 preceitua que o prazo acima referido será suspenso durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. Nesse sentido, importante trazer à baila, que a Medida Provisória nº 808/17 teve seu tempo de vigência acrescido do recesso parlamentar, porém, mesmo assim, não foi submetida ao Congresso para ser convertida em lei no prazo legal, consequentemente, perdendo sua eficácia em 23 de abril de 2018.

Desta forma, o disposto na Medida Provisória nº 808/17, foi aplicado às grávidas ou lactantes entre o período de 14/11/17 à 22/04/18, sendo portanto, válidos todos os atos praticados pelo empregador nesse período, amparados por tal medida. Após o período de vigência da medida provisória, passou a vigorar todas as disposições da Lei nº 13.467/17 – Reforma Trabalhista.

Assim sendo, como visto no tópico 3.2 do presente artigo científico, os efeitos da nova redação do art. 394-A da CLT foram fortemente sentidos por trabalhadoras grávidas ou lactantes que atuam em locais insalubres. Desta forma, foi proposta, perante o STF a ADI 5.938, contra as partes finais dos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispunha que as empregadas durante a lactação só seriam afastadas de atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentassem atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomendasse o afastamento e, que as mulheres durante à gestação, que laborassem em atividades insalubres em grau médio e mínimo, também seriam afastadas somente com a apresentação de atestado médico de saúde.

Por conseguinte, a ação direta de inconstitucionalidade nº 5.938 foi julgada procedente, passando então a vigorar até os dias atuais, a proibição total do trabalho de grávidas ou lactantes em ambiente de trabalho não salubre, independente do grau à qual estejam submetidas e não necessitando portanto, apresentarem atestado médico.

Em visto disso, são importantes alguns pontos: a) empregadas grávidas sempre foram afastadas de atividades insalubres em grau máximo sem a necessidade de apresentação de atestado; porém, no que concerne aos graus médio e mínimo, a exigência de apresentação de atestado médico foi trazida apenas pela Lei nº 13.467/2017; b) a exigência de apresentação de atestado de saúde médico para empregadas em estado de lactação serem afastadas de suas funções insalubres foi determinada pela Reforma Trabalhista e pela medida provisória nº 808/17; e c) a exclusão do pagamento do adicional de insalubridade foi provocada somente pela medida provisória nº 808/2017, bem como a redação trazida pela lei nº 13.287/16 nada dispunha à respeito de tal adicional.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Para Michel (2015, p. 40) “a pesquisa qualitativa considera que há uma relação dinâmica, especial, contextual e temporal entre pesquisador e objeto de estudo; ambos pertencem à mesma realidade e se confundem”. Ainda, a pesquisa qualitativa “carece de que os fenômenos sociais sejam interpretados à luz do contexto, do tempo, dos fatos e análise de todas as interferências” (MICHEL, 2015, p. 40). Nessa conjuntura, realizou-se a análise temporal do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho, notadamente após a Reforma Trabalhista para,

subsequentemente, compreender e assimilar os impactos da aplicação deste dispositivo aos casos concretos.

Quanto a pesquisa realizada, esta foi do tipo bibliográfica, a qual, “consiste basicamente em selecionar informações bibliográficas (livros, dicionários, artigos científicos, documentos) que possam contribuir para explicar o problema objeto da investigação” (HENRIQUE; MEDEIROS, 2017, p. 107). Desse modo, a pesquisa bibliográfica permitiu a elaboração de premissas que sustentam a inconstitucionalidade do art. 394-A da CLT, após a Reforma Trabalhista, bem como um aprendizado aprofundado de todas as alterações no respectivo artigo. Inclusive, realizou-se um estudo de direito comparado, com o intuito de compreender a proteção assegurada as mulheres grávidas ou lactantes e ao nascituro ou recém-nascido, em outro cenário mundial.

No tocante ao método de pesquisa, possui o método dedutivo, o qual, de acordo com Henrique e Medeiros (2017, p. 40) “parte de enunciados gerais (princípios) tidos como verdadeiros e indiscutíveis para chegar a uma conclusão”. Nesse viés, Andrade (2010, p. 119) sustenta que “segundo esse método, partindo-se de teorias e leis gerais, pode-se chegar à determinação ou previsão de fenômenos particulares”. Assim, o presente texto buscou uma construção lógica, através da interpretação dos motivos que levaram à decretação de inconstitucionalidade de parte da redação trazida pela Reforma Trabalhista a fim de elaborar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis.

Finalmente, no que tange à metodologia científica, o estudo teve como parâmetro o caráter explicativo. De acordo com Santos (2015, p. 100) “é uma pesquisa relativamente mais complexa, pois, além de registrar, analisar e interpretar os fenômenos em estudo, ela procura identificar seus fatores e suas causas determinantes”. Desta forma, a pesquisa explicativa está em consonância com os fins deste projeto de pesquisa, posto que, propiciou explicitar os impactos da alteração do art. 394-A, na vida de trabalhadoras gestantes ou lactantes.

CONCLUSÃO

A partir da análise do art. 394-A, inserido na Consolidação das Leis do Trabalho por meio da Lei nº 13.287/16, que regula o trabalho de grávidas ou lactantes em ambiente de trabalho insalubre, percebe-se que todas as mutações após o seu advento caracterizaram uma violação ao princípio da vedação ao retrocesso social, no que concerne as garantias sociais de cunho constitucional, uma vez que, as disposições atuais do art. 394-A da CLT, após julgada a ADIN 5.938, são às mesmas vigentes à época de sua criação. De outro modo, a Lei nº 13.287/16 dispunha que a empregada gestante ou lactante seria afastada de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, independentemente do grau, e o mesmo, ocorre hodiernamente.

Assim, pode-se concluir, que todas as alterações realizadas no art. 394-A da CLT, após sua inserção, são retrocessos na seara da Justiça do Trabalho, ao passo que, suprimiram-se direitos conquistados e alterou-se de forma negativa as condições laborais para gestantes ou lactantes que trabalham em locais insalubres.

Dentre as mutações desfavoráveis no referido artigo, destaca-se àquelas advindas da Reforma Trabalhista de 2017, que são sem dúvidas as mais prejudiciais, tanto à gestante como à lactante, vez que, estabelece o afastamento imediato apenas da empregada gestante de atividades insalubres de grau máximo, ficando esta exposta a agentes insalubres de nível médio e mínimo, exceto, se apresentar atestado médico recomendando o seu afastamento. Ainda, a lactante deveria permanecer em suas

funções, seja qual fosse o grau de exposição, sendo afastada também somente com a apresentação de atestado de saúde médico. Nesse sentido, infere-se que a Reforma Trabalhista trouxe como regra à exposição da trabalhadora à agentes nocivos a sua saúde e como exceção, o seu afastamento.

Aliado a isso, verificou-se que as alterações no art. 394-A da CLT oriundas da Reforma Trabalhista tenderam a beneficiar somente o empregador, e paralelo a isto, lesionou-se o bem jurídico mais valioso do ser humano, a vida. Assim, diante do embasamento teórico da presente pesquisa, bem como dos impactos sofridos por mulheres gestantes ou lactantes que laboram em locais insalubres, sob a ótica do prisma dos direitos fundamentais da pessoa, resta inequívoco que houve um retrocesso social e consequentemente, a inconstitucionalidade de parte do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Maria Margarida. **Introdução à metodologia do trabalho científico:** elaboração de trabalhos na graduação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 158 p.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. 904 p.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2020. Não paginado.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 30 abr. 2020. Não paginado.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 15 abr. 2020. Não paginado.

BRASIL. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.287, de 11 de maio de 2016**. Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.42, de 1º de maio de 1943, para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13287.htm. Acesso em: 28 maio 2020. Não paginado.

BRASIL. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do

Trabalho CLT, aprovada pelo Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%20808%2C%20DE%2014%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202017.&text=Altera%20a%20Consolida%C3%A7%C3%A3o%20das%20Leis,Art. Acesso em: 01 jun. 2020. Não paginado.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938.** Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. Norma regulamentadora Nº 15: atividades e operações insalubres. Disponível em: http://trabalho.gov.br/seguranca-e-saude-no-trabalho/normatizacao/normas-regulamentadoras/norma-regulamentadora-n-15-atividades-e-operacoes-insalubres. Acesso em: 22 nov. 2019.

FLECK, Érgon Jean. **Análise crítica à desatualização da NR-15 e disponibilização da saúde do trabalhador através do adicional de insalubridade**. São Leopoldo, 2017. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6946/%c3%89rgon%20Jean%20Fleck_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 out. 2019.

FRANÇA, Luana Aparecida Gomes de. **A luta das mulheres no mercado de trabalho frente à reforma trabalhista: implantação do artigo 394-a da Consolidação das Leis Trabalhistas e o princípio da proibição do retrocesso social**. São Paulo, ago. 2019. Disponível em: https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/53312/a-luta-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho-frente-reforma-trabalhista-implantao-do-artigo-394-a-da-consolidao-das-leis-trabalhistas-e-o-princpio-da-proibio-do-retrocesso-social. Acesso em: 26 set. 2019.

SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIREÇÃO SOB O ASPECTO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Renan Eduardo da Silva[1]
Monalisa Alberton Casagrande[2]

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a suspensão do direito de direção sob o aspecto da proteção dos direitos fundamentais. O trabalho de pesquisa utiliza do procedimento metodológico da pesquisa bibliográfica-investigativa que integra uma ampla investigação na legislação infraconstitucional e na dogmática constitucional sobre a suspensão do direito de direção em face ao respeito aos direitos fundamentais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Para tanto, a investigação contempla 3 etapas: inicialmente o estudo parte da compreensão do direito de direção e da penalidade de suspensão do direito de dirigir, em seguida, o entendimento versa sobre os direitos fundamentais. Com a compreensão de todos estes aspectos, o tópico final analisa a necessidade de observância dos direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal para a devida aplicação da penalidade da suspensão do direito de direção.

Palavras-chave: Direito de Direção. Direitos Fundamentais. Proteção. Suspensão.

INTRODUÇÃO

A locomoção é inerente à espécie humana, que sempre a exerceu por meios próprios seja por seu próprio corpo, por animais ou por meio de veículos. A circulação de pessoas, animais e veículos configura o que hoje chamamos de trânsito segundo o CTB (Código de Trânsito Brasileiro).

O direito de direção é derivado do direito fundamental de liberdade de locomoção (art. 5, XV da CRFB) que possibilita o exercício do direito de ir e vir de pessoas por meio de veículos motorizados em rodovias e estradas.

Logo, resta claro que o trânsito é um espaço coletivo, de modo que o cumprimento às normas de circulação configura condição essencial para exercício do direto de direção. No entanto, quando estas normas não são respeitadas o condutor infrator é sujeito a penalidades entre as quais se encontram a suspensão do direito de direção (art. 292 do CTB).

A suspensão do direito de dirigir é materializada por meio de um processo administrativo (art. 280 do CTB), o qual visa apurar a tipificação do ato infracional pelo condutor infrator, deste modo é necessário a observância a todos os procedimentos tal como no processo judicial, como citação, comunicação da decisão e garantia de meios e recursos de defesa.

Assim, para o presente estudo é fundamental a abordagem da proteção aos direitos fundamentais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa para garantia da correta aplicação da penalidade no processo administrativo de suspensão do direito de direção.

1. Graduado em Direito pela Universidade do Contestado – UNC Concórdia. Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogado OAB SC nº 46.971. Servidor Público Federal do Instituto Federal Catarinense-Campus Concórdia. Coordenador de Pessoal e Relações Jurídicas do Sindicato Nacional dos Servidores Federais da Educação Básica, Profissional e Tecnológica (SINASEFE)-Seção de Concórdia-SC. Mestrando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Bolsista Uniedu/Fumdes. E-mail: renan.silva@ifc.edu.br.
2. Graduada em Direito pela Universidade do Contestado – UNC Concórdia. Pós-graduanda em Direito Administrativo pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Pós-graduanda em Direito Público Aplicado pela Escola Brasileira de Direito – EBRADI. Advogada OAB SC nº 58.413. E-mail: monalisacasagrande.adv@gmail.com.

1. DO DIREITO DE DIREÇÃO E DA PENALIDADE DE SUSPENSÃO

A liberdade de locomoção, ou direito de ir e vir, é de grande relevância para o exercício das liberdades individuais, bem como para o desenvolvimento da sociedade pela exploração novos lugares e obtenção de novos conhecimentos.

Conforme de Araújo (2015, p.26) em cada período da História nas mais variadas culturas, a humanidade descobriu formas e meios para locomover-se, não se limitando ao solo, transitando inclusive no céu e até mesmo no espaço (grifo nosso).

No Brasil, o conceito de trânsito como expressão de locomoção se encontra presente no art. 1º, §1º, do Código de Trânsito Brasileiro:

> Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga.

Destaca-se que essa "utilização" muitas vezes expressa uma visão individualista, afastando-se dos conceitos solidários de "tornar útil, empregar com utilidade", como dever coletivo, como um compromisso com a segurança (HONORATO, 2011, p. 13).

No Estado Democrático de Direito não basta à liberdade de circulação, faz-se necessário que o trânsito seja utilizado em condições seguras, mediante sujeição de todos às normas de circulação e de segurança (DA SILVA, 2015, p.112).

Nesse sentido, de Araújo (2015, p. 21) ensina que "deve-se pensar em trânsito como um direito, pois o trânsito envolve o direito fundamental de ir e vir, seja qual for o meio de locomoção e está especialmente ligado ao conceito e/ou direito de direção e segurança pública". O CTB, em seu artigo 1º, dispõe que:

> Art. 1º [...]
> § 2º O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.
> § 3º Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro.

O trânsito compreende o "uso compartilhado do espaço público como espaço democrático onde se exerce o direito de ir e vir por todos os que dele participam" (CZERWONKA, 2019).

Rodrigues (2000, p. 50) faz o seguinte apontamento quanto ao trânsito:

> [...] o fato é que o trânsito está estreita e profundamente relacionado aos lugares. A presença do trânsito encontra-se refletida no tempo e no espaço – construídos pelas sociedades humanas. [...], porém, o que torna o trânsito ainda mais extraordinário é a sua capacidade de transformar os indivíduos em seres coletivos que compartilham o mesmo espaço: o espaço público.

Nesse sentido, espaço público pode ser entendido como "aquele de uso comum e posse de todos" (PUIME, 2014):

> Nestes locais desenvolvemos atividades coletivas, como o convívio de diversos grupos que chamamos de sociedade urbana. Existem (pelo menos) dois tipos de

> espaços públicos: Os espaços públicos livres (em que é pleno o direito de ir e vir) definidos de circulação (ruas e avenidas) espaços de lazer e conservação (praças, praias e parques).

O trânsito trata da integração entre veículo, via e homem, na qual todos precisam conviver de forma a concretizar a liberdade, a locomoção, a segurança, que resultarão no bem maior almejado, o bem-estar social. (DA SILVA, 2015, p.113).

Quanto a isto, Honorato (2011, p. 17) completa:

> [...] compartilhando o mesmo espaço, em igualdade de condições e mediante respeito às normas gerais de circulação e de segurança. [...] Daí afirmar-se que o espaço coletivo do Trânsito Seguro não pode ceder ao individualismo. Ao Estado (todos nós) compete a busca do princípio da igualdade e a realização da segurança viária a favor de todos os usuários das vias terrestres.

Com as presentes definições, resta claro que o direito de direção é um desdobramento do direito fundamental da liberdade de locomoção (art. 5º, XV da CRFB) que compreende a possibilidade de deslocamento de pessoas (ir e vir) em veículos motorizados em vias terrestres de espaço público (em trânsito).

Portanto, o uso compartilhado das vias constitui um direito coletivo, sendo que através de condições seguras, observando as normas de circulação, o direito de direção no trânsito constitui-se como um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito (art. 1º, §2º do CTB).

No entanto, quando as normas de circulação e segurança não são observadas, uma das consequências para o indivíduo são as penalidades, onde uma delas pode ser a suspensão da carteira de habilitação.

Assim, o Código de Trânsito Brasileiro no artigo 292 dispõe que: “a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta isolada ou cumulativamente com outras penalidades.”

Gonçalves (2016, p. 195) explica que “deve se respeitar os critérios do art. 261 do CTB (pontuação e transgressão de normas) para que a suspensão seja imposta”.

> Art. 261 [...]
> I - Sempre que o infrator atingir a contagem de 20 (vinte) pontos, no período de 12 (doze) meses, conforme a pontuação prevista no art. 259; II - por transgressão às normas estabelecidas neste Código, cujas infrações preveem, de forma específica, a penalidade de suspensão do direito de dirigir.

Ademais, Honorato (2011, p. 13) entende que o CTB erra ao referir-se à penalidade imposta sobre a CNH como “suspensão do direito de dirigir” quando, em verdade, tem-se a “suspensão da licença para dirigir”.

Isso por que, a CNH (Carteira Nacional de Habitação) não constitui um direito subjetivo, mas sim “um ato administrativo, chamado de licença para direção, que é concedido a todo aquele que preencher os requisitos legais” (art. 140 do CTB), realizar com aproveitamento todas as etapas do procedimento de habilitação (art. 141 do CTB) e submeter-se ao cumprimento das regras de circulação e de segurança constantes no CTB.

Visto isso, Bandeira de Mello (2011, p. 391) leciona que essa licença constitui “ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos”.

Portanto, conforme estabelece o art. 261, § 1º, inciso I do CTB, o processo de aplicação da suspensão do direito de dirigir é instaurado para aplicação de penalidade pelo prazo de 6 meses a 1 ano, e no caso de reincidência no período de doze meses, pelo prazo de 8 meses a 2 anos.

A pena de suspensão de direção é aplicada quando o infrator atingir no período de doze meses, a contagem de 20 pontos em sua Carteira Nacional de Habilitação (art. 261 do CTB). Quanto a contagem da pontuação na CNH, da Silva (2015, p.127) destaca que:

> Existem infrações que por si só geram o processo de suspensão e a cada infração de trânsito cometida, registram-se pontos na CNH do infrator, sendo três pontos para a infração leve, quatro para a infração média, cinco para a infração grave e sete para a infração gravíssima.

Logo, o processo de suspensão do direito de direção não decorre apenas em razão do infrator atingir a pontuação total de 20 pontos dentro do período 12 meses, mas também do cometimento de infrações, para as quais a penalidade é de suspensão conforme previsto no Código de Trânsito Brasileiro.

Nesse sentido, as infrações de trânsito que submetem diretamente o infrator à penalidade de suspensão do direito de dirigir são as seguintes:

Tabela 1 – Infrações Penalidade de Suspensão do Direito de Direção

Artigos do CTB	Dispositivo Legal
165	Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:
170	Dirigir ameaçando os pedestres que estejam atravessando a via pública, ou os demais veículos:
173	Disputar corrida:
174	Promover, na via, competição, eventos organizados, exibição e demonstração de perícia em manobra de veículo, ou deles participar, como condutor, sem permissão da autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via:
175	Utilizar-se de veículo para demonstrar ou exibir manobra perigosa, mediante arrancada brusca, derrapagem ou frenagem com deslizamento ou arrastamento de pneus:
176	Deixar o condutor envolvido em acidente com vítima: I - de prestar ou providenciar socorro à vítima, podendo fazê-lo II - de adotar providências, podendo fazê-lo, no sentido de evitar perigo para o trânsito no local; III - de preservar o local, de forma a facilitar os trabalhos da polícia e da perícia; IV - de adotar providências para remover o veículo do local, quando determinadas por policial ou agente da autoridade de trânsito; V - de identificar-se ao policial e de lhe prestar informações necessárias à confecção do boletim de ocorrência:
210	Transpor, sem autorização, bloqueio viário policial:
218	Transitar em velocidade superior à máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil, em rodovias, vias de trânsito rápido, vias arteriais e demais vias: III - quando a velocidade for superior à máxima em mais de 50% (cinquenta por cento);
244	Conduzir motocicleta, motoneta e ciclomotor: I - sem usar capacete de segurança com viseira ou óculos de proteção e vestuário de acordo com as normas e especificações aprovadas pelo CONTRAN; II - transportando passageiro sem o capacete de segurança, na forma estabelecida no inciso anterior, ou fora do assento suplementar colocado atrás do condutor ou em carro lateral; III - fazendo malabarismo ou equilibrando-se apenas em uma roda; IV - com os faróis apagados; V - transportando criança menor de sete anos ou que não tenha, nas circunstâncias, condições de cuidar de sua própria segurança:

Fonte: Código de Trânsito Brasileiro (CTB)

Resta claro, que o legislador quis aplicar a penalidade de suspensão aos infratores contumazes bem como àqueles que cometerem infrações de extrema gravidade à segurança do trânsito e à sua própria vida ou incolumidade física. (DA SILVA, 2015, p.129).

Deste modo, o processo de suspensão é instaurado pela autoridade de trânsito competente (art. 280 do CTB), que deverá expedir a notificação ao infrator contendo os dados descritos no art. 10, da Resolução do CONTRAN nº 723/2018[3] e no artigo 9 da Deliberação do CONTRAN nº 163/2017[4].

No recurso apresentado poderá o processado fazer uso do seu direito de defesa (art. 265 do CTB), contestando a legalidade dos procedimentos realizados pela administração pública, utilizando todos os meios de prova em direito admitidos.

Dentro de sua circunscrição, a autoridade de trânsito possui competência para julgamento e julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível (art. 285 CTB).

Com a aplicação da penalidade por órgão ou entidade de trânsito da União (art. 289, I CTB) ou por órgão ou entidade de trânsito estadual, municipal ou do Distrito Federal (289, II CTB), o direito de direção é suspenso, e a Carteira Nacional de Habilitação (CNH) do condutor é apreendida na unidade de trânsito na qual o documento foi registrado, sendo somente devolvida após o efetivo cumprimento do prazo da penalidade imposta e a comprovação da realização do curso de reciclagem.

2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II, os Direitos Fundamentais, subdivididos em seis capítulos. Da Silva (2015, p. 186) corrobora este entendimento indicando a classificação dada aos direitos fundamentais:

> Em síntese, com base na Constituição podemos classificar os direitos fundamentais em seis grupos: (1) direitos individuais (art. 5); (2) direitos à nacionalidade (art. 12); (3) direitos políticos (art. 14 a 17); (4) direitos sociais (art. 6 e 193 e ss); (5) direitos coletivos (art. 5); (6) direitos solidários (art. 3 e 225).

Pode-se dizer que os direitos fundamentais correspondem aos direitos subjetivos mais básicos reconhecidos aos homens, de modo que “pressupõe o conceito prévio de direitos humanos (FARIAS, 2004, p. 57).

No entanto, cabe ressaltar que a expressão “direitos humanos” é mais utilizada no plano internacional, enquanto a expressão “direitos fundamentais” faz menção aos direitos positivados na Constituição de um determinado Estado (SCHREIBER, 2014, p. 13).

Apesar da diferença entre as expressões de direitos humanos e direitos fundamentais, para Silva (2006):

> Os Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos podem ser definidos como um conjunto de direitos e garantias do ser humano, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. (Cabe ressaltar que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira na história do Constitucionalismo a prever um capítulo integralmente aos direitos fundamentais.

3. Para saber mais, ver: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=356444.
4. Visando um melhor entendimento, ver: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352074.

Nesse sentido, a opção terminológica de direitos fundamentais foi adotada pelo conteúdo e significado destes direitos como opção do poder constituinte, ao qual Sarlet (2015, p. 97) explica:

> O constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas que fundamentam e são informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da constituição material.

Portanto, como instrumento para assegurar a garantia e efetividade dos direitos individuais e coletivos pelo Estado brasileiro, a Constituição de 1988 trouxe consigo a previsão dos Direitos e Garantias Fundamentais, o qual é oportuno esclarecer a diferença entre os dois termos.

Diz-se que direitos são normas que declaram a existência de interesse, portanto, são normas declaratórias. Garantias são normas que asseguram o exercício do interesse, portanto, são normas assecuratórias. (GOMES, 2011).

Nesse sentido, pode-se dizer que “os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens”. (FROTA, 2017).

A linha divisória entre direitos e garantias nem sempre é nítida, tanto que é comum sua fixação no mesmo dispositivo legal. Os direitos podem ser compreendidos como valores que estão consagrados expressamente no plano normativo. (NOVELINO, 2017, p. 397).

As garantias, apesar de estarem ligadas a algum valor, possuem aspecto instrumental, tratando-se de uma ferramenta de limitação do poder na defesa de direitos, como um instrumento a serviço do direito principal. Extrai-se da Constituição Federal:

> Art. 5º [...] LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (grifo nosso)

Como o próprio inciso sugere, a ampla defesa e o contraditório são direitos fundamentais inerentes a todo cidadão, seja na esfera administrativa ou judicial, para isso o Estado ou órgão deve fazer com que estes direitos sejam garantidos, uma vez que ao serem violados pode ocasionar a nulidade de todo o processo, em razão da inobservância ao direito fundamental do devido processo legal[5] (art. 5º, LIV da CRFB).

3. SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIREÇÃO E A OBSERVÂNCIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inspirada no direito inglês e norte-americano do *due process of law*, o direito ao devido legal foi positivado de forma explícita no sistema jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1988[6] como um direito fundamental .

5. Segundo Mendes (2013, p.922) não obstante, é no âmbito das garantias do processo que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, (2) direito ao juiz natural, (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica, etc.

Por meio deste direito, Junior (2009, p.1) destaca que toda e qualquer decisão tomada dentro de um processo, deve estar amparada em prévia aplicação das garantias processuais legalmente estabelecidas, assegurando às partes que não haverá decisão arbitrária.

O devido processo legal é uma das mais amplas garantias constitucionais, representando a garantia do direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CRFB), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da CRFB). Este direito é inerente a todo processo, jurisdicionais (penais, civis, trabalhistas) ou não jurisdicionais (legislativo, arbitral, administrativo). No processo administrativo, a aplicação do devido processo legal é derivada do dever da administração pública em realizar seus atos respeitando o princípio da legalidade (art. 5, II da CRFB).

Quanto a esta característica, Junior (1995, p. 35) pontua que "este fenômeno que se pode chamar de submissão da administração à lei, do ponto de vista prático, retrata manifestamente a noção de estado de direito".

No tocante ao processo administrativo de suspensão do direito de direção, o mesmo tem natureza corretiva[7] e punitiva[8], visto que a penalidade de suspensão do direito de dirigir consiste em pena restritiva de direito o qual deve se assegurar a garantia do devido processo legal pela autoridade administrativa, evitando-se decisões injustas e arbitrárias, as quais acarretem cerceamento de defesa. Quanto à importância da garantia do devido processo legal, Junior (2009, p. 17) leciona que:

> O devido processo (processo justo) pressupõe a incidência de isonomia, do contraditório, do direito a prova, da igualdade de armas, da motivação das decisões administrativas e judiciais; do direito ao silêncio; do direito de não produzir provas contra si mesmo e de não se auto incriminar; do direito de estar presente em todos os atos do processo e fisicamente nas audiências; do direito de comunicar-se em sua própria língua nos atos do processo; na presunção de inocência; [...] do direito a publicidade dos atos processuais; do direito a duração razoável do processo; do direito ao julgador administrativo e ao acusador e juiz natural.

Assim, o respeito ao devido processo legal para a suspensão do direito de direção é expresso pela correta observância de todos os atos necessários para o trâmite do procedimento administrativo de aferição da culpabilidade do condutor infrator. Nesse sentido, o Superior Tribunal de justiça (STJ) no REsp 800.963/RS trouxe o seguinte posicionamento:

> ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. PERMISSÃO PARA DIRIGIR. CONCESSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO DEFINITIVA. CONDUTOR AUTUADO POR INFRAÇÃO GRAVÍSSIMA DURANTE O PERÍODO DE PROVA DE UM ANO. RECURSO ADMINISTRATIVO

6. De acordo com Marinoni; Mitidiero (2018, p.868) o direito ao processo justo constitui princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional. É o modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para a obtenção de decisões justas (art. 6.º do CPC de 2015) e para a viabilização da unidade do direito (art. 926 do CPC de 2015).

7. Artigo 268, incisos I e II do CTB. O infrator será submetido a curso de reciclagem, na forma estabelecida pelo CONTRAN: I - quando, sendo contumaz, for necessário à sua reeducação; II - quando suspenso do direito de dirigir;

8. Art. 261 do CTB. A penalidade de suspensão do direito de dirigir será imposta nos seguintes casos: I - sempre que o infrator atingir a contagem de 20 (vinte) pontos, no período de 12 (doze) meses, conforme a pontuação prevista no art. 259;

> PENDENTE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. […] 3. **Entretanto, urge salientar que a aplicação da penalidade de suspensão do direito de dirigir, bem como todas as demais previstas no Código de Trânsito, reclama prévio processo administrativo, com observação das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, estes consectários do primeiro (CF, art. 5º, LIV e LV).** (Brasília-DF, Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp 800.963/RS, Primeira Turma, Relator (a): Ministro JOSÉ DELGADO, julgado em 15/02/2007, DJ 05/03/2007, p. 265 (grifo nosso).

No procedimento de suspensão do direito de dirigir, o dispositivo constitucional que assegura a todos o direito ao processo justo se traduz em uma série de garantias, como por exemplo a correta notificação do condutor infrator. Quanto a este aspecto, no julgamento do Mandado de Segurança no processo nº 0359408- 79.2016.8.19.0001, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em consonância ao disposto na Súmula 312 do STJ[9] expôs o presente entendimento:

> Apelação cível. Mandado de segurança. Multa por infração de trânsito. Sentença que concede segurança declarando a nulidade do ato administrativo que determinou a suspensão do direito do impetrante de dirigir. Infere-se dos autos que o autor exerce atividade remunerada e não é o proprietário do veículo que teria dado azo à aplicação da multa. **Ausência de notificação válida do processo administrativo que culminou na suspensão da CNH do impetrante. Notificações devolvidas por motivo de não existir o número do endereço informado. Nulidade do ato. Violação do devido processo e do contraditório.** Aplicação do verbete sumular de n.º 312 do STJ e do artigo 282 do CTB. Recurso conhecido e não provido. (grifo nosso)

Deste modo, o condutor infrator deve ser devidamente notificado sobre a instauração do processo de suspensão do direito de direção, sob pena de nulidade absoluta[10] do ato pela impossibilidade do pleno exercício de defesa (art. 265 do CTB). Nas palavras de Lewandowski (2017):

> Trata-se de uma moeda de duas faces. De um lado, quer dizer que é indispensável a instauração de um processo antes da restrição a quaisquer direitos. De outro, significa que o processo precisa ser adequado, ou seja, não pode ser simulacro de procedimento, devendo assegurar, no mínimo, igualdade entre as partes, o contraditório e a ampla defesa.

A garantia do *due processo of law* também ocorre com a decisão da autoridade de trânsito que impõem a suspensão do direito de direção, já que é com base nos motivos elencados pela Administração Pública que decorre o direito de recorrer da aplicação da penalidade, inicialmente pela via administrativa ou posteriormente pela via judicial, caso entenda pela ilegalidade na aplicação da penalidade. É o que se observa na decisão do Recurso Especial 852.374/RS, pelo Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. TRÂNSITO. ACÚMULO DE PONTOS NA CNH. SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. NECESSIDADE DE ENCERRAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTERPRETAÇÃO CONJUGADA DO CTB E DA

9. Súmula 312 do STJ. No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração.
10. Súmula 473 do STF. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

> RESOLUÇÃO Nº 182/05 DO CONTRAN. 1. Enquanto pendente de julgamento recurso em processo administrativo para suspensão do direito de dirigir, não incidirá nenhuma restrição no prontuário do infrator, inclusive para fins de renovação da CNH. Interpretação conjugada do art. 290, parágrafo único, do CTB e do art. 24 da Resolução nº 182/05 do Contran. 2. Recurso especial improvido." (STJ, REsp 852374/RS, 2ª T., Rel. o Min. Castro Meira, j. 19.09.2006).

Nas palavras de Novelino (2017, p.427) "o princípio do devido processo legal é o núcleo material comum de todas as garantias relacionadas à efetividade e à justiça, não apenas dos processos judiciais, mas também dos administrativos".

As garantias do devido processo legal são condições fundamentais para a validade e regularidade do processo administrativo de trânsito para a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação.

O respeito aos procedimentos necessários de citação da instauração do processo administrativo de suspensão do direito de dirigir, a comunicação da decisão fundamentada pela autoridade de trânsito sobre a penalidade imposta, com a intimação para a entrega da CNH no caso de aplicação da penalidade, são requisitos indispensáveis no que diz respeito ao devido processo legal nos processos administrativos para suspensão ou cassação da CNH por infração de trânsito.

No mais, o respeito ao direito fundamental do devido processo legal se reverte também na observância aos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa (art. 5, V da CFRB), os quais são considerados desdobramentos de seu âmbito de proteção que visam assegurar a todo cidadão a garantia de utilização de todos os meios lícitos de provas admitidos em direito para se defender em processo administrativo ou judicial.

Deste modo, nos procedimentos de aplicação de penalidades, Novelino, (2017, p. 430) expõe que "onde haja o poder estatal de sanção, ou seja, na aplicação de uma punição às pessoas físicas ou jurídicas devem ser aplicados os princípios do contraditório e da ampla defesa, principalmente onde exista litígio entre as partes envolvidas (NOVELINO, 2017, p. 430)"'.

Mendes (2013, p. 602) a respeito da obediência de tais princípios ainda complementa o raciocínio defendido:

> Sob a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que os princípios do contraditório e da ampla defesa são assegurados nos processos administrativos, tanto em tema de punições disciplinares como de restrição de direitos em geral.

Ainda, segundo da Silva (2015, p. 157):

> São dois princípios fundamentais. O primeiro, de certo modo, já contém o segundo, por que não há contraditório sem ampla defesa, que a Constituição agora estende ao processo civil e ao processo administrativo. De fato, a instrução criminal contraditória tem como conteúdo essencial a garantia da plenitude da defesa, com meios e provas e recursos a ela inerentes. A contraditoriedade, no processo judicial e no administrativo, constitui pressuposto indeclinável da realização de um processo justo.

O direito ao contraditório (art. 5, LV da CRFB) representa o direito do cidadão do conhecimento total sobre os atos e fatos aos quais está sendo acusado[11], para poder

11. Oliveira (2013, p.928) leciona que na visão atual, o direito fundamental do contraditório situa-se para além da simples informação e possibilidade de reação, conceituando-se de forma mais ampla na outorga de poderes para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo, da forma mais

exercer seu direito de defesa. Quanto a este direito, Di Pietro (2007, p. 367) esclarece em breves linhas:

> O direito ao contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita.

A ampla defesa (art. 5, LV da CRFB) é por sua vez a utilização de todos os meios e recursos disponíveis para que se possa provar seu direito[12], fazendo assim com que o julgador não ignore nenhum meio de prova, a não ser que seja incoerente ou repetitivo, sob pena de cerceamento de defesa.

Este direito, como direito de natureza fundamental deve ser garantido pelo Estado e promovido a todo e qualquer momento durante o processo (administrativo ou judicial), garantindo aos litigantes ou acusados, todos os meios e os recursos necessários para exercício de sua defesa, sendo que toda e qualquer limitação a este direito pode acarretar em nulidade do processo.

A partir desta explanação, é possível entender que no procedimento de apuração da suspensão do direito de direção, ao condutor infrator deve ser assegurado os direitos fundamentais do contraditório e ampla defesa (art. 5, V da CRFB) antes da aplicação da penalidade da suspensão do direito de dirigir, como garantia do direito fundamental do devido processo legal (art. 5º, XXXV da CRFB).

Neste sentido, Oliveira (2013, p. 255) quanto ao respeito a estes direitos fundamentais para garantia da correta aplicação da penalidade ressalta que:

> Por esse expediente fica garantido ao condutor infrator ter a possibilidade de que penalidade imposta a ela possa ser revista por uma nova junta ou órgão hierarquicamente superior e colegiado, possibilitando o reexame da conduta delitiva com a dosimetria imposta pela autoridade de trânsito. Possibilitando inclusive a reforma ou até mesmo o arquivamento do feito administrativo, levando em consideração o direito de defesa da parte prejudicada.

Portanto, os direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal aplicados a suspensão do direito de direção constituem-se de direitos de

---

paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação dos pronunciamentos jurisdicionais. De tal sorte, o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los (conceito tradicional), mas se estende a todo o material de interesse jurídico para a decisão, tanto jurídico (debate com as partes de todo material jurídico relevante para a decisão) quanto fático (requerimento de provas, indicação dos meios de prova, participação na produção da prova, manifestação sobre a prova produzida).

12. Para Oliveira (2013, p.932) a doutrina tende a vislumbrar o princípio da ampla defesa, de tal modo que por meio dela seria assegurada aos interessados a possibilidade de efetuar ao largo de todo processo suas alegações e provas e contraditar as contrárias, com a certeza de sua valorização pelo pronunciamento judicial. Por sua elasticidade, o conceito haverá de ser moldado no exame do caso concreto. De qualquer modo, é possível adiantar que a ampla defesa envolve a possibilidade de apresentar razões, seja quanto ao direito seja em relação aos fatos; a realização adequada da prova; a concessão de prazos razoáveis para a defesa e o pronunciamento das partes; conhecimento pleno de todos os elementos necessários para a preparação de defesa; intimação válida para os atos relevantes do processo; a possibilidade de carrear ao processo os elementos para o esclarecimento dos fatos; o direito de omitir-se ou calar-se; o direito de acesso aos autos do processo etc.

natureza principiológica, já que envolvem uma ampla gama de garantias que visam assegurar meios e recursos adequados de defesa ao acusado, possibilitando a este o conhecimento da acusação, a devida ciência de todos atos do processo e em caso de aplicação da penalidade a garantia do reexame da decisão por uma instância superior (duplo grau de jurisdição) o que ocorre tanto no processo administrativo[13] bem como no processo judicial.

CONCLUSÃO

Chegando ao final desta investigação, é possível se traçar importantes considerações sobre a suspensão do direito de direção sob o aspecto da proteção dos direitos fundamentais.

A partir da pesquisa bibliográfica e estudo da legislação constitucional e infraconstitucional, oportunizou-se uma reflexão inicial sobre as conexões entre locomoção e trânsito, de modo que o direito de direção é uma expressão do direito fundamental de liberdade de locomoção (direito de ir e vir) por meio do uso público de veículos automotivos em estradas e rodovias.

Como o trânsito é um espaço coletivo de circulação, o devido cumprimento das regras de deslocamento de veículos se faz necessária para o exercício do direito de direção com segurança. No caso do não respeito às normas de trânsito, a suspensão do direito de dirigir é uma das penas a qual o condutor pode estar sujeito.

Na perspectiva dos direitos fundamentais advindos da Constituição Federal de 1988, em especial do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, o presente estudo demonstrou a importância da observância destes direitos, para assegurar todos os meios adequados de defesa e garantindo o justo processo administrativo de suspensão do direito de direção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 391.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm. Acesso em: 25 de junho de 2020.

_____. **Deliberação do CONTRAN nº 163/2017**. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352074. Acesso em: 25 de junho de 2020.

_____. **Resolução do CONTRAN nº 723/2018**. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=356444. Acesso em: 25 de junho de 2020..

13. Art. 288 do CTB. Das decisões da JARI cabe recurso a ser interposto, na forma do artigo seguinte, no prazo de trinta dias contado da publicação ou da notificação da decisão.
Art. 289 do CTB. O recurso de que trata o artigo anterior será apreciado no prazo de trinta dias: I - tratando-se de penalidade imposta pelo órgão ou entidade de trânsito da União: a) em caso de suspensão do direito de dirigir por mais de seis meses, cassação do documento de habilitação ou penalidade por infrações gravíssimas, pelo CONTRAN; b) nos demais casos, por colegiado especial integrado pelo Coordenador-Geral da JARI, pelo Presidente da Junta que apreciou o recurso e por mais um Presidente de Junta;II - tratando-se de penalidade imposta por órgão ou entidade de trânsito estadual, municipal ou do Distrito Federal, pelos CETRAN E CONTRANDIFE, respectivamente. Parágrafo único. No caso da alínea *b* do inciso I, quando houver apenas uma JARI, o recurso será julgado por seus próprios membros.

_____.**Supremo Tribunal Federal**. Súmula 473 do STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602. Acesso em: 25 de junho de 2020.
_____.**Superior Tribunal de Justiça**. REsp 800.963/RS. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8998749/recurso-especial-resp-800963-rs-2005-0198105-9/inteiro-teor-14170647. Acesso em: 25 de junho de 2020.
_____.**Superior Tribunal de Justiça**. REsp 852..374/RS. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7141770/recurso-especial-resp-852374-rs-2006-0105509-3/inteiro-teor-12851872?ref=juris-tabs. Acesso em: 25 de junho de 2020
_____.**Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 312 do STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_25_capSumula312.pdf. Acesso em: 25 de junho de 2020.
_____.**Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.** Mandado de Segurança no proc. nº 0359408-79.2016.8.19.000. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045E8AC7336ED72E529B0BD7F252B32E86C50A0E44255F&USER=. Acesso em: 25 de junho de 2020.
CZERWONKA, Mariana. **Afinal, o que é trânsito? Uma contribuição da psicologia**. Disponível em: https://portaldotransito.com.br/noticias/afinaloqueetransito-uma-contribuicao-da-psicologia/ . Acesso em: 25 de junho de 2020.
DA SILVA, Marcos Alves. DE MATOS, Alexandre Gonçalves. **Os processos administrativos de suspensão e cassação do direito de dirigir veículos automotores à luz dos princípios constitucionais e administrativos**. Revista Jurídica Unicuritiba, 2015. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1309. Acesso em: 15 de maio de 2020.

DE ARAÚJO, Eveline Toricaquiri. **Segurança pública e normas de trânsito brasileiras.** Trabalho de Conclusão de Curso. Fundação Universidade Federal de Rondônia. Cacoal - RO, 2015, p. 26.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e Comunicação: Teoria e proteção Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 57.

FROTA, Jorge Henrique Sousa. **O entendimento de Paulo Bonavides sobre a distinção conceitual entre direitos e garantias constitucionais**. Publicado em: 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/54908/. Acesso em: 12 de maio de 2020.

GONÇALVES. Victor Eduardo Rios. **Legislação Penal Especial**. Coleção sinopses jurídicas. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 195.

GOMES, Luiz Flavio. **Qual a diferença entre direitos e garantias?** Publicado em: 2011. LFG. Disponível em: https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2539008/qual-a-diferenca-entre-direitos-e-garantias. Acesso em: 12 de maio de 2020.

HONORATO, Cássio Mattos. **Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão**. RT 911, ano 100, p. 107-169, set. 2011.
JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Conceito de devido processo legal anda esquecido nos últimos tempos**. Publicado em: Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-set-27/lewandowski-conceito-devido-processo-legal-anda-esquecido . Acesso em: 12 de maio de 2020.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. In: J. J. Gomes Canotilho; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck; Gilmar Ferreira Mendes. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ed.São Paulo: Saraiva, 2013, v. único, p. 1982-1984.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 12. Ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **A garantia do Contraditório**. In: Do Formalismo no Processo Civil. 2. Ed., rev. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 253.

PUIME, Emilio. **Diferenças entre espaço público, privado e acessível ao público.** Publicado em: 2014. Disponível em: https://emiliopuime.jusbrasil.com.br/artigos/112339069 . Acesso em: 25 de abril de 2020.

RODRIGUES, Juciara**. 500 Anos de trânsito no Brasil: convite a uma viagem**. Brasília: ABDETRAN, 2000.

SARLET, Ingo Wolffgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12 ed. Ver. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Flavia Martins André. **Direitos Fundamentais**. Publicado em: 16 de maio de 2006. DireitoNet. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais. Acesso em: 11 de maio de 2020.

ABOLICIONISMO PENAL: REFLEXÕES SOBRE AS TEORIAS FENOMENOLÓGICA E MATERIALISTA HISTÓRICA A PARTIR DO COLAPSADO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Ricardo Alexandre de Freitas[1]
Larissa Machado Barcelos[2]

Resumo: Diante do colapsado sistema penitenciário brasileiro, cuja população carcerária superou a marca de 800 mil pessoas presas, podendo alcançar 1 milhão neste ano de 2020, objetiva-se no presente artigo a reflexão sobre as teorias que contemplam o abolicionismo penal a partir do reconhecimento global das crises sociais. Trata-se de pesquisa bibliográfica com aporte de entrevista gravada oralmente no modelo de questionário aberto. Com efeito, tem-se que as teorias fenomenológica e materialista-histórica respondem à crise do sistema prisional do Brasil, em especial pela contrastante estruturação de camadas sociais, pelo discurso de ordem e pela promoção midiática de que a punição solucionará os conflitos e trará segurança social. Ademais, enxergou-se que a irracionalidade da prisão em nada corrobora para a ressocialização das condenadas e condenados. Desta feita, não há como esperar que a prisão substitua o papel das políticas públicas, em especial o acesso igualitário à educação e ao mercado de trabalho, e sirva como ferramenta de aproximação das camadas sociais. O efeito é contraposto, pois a prisão afasta e remove do círculo social o indivíduo desviante dos padrões fixados socialmente. Assim, conclui-se que a insistência na solução do problema anterior (políticas públicas de inclusão) efetivamente corresponde à possibilidade da diminuição do encarceramento, tudo aliado à conscientização de que a sociedade deve proceder com cooperação. Portanto, é crível que um mundo mais igualitário não mais necessite das prisões.

Palavras-chave: Abolicionismo penal. Falência das prisões. Teorias abolicionistas. Teoria fenomenológica. Materialismo-histórico.

INTRODUÇÃO

A explícita crise do sistema de justiça criminal ganhou relevante espaço nos meios de comunicação nos últimos anos. Tomamos ciência de centenas de denúncias envolvendo descumprimento de condições mínimas de vida, morosidade na análise de processos e sobretudo pelo elevadíssimo aumento da população carcerária.

Destarte, os objetivos declarados pelo discurso oficial do direito penal não se apresentam como proposta apta a almejar a ressocialização. Isso porque constatou-se que o fundamento da crise penal é anterior ao fato típico, antijurídico e culpável (decorre da ausência de políticas públicas de inclusão) e não será resolvido pela via de punição, menos ainda pelo aprisionamento.

Com efeito, entendeu-se imperioso questionar se o cárcere funciona, inclusive pela ótica dos encarcerados e do juiz da execução penal de Joinville/SC, qual a função da prisão a partir do modelo adotado pelo Brasil e seus reflexos na vida para além das grades. Ademais, a apresentação das teorias abolicionistas fenomenológica e materialista-histórica servirão como ponto para reflexão a fim de compreendermos a irracionalidade da prisão.

Este artigo demonstra que as razões para a manutenção do aprisionamento derivam do interesse pelo capital. Assim, tem-se que a razão de prender reside em bairros

1. Bacharel em Direito pela Associação Catarinense de Ensino – Faculdade Guilherme Guimbala; Discente do Programa de Pós-graduação *Lato Senso* em Ciências Penais e Segurança Pública pela Associação Catarinense de Ensino – Faculdade Guilherme Guimbala. E-mail: ricardojus15@gmail.com.
2. Advogada OAB/SC 58408; Bacharela em Direito pela Associação Catarinense de Ensino – Faculdade Guilherme Guimbala; Discente do Programa de Pós-graduação *Lato Senso* em Ciências Penais e Segurança Pública pela Associação Catarinense de Ensino – Faculdade Guilherme Guimbala. E-mail: machadobarcelos.advocacia@gmail.com.

abastados, bem como na sociedade de classes que solidifica a diferença social, o que desemboca no superencarceramento e na consequente inobservância às regras mínimas e disposições Constitucionais para o cumprimento da pena.

Ademais, a partir da análise da solução repressiva e do surgimento do fenômeno da violência, entendeu-se necessária a análise das teorias abolicionistas como resultado a ser perseguido pelas hipóteses de políticas pública anteriores à prisão, no nivelamento das classes sociais e sobretudo com vistas às alternativas à prisão.

A resposta fenomenológica sobre o sistema punitivista consiste na impossibilidade de esperar que o maior mecanismo gerador da violência ponha fim a mesma. Com efeito, a manutenção da prisão decorre de interesses que pretendem a vigilância e a reclusão constantes, ou seja, um acordo que sustenta interesses particulares através de ferramentas públicas.

Neste aspecto, a teoria de Hulsman compreende que indivíduos envolvidos no conflito sejam reaproximados e que não haja interferência do Estado com o instrumento penal. Em outras palavras, o restabelecimento da legitimidade da vítima ou de seu familiar, com auxílio de outras áreas do conhecimento, como a psicologia, seria o fundamental para a busca pela paz através da semelhança.

Já o processo de criminalização estudado por Mathiesen trata do capital, da sociedade de classes e máxime as contrastantes situações econômicas como fatores que potencializam o aprisionamento massivo. A teoria também é abraçada pelo professor Juarez Cirino dos Santos (2017), que reconhece que a relação entre cárcere e fábrica produz mais violência e a imediata resposta do Estado consiste em mais aprisionamento, sem avaliar o problema anterior (falta de políticas públicas de inclusão e igualdade).

Outrossim, a crítica também observa que os objetivos reais, ou seja, os não declarados pelo discurso oficial do direito penal, curvam-se perante anseios de uma classe economicamente dominante e posicionam-se como instrumento de alta repressão às classes subalternas e tomadas pelas diferenças sociais. A este mecanismo, portanto, é atribuída a responsabilidade pela reprodução e crescimento de classes dominadas, sobretudo em condição de encarceramento.

De outro prisma, este artigo conta com pesquisa qualitativa na forma de entrevista gravada oralmente e posteriormente transcrita. Tratam-se de 9 (nove) perguntas sob o molde de questionário aberto, colhidas do juiz da Vara de Execuções Penais e Corregedor do Sistema Carcerário de Joinville, Dr. João Marcos Buch, no Fórum desta Comarca em 28 de agosto de 2019. Na espécie, o magistrado traz argumentos que podem minimizar os severos efeitos do sistema de justiça criminal.

Finalmente, é imperioso frisar que o objetivo do presente artigo não consiste em apontar diretrizes que diretamente solucionarão a crise penal do Brasil, mas sim a reflexão acerca das principais teorias que explicam o caótico aprisionamento e nas medidas que, aplicadas em outros países, efetivamente obtiveram êxito.

1. PENA E PRISÃO

O meio social é constituído pela somatória de indivíduos que se relacionam, entre diversos aspectos da vida humana, e assim assumem distintos papéis sob a ótica coletiva, conforme Scott (2010). Ademais, aduz o autor que pela evidente complexidade do ser humano, naturalmente inúmeras diferenças são colocadas em exposição, nascendo, portanto, desgaste e conflitos.

A sociedade contemporânea ainda carrega traços primitivos e arcaicos que buscam a resolução de conflitos através da segregação, da correção e sobretudo pela desproporcionalidade, dentre eles o Direito Penal. Na espécie, trata-se do tecido de normas jurídicas pensadas a resolver conflitos humanos com uso do controle sob o agente.

Wacquant (2003) afirma que a sociedade é fundada em expressivas diferenças sociais e miséria dos grandes aglomerados de pessoas, que são controladas pelo sistema repressor. Geralmente, as teorias que tentam justificar a sanção criminal costumam criar sistemas rígidos, insensíveis às necessidades individuais e falaciosamente às necessidades sociais.

Assim, as primeiras penas (cruéis) foram introduzidas, intensificadas, abertamente executadas e propagadas entre diversos povos. No ocidente estendeu-se esta prática por mais de cinco séculos e uma potência terrena manteve-se como precursora da ordem social, de acordo com Kelsen (2009).

Todavia, o surgimento de novos pensadores no final do século dezoito trouxe certo freio à arbitrariedade que à época era irrefutável. A quebra com o modelo desumano não mais poderia aguardar, e assim se expandiu o iluminismo. Ademais, as reformas religiosas que enfraqueceram o *status* da Igreja Católica fizeram com que os olhares humanos chegassem às formas de punição.

Por outro lado, não se pode acreditar que a humanização das penas foi pensada em favor do condenado. O que se buscou com o discurso de menos sofrimento foi tão somente a desconfiguração facial do doloroso castigo, contudo, a punição jamais deixou de existir.

Os reformadores, ou seja, os pensadores pertencentes às correntes humanitárias, propuseram críticas, como bem ensina Bitencourt (2016), ao modelo medieval a fim de que a pena tomasse patamares razoáveis ao próprio delito. Dentre eles, cita-se especialmente Cesare Beccaria, que trazia consigo a recomendações de prevenção em vez de aplicação de castigos.

Finalmente, a expansão do modelo racionalmente mais adequado à época conseguiu romper com o rigor do castigo. Destarte, explica Bitencourt (2018) que John Howard e Jeremias Bentham também ganharam destaque à quebra com o modelo antigo, sobretudo pelo fomento ao estágio inicial dos estabelecimentos prisionais e denúncia às práticas cruéis e absolutas revestidas em justiça criminal.

Contudo, sabe-se que a prisão em momento algum da história alcançou os objetivos legalmente declarados. No Brasil, ao passarmos pelo período colonial, imperial até chegarmos ao o atual momento republicano, empiricamente tomamos ciência de que a fundação do sistema prisional resultou no superencarceramento e reprodução da violência (objetivos reais do direito penal), pontos que também serão abordados oportunamente nesta pesquisa.

1.1 OBJETIVOS DO DIREITO PENAL

1.1.1 Objetivos oficiais do Direito Penal

Preambularmente, sabe-se que o tipo penal está inteiramente ligado à proteção de determinado bem jurídico (ex.: tipo penal = furto; bem jurídico tutelado = patrimônio). Com aporte deste breve raciocínio, é possível olhar para o passado e compreender o caminho das sociedades complexas que, com seus diversos conflitos que clamavam pelo

restabelecimento da ordem, fomentaram a criação de sistemas controles (mecanismos punitivos).

Destarte, específicos bem jurídicos foram referendados pelo Estado para que, ao momento em que ameaçados ou violados, correspondam a algum tipo de sanção necessariamente prevista no texto legal. Importante ressaltar que a constituição destes bens jurídicos no estatuto repressivo está baseada em critérios político-criminais do modelo de Estado (SANTOS, 2018).

A crítica da literatura científica apresenta a natureza da proteção dos bens jurídicos de forma subsidiária e fragmentária, respectivamente porque “supõe a atuação principal de meios de proteção mais efetivos do instrumental sociopolítico e jurídico do Estado” (SANTOS, 2017, p. 5), bem como por não fornecer proteção a todos os bens jurídicos descritos no texto Constitucional visando tão somente aqueles em que couber a proteção penal.

Por outro lado, Santos (2017) também aponta que a atuação do direito penal, como última razão ou último recurso, é freada pelo princípio da proporcionalidade, a fim de que a violação de bens jurídicos irrelevantes não seja punida criminalmente, restando à análise a partir da contravenção penal e do juízo cível.

Desta feita, pretende-se teoricamente através da proteção oficial de bens jurídicos que haja uma resposta do Estado para que assegure qualquer lesão ao bem jurídico relevante para a vida humana, com intenção de salvaguardar os aspectos tidos como importantes para a vida em sociedade.

1.1.2 Objetivos reais do Direito Penal

Em conjunto Marx e Engels (2002) construíram a ideia de que a criação e a reprodução do pensamento humano, bem como sua condição política e social, estão conectadas ao que o indivíduo produz materialmente. Assim, na ausência dos meios de produção e pela mínima concentração de capital na população subalterna, deságua o indivíduo no objetivo real do direito penal.

Feita a breve introdução e sabendo que a sociedade possui específicos bens tutelados pelo objetivo declarado do direito penal, em especial o patrimônio, aponta Santos (2018) que o Estado sustenta interesses e necessidades de específicos grupos da sociedade, e mormente procede à diminuição e até mesmo à total supressão dos interesses e necessidades de grupos subalternos.

Assim, deparamo-nos com o fenômeno do encarceramento. Com efeito, a condição social, as necessidades econômicas, bem como a localização geográfica do infrator estão relacionadas diretamente aos objetivos reais do direito penal. Isso porque, através dos apontamentos de Zaffaroni (2008), o objetivo real do discurso penal é contra o autor, ou seja, a proteção não se restringe ao bem jurídico tutelado.

Utilizando recorte da cidade de Joinville, Santa Catarina, local em que a presente pesquisa foi desenvolvida, colhe-se das informações do Conselho Nacional de Justiça que em maio de 2020 a Penitenciária Industrial contava com 776 presos para 670 vagas e 375 vagas de trabalho. Cabe salientar que na referida unidade todos os detentos já cumprem pena.

Já no Presídio Regional de Joinville, também em maio de 2020, eram 664 vagas (53 para mulheres e 611 para homens) para o total de 1.089 detentos (48 mulheres e 1.041 homens). Destes, 572 de modo provisório e 517 em caráter definitivo, com apenas 20 vagas para trabalho e 20 para estudo. Na forma da lei, o presídio serviria apenas para

aguardar o julgamento, todavia, os dados apontam que quase 50% dos reclusos cumprem pena ilegalmente.

Apresentadas algumas das consequências do objetivo real do discurso penal, sabe-se que o aprisionamento, ainda antes de colapsado, já preocupava teóricos do abolicionismo que afirmaram ser o estatuto repressor o maior gerador da violência e criminalidade. Assim, o Estado revestido pelos objetivos declarados laborava em uma principal frente: proteger bens jurídicos tutelados por lei, e em consequência disso, levar grupos subordinados pelo capital à condição de reclusão.

Carvalho (2015) aponta que as leis penais são contrárias aos objetivos da República. Isso porque ao mesmo tempo em que o texto que rege e norteia as garantias e direitos fundamentais, bem como aponta as bases essenciais do sistema de justiça criminal, também recepciona e fomenta legalidade à criação de novos estatutos repressores. Assim, tem-se por um lado o Estado de Bem-Estar Social e, de outro, objetivos não declarados que miram a população vulnerável.

Santos (2018) também é crítico ao explicar a participação política no controle social. Trata-se da atuação estatal através do sistema de justiça criminal, com os mecanismos da função declarada, porém, com as consequências do objetivo real, produzindo, portanto, a garantia da prisão e a reprodução das desigualdades sociais. Em contrapartida, a sociedade protegida recebe a falsa sensação de segurança, manutenção da ordem e de efetividade do serviço dos órgãos de segurança, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Corrobora com a teoria do objetivo real a ideia apresentada por Carvalho (2015), onde se reconhece a vulnerabilidade de específicos grupos que necessitam ser neutralizados, sendo normalmente a juventude negra socialmente marginalizada e associada ao tráfico ilícito de entorpecentes nas periferias. Assim, conclui-se que nada mais pretende o sistema a não ser o violento controle de indivíduos e grupos.

Rosa (2015) descreve que a crença na prisão deve ser desconstruída, pois o direito penal é absolutamente incapaz de cumprir as missões estabelecidas no discurso oficial. Ademais, o autor também alerta que as práticas penais são recheadas por juízos e fundamentos morais, características que não contemplam a ideia de proteção do bem jurídico.

Identificar a existência de objetivos não declarados no discurso jurídico é o passo inicial para admitir a seletividade do direito penal. Se observarmos o perfil da grande massa carcerária pela ótica da escolaridade, os crimes por eles praticados e sobretudo a posição social que ocupavam quando em liberdade, tem-se que o objetivo declarado do direito penal não corresponde com seu fim e tampouco com a superação da violência.

Finalmente, com o reconhecimento do status de defesa dos interesses pertencentes à classe de poder, ao passo em que recrudescidos o tratamento e encarceramento, o produto final da desigualdade social (população subalterna) se esgota em celas. Como assevera Hulsman (1987), nosso sistema criminal apenas produz efeitos diversos dos pretendidos e expostos no discurso oficial.

O modelo de justiça criminal faz do encarcerado outra vítima. A literatura se preocupa com o incremento popular e político que busca na manutenção da prisão a ferramenta de ordem e segurança social e alerta para o legado que deixaremos “será mais violência urbana, mais execrações, mais vítimas de crimes graves, mais encarceramentos nesses navios negreiros contemporâneos?” (BUCH, 2017, p. 7).

Desta feita, conclui-se que o expressivo aprisionamento possui ligação com o perfil do autor do fato punível, e não somente decorre do bem jurídico relevante que foi violado pelo agressor.

2. ABOLICIONISMO PENAL: CONCEITO E TEORIAS

O objetivo do abolicionismo penal é o sepultamento do sistema punitivista. Para tanto, utiliza-se de diferentes caminhos e referenciais bibliográficos que buscam a superação da cultura da penitência, da educação baseada no castigo, da vingança como método de punir e da reclusão como forma de ressocialização.

Sabe-se que grande parte das pessoas ainda credita no sistema punitivista a solução para a manutenção da ordem, haja vista que a sensação de impunidade provocada pela "não prisão" traria o caos social. Mathiesen (2003, p. 246) apontou que se as pessoas "soubessem como a prisão somente cria uma sociedade mais perigosa por produzir pessoas mais perigosas, um clima para desmantelamento das prisões começaria já, uma vez que a solução altamente repressiva falhou".

Ademais, de forma a estabelecer uma barreira com a Escola Positiva, que apontava os aspectos físicos e biológicos do sujeito para a rotulação de criminoso, o abolicionismo penal observa a partir da sociologia do desvio que há uma forte criminalização das subculturas, ou seja, daquelas que possuem comportamento diferente e reduzido poderio econômico, preencheriam as lacunas do cárcere através do etiquetamento de marginal (SCOTT, 2010).

Nada obstante, o abolicionismo penal advindo da crítica ao aprisionamento massivo, repetitivo e ineficiente, também é estudado a partir de outros vértices como a teoria fenomenológica e a marxista, respectivamente por Louk Hulsman e Thomas Mathiesen. Destarte, a teoria abolicionista também abrange os objetivos reais do direito penal que buscam a perseguição de corpos específicos para o aprisionamento (ARRAES, 2013).

O juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Eugenio Raúl Zaffaroni (2017), foi firme ao dizer que todos os elos da corrente abolicionista analisam o crime a partir de um produto criado e comercializado pelo próprio Estado. Já em consequência, a prisão adota a posição de reprodutora de rótulos fazendo com que o encarcerado assuma, finalmente, o significado que lhe é imputado.

Sendo assim, os abolicionistas não escondem a atuação ilegal do Estado a fim de absorver pessoas para o colapsado sistema carcerário. Com feito, intencionalmente o poder punitivo busca registrar como delinquente o maior número possível de indivíduos desviantes. Como resultado, portanto, esta equação propicia ao Estado gerência sobre a maioria dos conflitos sociais, uma vez que afasta os verdadeiramente envolvidos no conflito, além de receber o status de garantidor da paz através da pena e da prisão.

Desta feita, com a breve, porém necessária introdução e conceito da teoria abolicionista, faz-se necessário adentrar na matéria com maior profundidade, especialmente quanto à teoria fenomenológica-histórica de Louk Hulsman e na reflexão materialista discutida por Thomas Mathiesen.

2.1 TEORIA FENOMENOLÓGICA: LOUK HULSMAN

Louk Hulsman estudou ciências jurídicas e sociais e formou-se pela Universidade de Leiden, em Amsterdã, ao final da primeira metade do século vinte. Excedeu as

fronteiras holandesas e trabalhou em Paris na elaboração de acordos relacionados à política criminal entre países europeus (ZAFFARONI, 2017).

O trabalho de Hulsman não ficou adstrito a publicações acadêmicas e demais trabalhos no campo universitário. Pelo contrário, desde muito cedo o mote de seu raciocínio era a expansão da teoria abolicionista para outros países e, portanto, a viabilização e construção desta prática (HULSMAN e CELIS, 1987).

No respeitante à construção da teoria abolicionista, o pensamento de Hulsman transcendeu o continente europeu e encontrou guarida em instituições mundialmente conhecidas como a Universidade de Buenos Aires e a Universidade da Colômbia. Também presente no Brasil, através de eventos como cursos e palestras, defendeu o abolicionismo penal como imprescindível modelo para o sistema carcerário brasileiro (ARRAES, 2013).

Todavia, foi na Argentina que as contribuições do holandês obtiveram reconhecimento e refletiram diretamente na legislação penal do país. Na espécie, seus escritos influenciaram a criação de uma legislação que determinava soluções alternativas aos conflitos penais através da mediação, bem como a reconciliação com integral respeito às disposições Constitucionais, minimizando, portanto, os efeitos do degradante processo criminal (ARRAES, 2013).

O professor argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni (2017), foi o expoente que acrescentou argumentos à teoria de Hulsman e funcionou como conexão para a expansão do pensamento do holandês na América do Sul. Nesta oportunidade, foi preciso e radical ao apontar que a reprodução da ideia de aprisionamento apenas colabora e garante ao Estado mais poder de punir.

Com efeito, arrematou Anitua (2008, p. 698):

> Hulsman queria indicar que se a comunidade aborda os eventos criminalizados e os trata como problemas sociais, isso permitiria ampliar o leque de respostas possíveis, não se limitando à resposta punitiva, que, ao longo da história, não somente não resolveu nada, como também criou problemas.

Assim como o estudo de qualquer corrente abolicionista, tem-se como ponto de partida na teoria fenomenológica de Hulsman a total ruptura com sistemas repressivos. Hulsman e Celis (1987) assinalaram que não há espaço para a coexistência entre abolição e o aprisionamento, ainda que sua existência seja mínima e busque a reinserção do indivíduo na sociedade.

Por outro lado, Hulsman e Celis também são fortes ao negarem “um programa no lugar da justiça criminal” pois acreditam que ao negociar com o sistema “você permanece dentro da organização cultural da justiça criminal” (1987, p. 142). Deste modo, busca-se a total ruptura dos elementos como a ressocialização e a diminuição de impactos no cárcere, que defendidos por grande parte da academia, infelizmente ainda coexistem com o aprisionamento.

Com efeito, Carvalho (2015) ensina que outros autores, como o francês Marc Ancel, buscavam a substituição das penas sem observar o abolicionismo como objetivo final, o que afasta a essência contida na teoria fenomenológica. Assim, o autor assevera que não basta reduzir o aprisionamento e seus impactos, é necessário cultivar o pensamento de que a prisão jamais funcionou.

Em decorrência dos fundamentos tecidos, portanto, conclui-se que as contribuições de Hulsman e Celis impactam diretamente no reconhecimento de que o sistema punitivo falhou e que suas consequências apenas resultam no crescente aprisionamento. Tem-se

como imprescindível a cessação dos meios atualmente empregados e a desvinculação de que a prisão deve atuar como instrumento de ressocialização no lugar do imprescindível papel educacional.

2.1.1 Qual abolição? Qual liberdade?

Abolição, para Hulsman e Celis (1987), deve seguir a literalidade sem qualquer dobra ou desvio. Desta feita, a concepção do instituto da prisão e das penas como castigo, desde a origem, foi abatida pelo fracasso e em momento algum pensada como forma humana na busca de recuperação do custodiado.

Neste norte, colhe-se da obra de Hulsman e Celis (1987, p. 160) que:

> Com a abolição do sistema penal, toda matéria de resolução de conflito, repensada numa nova linguagem e retomada numa outra lógica, estará transformada desde seu interior. A renovação deste sistema, naturalmente, não eliminaria as situações problemáticas, mas o fim das chaves de interpretações redutoras e das soluções estereotipadas, por ele impostas[...]

A modificação das penas cruéis para a privação da liberdade, segundo Hulsman e Celis (1987), deu-se por lutas históricas contra o avanço da violência e da tortura do Estado contra a população sem voz. É necessário atentar-se que o objetivo nunca foi o de abolir a pena, mas de trazer condições harmônicas às leis para que o cumprimento da pena continuasse a atender os clamores populares.

Para além disso, muito antes do aprisionamento massivo o holandês já observava como o mecanismo de encarceramento buscava por perfis específicos e que a abolição deveria ser conscientizada. Assim, a abolição seria o único caminho para a liberdade, haja vista que “o sistema penal visivelmente cria e reforça as desigualdades sociais”, conforme Hulsman e Celis (1987, p. 75).

Outrossim, os autores são veementes ao apontarem que a abolição pode ser observada como a abolição de almas, já que “[...] são sempre os mesmos que vão para prisão: as camadas mais frágeis da população, os despossuídos” Hulsman e Celis (1987, p. 78). Trata-se, portanto, de um sistema que seleciona e aprisiona.

A partir do atento olhar da criminologia crítica, foi observado que a insegurança gerava apelo ao recrudescimento das leis e pela maior punição para os infratores. E assim foi feito. Contudo, até mesmo a punição deve observar alguns limites, uma vez que a modificação social é constante, e exatamente neste ponto que a falência do direito penal se apresentou com relevo.

Todavia, veja-se que percorrem caminhos paralelos o clamor por segurança e a violência. Diante disto, o direito penal em momento algum conseguiu superar as crises sociais, uma vez que seus objetivos reais estavam condicionados apenas ao encarceramento. Ademais, multiplicou a sensação de insegurança e reproduziu o conceito de criminoso a partir dos perfis dos milhares cuja liberdade é privada.

Ainda sobre a violência e insegurança, constatou Andrade (1995) que uma ciência ultrapassada observou a sociedade e rotulou dois grupos como o bem e o mal. Quanto a este último, que deve ser traduzido como povos marginalizados, promoveu a caracterização de suas condutas como crimes, bem como a necessidade de ressocializar e aniquilar a partir do aprisionamento.

Consequentemente, a manifestação de combate à violência, em verdade, trata-se de mera roupagem sobre o combate às mazelas sociais perpetuadas pelo injusto discurso

de política criminal. Assim, ensina Andrade (1995), tem-se que a sociedade (vítima) saboreia o produto de sua divisão entre boas e más condutas.

Não fosse o bastante, o Estado remove do conflito a vítima oriunda da própria violência que propaga, restando tão somente o criminoso. A preocupação para quem foi vitimado pelo direito penal é ignorada. Portanto, concluíram Hulsman e Celis (1997) que o sistema penal não protege nem ajuda ninguém.

De outro vértice, a sociedade passou a tecer críticas ao Estado quando as penas aplicadas não correspondiam ao valor social que a infração penal atingiu. Assim, posiciona-se de um lado o clamor pela vingança (revestida de justiça) contra o Estado como detentor exclusivo do poder de punir.

2.1.2 Do sistema punitivista à teoria fenomenológica

Hulsman e Celis (1987) afirmaram que não há como ter esperança que o sistema de justiça criminal ponha fim à violência. Isso porque não se pode esperar do mecanismo de reprodução da violência, que em momento algum assumiu ou assumirá o papel de ressocialização, conclua através do aprisionamento o fim à violência. Como já visto, há interesse do Estado pela manutenção de grupos específicos sob vigilância e reclusão.

Batista (2012, p. 108) afirma que “o abolicionismo é amplo e está na deslegitimação mais profunda da pena em diferentes estratégias políticas e jurídicas”. Assim, muito embora o sistema penal impere, indispensável aduzir que formas abolicionistas já são aplicadas para delitos de potencial ofensivo reduzido.

Na obra de Hulsman e Celis (1987), intitulada como “Penas Perdidas”, tem-se que a solução está na aproximação entre os envolvidos diretamente no conflito. Para tanto, busca-se a interação sem a necessidade de aplicação de penas ou da mínima intervenção do direito penal. Ou seja, é necessário restabelecer a legitimidade entre vítima e agressor e fomentar a pacificação pela semelhança.

Conforme descreveu Arraes (2013), a resolução de conflitos através da justiça restaurativa é uma realidade em crescimento e que deve ser observada. Ocorre na Nova Zelândia, através de reuniões com pessoas que cometeram infrações, projetos restaurativos que evitam o aprisionamento e funcionam desde o ano de 2002 com a Lei de Sentenças, a Lei da Liberdade Condicional e a Lei do Direito das Vítimas.

Neste sentido, destaca-se a atuação da Alemanha para com o combate da cultura do aprisionamento. Arraes (2013) afirma que anualmente cerca de 20.000 conflitos são apreciados e solucionados através da justiça restaurativa, ou seja, evita-se que um expressivo número de pessoas ingresse no sistema penitenciário.

Contudo, observe-se que o sistema punitivista brasileiro, apesar de oficialmente manifestar a ressocialização e a segurança, rema em sentido diverso dos objetivos, pois a política criminal, em tese, busca os objetivos declarados no discurso penal, porém, ao mesmo tempo fomenta o combate ao criminoso. Este indivíduo, por sua vez, é rotulado pelo próprio Estado como desviante, haja vista possuir as características do discurso real do discurso penal (SANTOS, 2017).

Conclui-se que alimentar a ruptura com a política do aprisionamento, bem como romper com a cultura da vingança, consiste em progresso no sistema penitenciário. As prisões não foram pensadas e construídas para a ressocialização e tampouco ainda para minimizar a violência e seus efeitos. O instituto da prisão, em verdade, seleciona indivíduos, os aprisiona e serve como lastro para o cultivo da violência.

2.2 MATERIALISMO-HISTÓRICO: THOMAS MATHIESEN

O departamento de Sociologia do Direito da Universidade de Oslo, na capital da Noruega, é o local onde um dos fundadores da Associação Norueguesa para a Reforma Penal, formada por operadores do direito, apenados e agentes do sistema penitenciário, Thomas Mathiesen, produz material científico e trabalha com pesquisas relacionadas à criminologia radical (VAZ, 2017).

As contribuições de Mathiesen para a criminologia, e essencialmente à teoria abolicionista, partem da concepção marxista do materialismo-histórico, razão pela qual o direito penal deve ser entendido como instrumento que coloca os interesses da classe dominante acima de toda a classe subalterna (SANTOS, 2017).

Entrementes, antes de adentrar na teoria abolicionista é necessário versar sobre a definição do materialismo. Trata-se da afirmação marxista onde o modo de produção, hodiernamente o modo capitalista, amolda parâmetros da vida social e política das pessoas. Desta feita, o materialismo-histórico nada mais é do que a análise da sociedade, da história e da economia da conjuntura social, conforme Santos (2017).

Destarte, Marx (1985) afirmou que a acumulação de riquezas determinava o status de burguês. Assim, sabendo-se que a repartição de riquezas historicamente é marcada pela desigualdade, passou-se a enxergar a divisão das riquezas como a divisão dos homens. De outro modo, as camadas sociais foram diretamente definidas por aquilo que produziam e acumulavam.

A crítica lançada por Santos (2018), neste rumo, afirma que as sociedades capitalistas buscam, através de bases ideológicas enraizadas no capital, a retribuição equivalente pelas sanções criminais. Outrossim, o indivíduo que não se encontrar assistido pelo mercado de trabalho, será monitorado e suas condutas disciplinadas pela prisão.

O cárcere e a fábrica possuem relação de proximidade. A origem do sistema penitenciário industrial, inclusive fomentado no Brasil, advém das sociedades industrializadas que deram início à exploração humana no terreno fabril, como é o caso da “Holanda, Inglaterra, Estado Unidos e França”, conforme explica Santos (2017, p. 459).

Desta feita, o principal instituto de controle social, a prisão, funciona como método transformativo que leva o condenado ao status de operário condicionado à rigorosa estrutura industrial (SANTOS, 2017). Assim, a estrutura capitalista torna o indivíduo como base de exploração do capital ou, de outro modo, o corpo domesticado responsável para produção das riquezas.

Neste aspecto, importa exprimir os ensinamentos de Andrade (2003, p. 267):

> [...] há um processo de seleção de pessoas às quais se qualifica como delinquentes e não, como se pretende, um mero processo de seleção de condutas qualificadas como tais. O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime.

Por outro lado, Santos (2017, p. 438) descreveu que a conexão entre fábrica e cárcere é interdependente. Isso porque de um lado tem-se a necessidade de a prisão fomentar o trabalho fabril através da punição e da coerção dos sujeitos ociosos, e de outro o poder do capital (fábrica) promove a estruturação social e define os indivíduos escolhidos nos objetivos reais do direito penal.

Com efeito, é de ver que o direito penal, por meio dos objetivos reais, atende aos anseios da classe dominante e diretamente é posicionado como instrumento de repressão

às necessidades e diferenças sociais. Tem-se, portanto, a reprodução e o crescimento de classes dominadas em situação de encarceramento, papel também desempenhado pela grande mídia que fomenta o discurso punitivista, como será detalhado a seguir.

2.2.1 As razões para extinção da pena

O professor Mathiesen (2003) vê o sistema punitivista como uma arma do Estado para que a cultura de repressão contida no interesse dominante, leia-se classes abastadas e interesse político, seja aplicada em detrimento dos vulneráveis. A partir disto, observa como os efeitos nefastos do cárcere estão condicionados ao proveito de quem gere o capital.

Ao defender a ilegitimidade do sistema punitivo, Mathiesen (2003) utiliza argumentos que fundamentam a extinção da prisão. Tratam-se de análises empíricas e confronto de dados reais que apontam diretamente como a solução repressiva falhou e continua a reproduzir o aumento de violência e desigualdades.

Mathiesen (2003, p. 95) apontou que:

> As pessoas não sabem quão irracionais são nossas prisões. As pessoas são levadas a acreditar que as prisões funcionam. A irracionalidade verdadeira da prisão é um dos segredos melhor guardados em nossa sociedade. Se o segredo fosse revelado, destruiria as raízes do sistema atual e implicaria o começo de sua ruína.

Destarte, a reincidência é fator de atenção na análise do autor. Questiona-se como a aplicação da teoria retributiva da pena não serviu para afastar o cometimento de delitos por aqueles que já passaram ao menos uma vez pelo sistema penitenciário. Desta feita, a reincidência estampa o fracasso dos objetivos declarados do discurso penal.

Neste rumo, conforme pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2015), o índice de reincidência dos presos no sistema penitenciário brasileiro era de 24,4%. Assim, tem-se que o retorno à prisão era de quase 1/4 da totalidade dos presos à época da pesquisa. Com efeito, Baratta (1990) aponta não ser crível que o encarceramento resulte na ressocialização, pois efetivamente tem se posicionado como obstáculo para seu próprio êxito.

Quanto à superlotação, afirmou Mathiesen (2003) que o confinamento em celas deveria servir como epicentro para que novas unidades prisionais não sejam construídas, mas que o aprisionamento seja abolido. Suas críticas também foram estendidas às penas substitutivas à prisão, haja vista que a manutenção do sistema de degradação e punição da vida humana seria mantido.

Neste rumo, insiste Mathiesen (2003) sobre a necessidade da aplicação de dois planos imprescindíveis para o fomento à abolição. Tratam-se, pois, do plano legislativo e do plano da preparação político-cultural que em curto e longo prazo apresentarão diferenças no colapsado sistema prisional.

Quanto ao plano legislativo, tem-se como o alargamento das condutas que não resultem em prisão, ou seja, a maximização das condutas de menor potencial ofensivo que não têm como pena a reclusão. A exemplo, delitos que não atentem contra a vida e que sejam meramente patrimoniais, como furto e demais infrações contra o patrimônio, bem como o uso e venda de entorpecentes.

Como resultado, gradativamente o número de presos será reduzido, sem a necessidade de construção de novos ergástulos. Mormente, imprescindível é a criação de

políticas que busquem resoluções civis para os conflitos amparados penalmente. Assim, a iniciativa legislativa levará o cárcere ao desaparecimento.

Por outro lado, tem-se como segunda ação a conscientização popular para com as transformações legislativas, razão pela qual a mídia possui fundamental protagonismo a fim de estampar dados reais. Ademais, a promoção de campanhas que atinjam a comunidade é essencial para a quebra do vínculo punitivista.

É de valor demonstrar publicamente como o retorno ao sistema de aprisionamento não é medida de progresso. Sobre o tema, explica Santos (2017, p. 96):

> Em conjunto ao método contra funcional implementar-se-á a contra-negação, ou a negação da negação, a fim de conter os mecanismos de neutralização do sistema antigo (externo e interno). Para isso, é indispensável escancarar o fracasso do cárcere e sua negação, revelando todas as falácias que sustentam os mecanismos de defesa social e de justiça do sistema velho.

Para além disso, a criação de centros públicos que possibilitem discussões com a comunidade também está presente na teoria de Mathiesen (2003). A despeito, Santos (2018) relata que é necessário dar lugar e reconhecer a necessidade de discutir o sistema penitenciário brasileiro. Não há como tergiversar sobre a causa, pois vidas humanas são esquecidas em degradante e inconstitucional condições.

3. A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO BRASIL

Os aspectos físicos e procedimentais da prisão devem acompanhar as previsões legislativas, as normas internacionais e sobretudo o conteúdo da Constituição Federal, de modo que o cumprimento da pena ocorra na estrita legalidade. Todavia, o sistema de justiça criminal do Brasil enfrenta problemas como a superlotação e a carência de ressocialização, o que torna periódico o debate sobre seu estado inconstitucional e sua ineficácia.

Bitencourt (2016) ensina que a prisão como resposta e ferramenta para reinserir o apenado ao convívio social, pensada a partir do século dezenove, mostrou-se esperançosa no início. Entretanto, as características degradantes dos ergástulos e o altíssimo índice de reincidência criminal revelaram o fracasso da política de encarceramento.

Com efeito, Andrade (2003) considera que a matéria criminal representa uma questão política que labora entre os eixos do conflito social e a criminalização de pessoas, e não como o discurso de ressocialização que envolva o detento. Destarte, ao refletirmos sobre as prisões brasileiras e seus reflexos nos últimos quinze anos, deparamo-nos com efeitos contrários aos objetivos referendados pelo Estado.

Na visão de Carvalho (2015), algumas sociedades democráticas, como o Brasil, tendem a legitimar a postura de encarceramento desenfreado, cujos alvos escolhidos para o preenchimento e superlotação das prisões são bastante definidos. Outrossim, tratam-se de pessoas pobres, juventude parda ou negra e moradores das periferias urbanas.

Mais a fundo, no ano de 2017 o Estado Brasileiro sofreu denúncias perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), sobre o sistema carcerário superlotado, bem como diante de graves violações dos direitos humanos e tortura, conforme sessão 161º ocorrida em Washington, Estados Unidos da América.

Na esteira do comunicado sobre violência institucional e segurança pública, publicado pela Organização de Direitos Humanos Justiça Global (2017), o conteúdo referendado pelas entidades foi motivado principalmente pelo grande número de mortes ocorridas em complexos prisionais da região norte do país, precisamente nos estados do Amazonas e Roraima, ocasião em que 126 detentos foram vitimados por conflitos internos.

Ademais, a tortura, o tratamento degradante e as flagrantes condições inadmissíveis de higiene também estiveram presentes na audiência. Para os subscritores do documento, o Estado Brasileiro se apresenta de modo confortável com as assíduas crises penitenciárias e não apresenta uma estratégia de ação que ao menos minimize a atual conjuntura.

Sobre a falta de investimento nas unidades prisionais, a Medida Provisória nº 775 foi objeto de duras críticas. Isso porque seu conteúdo promoveu o financiamento da segurança pública nacional ao passo que os recursos destinados à melhoria dos ergástulos foram desvinculados do objetivo final.

Para além disso, a superlotação tem se apresentado como o epicentro do discurso crítico. Não bastasse o imenso número de presos, atualmente com ao menos 812 mil pessoas, conforme dados colhidos do DEPEN (2019), reconheceu-se que 41,5% daquele total de detentas e detentos se refere a pessoas ainda sem condenação.

Com efeito, necessário alertar sobre o massacre ocorrido em Altamira (Pará), em julho de 2019. Na ocasião, sessenta e dois detentos foram mortos e deste total vinte e seis eram presos sem condenação, ou seja, detentos que aguardavam o julgamento em regime fechado, de acordo com publicação da AJD (2019).

Episódio similar ocorreu em maio do corrente ano em Manaus, ocasião em que 55 presos foram mortos durante conflitos internos. Segundo dados da Defensoria Pública do Amazonas, ao menos 11 detentos não possuíam decreto condenatório, em outras palavras, também presos provisórios, conforme Queiroz (2019).

Assim, com diversos registros que indicam uma política que não observa os preceitos Constitucionais, tampouco as regras estabelecidas nos pactos internacionais, o Estado Brasileiro corrobora de forma repetitiva com o estado inconstitucional das unidades prisionais.

3.1 DENÚNCIAS INTERNACIONAIS: IRREGULARIDADES

3.1.1 Regras de Mandela

Não bastassem os reiterados casos de violações dos direitos humanos nas prisões, imperioso ressaltar que o Brasil é pactuário de regras essenciais para o cumprimento da pena, o que revela a ilegalidade das unidades prisionais do país. Para tanto, tem-se como instrumento reconhecido pelo Estado Brasileiro as Regras de Mandela.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, hodiernamente denominadas como Regras de Mandela, envolvem um conjunto de prescrições elaboradas para o cumprimento da pena em observância à dignidade da pessoa humana. O Brasil teve participação significante na elaboração do documento, quando em 2015 foi aprovado na Assembleia Geral das Nações Unidas (BITENCOURT, 2016).

Todavia, a própria carta reconhece que o Estado Brasileiro é deficitário ao implementar seu cumprimento no ordenamento jurídico e nas práticas diárias do sistema

de justiça criminal. Já a crítica, por seu turno, aponta que o país desrespeita o conteúdo oficializado, conforme Bitencourt (2016).

Dentre os problemas mais recorrentes nos ergástulos brasileiros relacionados à higiene, à superlotação, ao atendimento médico e à alimentação, importante registrar que as Regras de Mandela foram criadas com especial atenção às necessidades básicas a qualquer pessoa, razão pela qual o seu cumprimento é inegociável.

Com efeito, a Regra 12 dispõe que as celas não sejam ocupadas por mais de um preso durante o repouso noturno, exceto por questão de superlotação temporária, que será medida de exceção à regra. A este respeito, Rodrigues (2018) apontou que no estado de Minas Gerais era possível encontrar entre quinze e dezessete apenados em cela planejada para seis pessoas, de modo que a superlotação se tornou a regra.

O Preceito 13, por sua vez, sistematiza como as condições de temperatura, ventilação e conteúdo volumétrico do ar devem ser mantidas. Na prática, porém, há flagrante desrespeito às condições mínimas que podem implicar em severos problemas de saúde, como ocorreu no Presídio Central de Porto Alegre, onde detentos dividem espaço com esgoto a céu aberto, fezes e ratos que transitam entre pessoas, de acordo com Vasconcellos (2014).

Já a Regra 21, aponta que cada preso deverá ter uma cama separada com a devida troca das roupas para a manutenção da limpeza local. Todavia, a contradição ao conteúdo das Regras Mínimas é tão grave, que no Presídio de Pedrinhas, no Estado do Maranhão, os reclusos foram obrigados a dormir em revezamento, pois a superlotação não comporta que todos durmam ao mesmo tempo durante o repouso noturno. Não fosse o bastante, o descanso ocorria sobre papelão no chão da cela, apontou Bedinelli (2014).

Quanto à saúde, a matéria é abordada entre as Regras 24 a 35 e aponta critérios essenciais que vão ao encontro das disposições Constitucionais de 1988. Ademais, as Regras de Mandela apontam que os serviços de saúde são de responsabilidade do Estado e toda unidade prisional deve contar com equipe para prestação de serviços à saúde física e mental. Ademais, os tratamentos contra o HIV, a tuberculose e demais doenças infecciosas e de toxicodependência devem ser observados pela direção do ergástulo.

Entretanto, na Cadeia Cotrim Neto, município de Japeri, no Rio de Janeiro, dois detentos faleceram em decorrência da falta de atendimento médico, conforme informação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2015). Em Joinville, Santa Catarina, no ano de 2018, foi noticiada a morte de detento em decorrência de infecção, conforme Vargas (2018). Conclui-se, assim, que há inobservância das Regras Mínimas, inclusive sobre o respeito às condições sanitárias essenciais.

Sobre a alimentação, contida na Regra 22, tem-se como dever do Estado o fornecimento de água potável e alimento em horários regulares e com valor nutricional que garantam sua saúde e resistência. Ademais, a qualidade das refeições deve observar o bom preparo e ser bem servida.

Contudo, no ano de 2017, na cidade de Bauru – São Paulo, detentos se rebelaram por alimentos que foram servidos em estado de podridão no Centro de Progressão Penitenciária 3. Há relato, ainda, sobre a falta de água e tratamento de esgoto da unidade, o que demonstra grave violação aos direitos básicos dos reclusos, aponta Marconi (2017).

Diante de todos os fatos narrados, cuida-se da Regra 4, que trata sobre a ressocialização. Se por um lado o cárcere nega as formas essenciais para a vida com

dignidade, não é crível esperar que o detento possa firmar qualquer caminho de reabilitação sem que o mínimo lhe seja assegurado e cumprido.

Portanto, além de no plano teórico o Estado ter participado da atualização das Regras de Mandela, também as reconhece como valioso instrumento que projeta as condições mínimas para o cumprimento da pena. Entretanto, no campo prático deixa de observar parte das condições basilares e de maneira sucessiva descumpre os objetivos firmados, conforme a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.

3.1.2 Regras de Bangkok

O Conselho Nacional de Justiça, no Dia Internacional da Mulher do ano de 2016, reconheceu as Regras de Bangkok como instrumento imprescindível para a execução penal das mulheres e como ferramenta apta a evitar o ingresso feminino no sistema penitenciário, conforme Bitencourt (2018).

Segundo o documento oficial sobre “As Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras”, no período de 2000 até 2014 houve o crescimento de 567,4% do número de reclusas, enquanto que no mesmo período o índice masculino registrou aumento de 220,20%.

Assim, Queiroz (2015) descreve que as necessidades femininas nas unidades prisionais demandam especial atenção, mormente pela gravidez e por aspectos fisiológicos, bem como diante da acelerada curva ascendente do número de detentas que ingressam no sistema, razão pela qual medidas de emergência são fundamentais.

Em comum às Regras de Mandela, muito embora o Estado Brasileiro reconheça Regras de Bangkok, a efetivação das disposições está longe de atender integralmente o conteúdo firmado. Com efeito, a crítica assevera que na prisão as mulheres possuem tratamento como o ofertado aos homens, assinala Queiroz (2015).

A higiene pessoal das mulheres requer o uso de material descartável, o absorvente. A Regra 5 prevê a necessidade de fornecer, sempre que preciso, o absorvente higiênico de forma gratuita, bem como água potável para seus cuidados pessoais, das crianças e para aquelas que desempenham tarefas na cozinha do estabelecimento penal.

Queiroz (2015) descreve que a regra não é devidamente obedecida. Na Penitenciária Feminina do Butantã, em São Paulo, as mulheres recebem um kit com oito absorventes para o uso mensal. Porém, sua crítica consiste nos diferentes ciclos menstruais, haja vista que a duração é variável para cada mulher. Assim, não raras vezes é preciso passar o dia todo com um único absorvente de modo a garantir a troca no dia seguinte.

Para além disso, há relato de mulheres que em razão do fluxo menstrual mais intenso foram obrigadas a procurar alternativas, conforme Queiroz (2015). A autora expande a situação degradante das unidades prisionais femininas ao discorrer que até mesmo miolo de pão já foi utilizado como absorvente improvisado, o que de modo inconteste reflete as inobservâncias das regras mínimas.

É possível observar na Regra 48 que as mulheres devem receber alimentação diferenciada quando lactantes ou gestantes. Queiroz (2015, p. 104), por outro lado, descreve que é servida “comida estragada e fora da validade [...], sem dó, para as detentas. Não existe, tampouco, esforço por tornar alimento servido mais nutritivo ou

apetecível". Tem-se, portanto, reiteradas violações às necessidades mais básicas do ser humano.

Os serviços de saúde estão previstos nas Regras de Mandela (Regra 13) e nas Regras de Bangkok (Regra 6), especialmente quanto à ventilação mínima que deve estar presente nas celas. Porém, no Centro de Reeducação Feminino, em Ananindeua, no estado do Pará, a experiência de Queiroz (2015) aponta que além do forte odor de urina, a ausência de janelas acompanha a intensa umidade, calor acentuado e diversas infiltrações na cela.

Ademais, além de tratamento da saúde mental, há previsão de cuidados médicos para as mulheres em período gestacional e após o parto. Destarte, Queiroz (2015) assevera que os cuidados médicos não são ofertados a todas as detentas, haja vista que a falta de vagas nos leitos é constante. Com efeito, a autora também registrou o caso da reclusa que após o parto foi mantida numa cela de delegacia, local onde os pontos da cirurgia inflamaram e a impediram de caminhar por algum tempo.

Em vista disto, até mesmo onde o número de reclusas seria fácil de gerenciamento para o Estado, as prisões brasileiras não dispõem dos cuidados essenciais, de acordo com Queiroz (2015). As condições das prisões brasileiras violam cláusulas pétreas da Carta Constitucional de 1988 e desrespeita disposições dos pactos firmados pelo Estado Brasileiro, como a vedação a tratamento degradante, finaliza a autora.

3.2 A PRISÃO FUNCIONA? A VOZ DE DETENTOS

A falência do sistema carcerário já foi reconhecida em 1950, quando em Paris realizou-se o segundo Congresso Internacional de Criminologia. Naquela oportunidade, discutiu-se como o cárcere reflete suas próprias mazelas, visto que o ambiente penitenciário fomenta a desumanização e, como via de regra, promove a miscigenação dos delitos (BITENCOURT, 2016).

De mais a mais, a reincidência também remonta ao fracasso do ergástulo, pois no critério lógico fracassa na reinserção do condenado à sociedade. A respeito, Santos (2017) aponta que o modelo auburniano de penitenciária, onde o recluso é acometido pela exploração de sua força de trabalho a favor do capital, em nada observa como fim a ressocialização. Pelo contrário, a presença do detento é tão valiosa para o sistema punitivo, que o ciclo prisional fomentará seu retorno às celas, promovendo a reincidência.

A este respeito, descreve Bitencourt (2016, p. 170) que "as elevadas taxas de reincidência podem não só indicar a ineficiência da prisão como também refletir as transformações dos valores que se produzem na sociedade e na estrutura sócio econômica". E finaliza ao discorrer que a reincidência possui valor relativo, ou seja, não é o fator isolado do fracasso das prisões.

Em razão disso, a presente pesquisa preocupou-se em trazer relatos de detentos da Penitenciária de Joinville que cumpriam pena em regime fechado e participaram da elaboração do livro "Cárcere – a prisão funciona?". Com efeito, buscou-se dar voz e conhecer a perspectiva de pessoas que têm a liberdade privada pelo sistema de justiça criminal brasileiro.

Pela ótica do encarcerado, para evitar o ingresso na prisão a formação educacional seria a ferramenta necessária para o êxito, de acordo com Araújo (2018)[3]. Ademais, o autor acrescentou que no ambiente carcerário são comuns as queixas entre detentos sobre a falta de oportunidades na vida externa decorrentes da ociosidade do cárcere.

3. Trecho referente ao autor Felipe de Araújo, referenciado em nome do organizador Alex Giostri.

Destarte, Silva (2018)[4] também apenado da Penitenciária Industrial de Joinville, relata que a prisão é somente uma forma de punir, e que o ambiente carcerário se traduz em conflito para a reabilitação de qualquer pessoa. Ademais, o autor descreveu a falta de racionalidade ao manter alguém preso e comparou o ato àqueles praticados contra animais. Por fim, foi firme ao apontar que a educação, antes da reclusão, traria outros rumos à vida.

Foucault (2014), por seu turno, descreve que a dominação é construída pela disciplina sobre as pessoas e com a regulação das massas, de modo que o Estado consegue operar na vida dos indivíduos com intervenções perversas, como ocorre com o numeroso aprisionamento.

No sentir de Cunha[5] (2018, p .47), que atualmente cumpre pena em regime fechado:

> A função atual da prisão é única e exclusivamente punitiva. As poucas iniciativas em direção à ressocialização são insuficientes. Não haverá ressocialização, regeneração, enquanto a sociedade não for reeducada, e enquanto não forem revistos nossos padrões punitivos e, sobretudo, enquanto não entendermos que a política do encarceramento deteriora o ser humano, destrói sua dignidade e exclui qualquer oportunidade de recuperação. O cárcere mata. Mata os sonhos, os projetos, o caráter e a índole.

Colhe-se das palavras do autor que o período de segregação não contribui para o objetivo firmado na Lei de Execução Penal (propiciar condições para a harmônica integração social do condenado). Pelo contrário, o fiel relato de quem vive a realidade do sistema prisional aflora que a prisão sufoca as expectativas da pessoa condenada, de modo que sua identidade com o mundo externo é apagada.

Boer (2018)[6] vai além e aponta que o pouco que se pretende para alavancar a ressocialização é insuficiente. Isso porque a mera alfabetização não confere oportunidades de emprego que corroborem com a sociedade de competidores estabelecida fora das prisões. Assim, conclui que a privação da liberdade, majoritariamente que recai sobre jovens, é contrária ao caráter ressocializador.

Em igual sentido Freitas (2018)[7] acrescenta que o papel da educação no cárcere como "básico''. Isso porque limita-se a unidade prisional a replicar saberes como ler e escrever. Todavia, não abrange as necessidades exigidas pelo sistema competitivo estabelecido pelo capitalismo, razão pela qual o conteúdo ministrado no ergástulo não alcança a ressocialização.

Já a abordagem de Candido (2018, p. 87)[8], demonstra preocupação com o modelo de justiça criminal adotado no Brasil, *in verbis*:

> [...] a prisão não tem nenhuma função. A pessoa ficando presa, não quer dizer que isso vai mudá-la. Só prender não resolve, é o mesmo que amontoar pessoas sem que elas tenham condições dignas de sobreviver. Ou poderia ser o aprisionar as pessoas que transgrediram a lei mantendo-as encarceradas longe do convívio com a sociedade. Assim, elas pagariam pelos erros que cometeram e, quando já tivessem pagado por todos os seus delitos, voltariam a se reintegrar na sociedade. Mas a pergunta é: como? Quando?

4. Trecho referente ao autor Heriston dos Santos Silva, referenciado em nome do organizador Alex Giostri;
5. Trecho referente ao autor Edison Teixeira da Cunha, referenciado em nome do organizador Alex Giostri;
6. Trecho referente ao autor Flávio Luiz Boer, referenciado em nome do organizador Alex Giostri;
7. Trecho referente ao autor Amilton Luiz Pádua de Freitas, referenciado em nome do organizador Alex Giostri.
8. Trecho referente ao autor Edson Antônio Candido, referenciado em nome do organizador Alex Giostri.

O papel do cárcere está conectado à teoria do projeto, conforme leciona Santos (2018). Para ele o mercado de trabalho é mecanismo de propulsão para a manutenção do atual cenário de políticas criminais, pois trabalha em duas correntes similares aos objetivos reais do direito penal, são elas: a manutenção de pessoas presas quando a força de trabalho é insuficiente, de modo que a punição assuma a forma produtiva; quando excedente a força de trabalho, o sistema penal buscará o extermínio da abundância desnecessária.

Com efeito, os relatos trazidos pelos apenados corroboram com a perspectiva alavancada pela criminologia radical, uma vez que a prisão não fornece qualquer expectativa libertadora dos apenados. Ao contrário, limita-se à alfabetização e fomenta o uso da mão de obra do detento como mecanismo a favor do capital.

3.3 O ABOLICIONISMO PENAL PARA O JUIZ DA EXECUÇÃO

O intento de alguma maneira contribuir para com a atenção necessária sobre o encarceramento no Brasil nasceu durante estágio na Vara de Execuções Penais da Comarca de Joinville, Santa Catarina. Na ocasião, o pesquisador Ricardo Alexandre de Freitas, por quase quatro anos, desempenhou atividades no gabinete do magistrado João Marcos Buch, com a devida supervisão e acompanhamento da assessoria.

A rica experiência, para além da confecção de peças processuais, residiu no acesso a obras literárias e demais produções científicas, bem como a visitas de ofício ao complexo prisional de Joinville, sempre na presença do juiz titular. Desta feita, com os inúmeros registros de precariedade e a indispensável preocupação das instituições competentes para a minimização dos nefastos efeitos da prisão, o pesquisador buscou por teorias que objetivam um mundo sem prisões.

De outro vértice, os relevantes argumentos trazidos pelo juiz da Vara de Execuções Penais e Corregedor do Sistema Carcerário de Joinville, Dr. João Marcos Buch, por meio de pesquisa qualitativa de entrevista gravada oralmente e em seguida transcrita, na forma de questionário aberto com 9 (nove) perguntas, realizadas no Fórum desta Comarca em 28 de agosto de 2019, traçaram importante linha temporal sobre o expressivo aumento de pessoas encarceradas no Brasil e os motivos pelos quais a imensa maioria foi detida. Ademais, como estudioso do sistema de justiça criminal o magistrado elencou alternativas que, se efetivamente aplicadas, podem alterar o alarmante aprisionamento no país.

Quando perguntado sobre os recentes dados do Conselho Nacional de Justiça, divulgados em julho de 2019, onde consta que o número de presos no Brasil ultrapassou a marca de 800 mil pessoas que cumprem pena em regime fechado, semiaberto e em casa de albergado, Buch (2019) avaliou que:

> O número expressivo de apenados possui uma razão de ser desde os anos 90. O Estado não compreendendo o fenômeno da violência e as razões históricas do fenômeno da violência, acaba tendo alguns caminhos pelo legislador e este, então, lança mão de leis penais de emergência. A lei dos crimes hediondos no início dos anos 90 já indicou que o encarceramento aumentaria e a partir de então realmente começou a aumentar. Porém, eu vejo que foi exatamente no ano de 2006 com a lei antidrogas que houve um crescimento exponencial do encarceramento, do superencarceramento, sem a contrapartida de investimento no sistema prisional e as vagas não eram abertas. A partir de 2013 e 2014, no segundo governo da Dilma, houve a percepção de que o encarceramento iria explodir, e começou-se então pelo Governo Federal, políticas públicas no sentido de desconstruir a cultura do encarceramento em massa. O Departamento

> Penitenciário Nacional e o Ministério da Justiça começaram a fazer pesquisas e estudos e grupos de trabalho para modelos de gestão e apontando caminhos para os estados no sentido de alternativas penais e no sentido de desencarceramento. Porém, houve o impeachment e o governo Temer paralisou todo o movimento de tentativa de reverter esse superencarceramento. Quando o governo Bolsonaro assumiu acabou-se com todo o projeto de desencarceramento. Então, hoje, a política do governo federal é de encarcerar e ao mesmo tempo o investimento no sistema prisional não é feito. Este é um processo que o Brasil vem sofrendo ao longo dos anos e não é simples e tampouco fácil tratar da questão do encarceramento. Porém, a forma como o atual governo federal tem tratado a situação preocupa muito, pois já ultrapassamos os 800 mil presos e provavelmente no ano de 2020 chegaremos a 1 milhão, sem absolutamente vagas, sem estrutura, com o ciclo de violência que se reproduz e aumenta pela falta de concepção do Estado sobre a razão da violência.

A política que engloba o sistema de justiça criminal está associada ao sistema econômico que fomenta o aprisionamento de massivo, de acordo com Santos (2018). No país em que o desemprego é crescente e as oportunidades são mínimas, Buch (2019) esclarece que:

> Percebemos que o Brasil segue a linha neoliberal estadunidense Rudolph Giuliani com grande ênfase na questão do tráfico de drogas, na guerra contra as drogas, o que é irracional, haja vista fazer a guerra dentro de seu próprio país com pessoas, sujeitos de direitos e deveres.

A este respeito, Valois (2019) aponta que o Brasil não vive uma americanização em trajetória, pois já se encontra americanizado. Mais a fundo, em especial com relação à guerra contra as drogas, o autor descreve que se reforça o arcabouço moral e fortalecem-se ideias de subserviência que dão ao Brasil o rótulo da submissão.

Destarte, Carvalho, Pellegrino e Alquéres (2016) aduzem que após dez anos da publicação do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas, em 2006, a massa carcerária contava com 28% de reclusos por tráfico de drogas. Já nas alas femininas, 70% da população estava presa por comércio de entorpecentes. Em linhas mais amplas, até a publicação da lei eram 47 mil presas e presos por tráfico, já em 2016 eram 147 mil. Em última análise proporcional, deu-se o aumento de 18,1% ao ano de reclusos por tráfico de drogas.

Buch (2019) também afirma que a prisão faz nascer um problema, *in verbis*:

> Quando se prende acredita-se que soluciona a questão da violência. É o início do problema. A questão é: num mundo em que o capitalismo impera, em que as pessoas são educadas para competir e não para cooperar, em que se formam consumidores e não cidadãos, e ao mesmo tempo não existem políticas públicas de oferta de igualdade de condições para todos, e não só igualdade de início de sua vida, como igualdade de condições durante o seu percurso, e por outro lado existe a massiva campanha para consumo, para bens, para crescimento econômico individual de cada um, isso traz um conflito na cabeça do jovem que acredita que somente será feliz se conquistar tudo aquilo que dizem para ele conquistar, mas ao mesmo tempo ele não possui absolutamente oportunidade nenhuma para conquistar isso tudo. Costumo dizer que o pobre é convidado para a festa e é barrado na porta. Isto obviamente fará com que muitas destas pessoas caminhem pela via marginal. Todavia, não significa que a pobreza gere a violência. A violência segue a linha da riqueza, de concentração de renda, de concentração de riquezas. A partir do momento em que o Estado flexibiliza um pouco mais o pensamento irracional de lei e ordem com referência às drogas e foca em oportunidades, em políticas sociais inclusivas-econômicas, não só a violência

> diminui como o encarceramento diminui. Isto percebemos em países como a Alemanha, países nórdicos e nos países baixos em que o encarceramento tem diminuído, fato que se deve ao não acolhimento da guerra contra as drogas e ao mesmo tempo dando ênfase no anterior, nos motivos que fizeram com que aquela pessoa praticasse um ato de violência ou ilícito. Buscam abordar a origem, o início do problema, e isto tem feito com que fechem cadeias.

Adiante, as reflexões de Buch (2019) seguem a linha de países que conseguem fechar prisões a partir do pensamento coletivo de proporcionar condições igualitárias, políticas de inclusão e sobretudo por entender que pela via da punição não haverá como reduzir desigualdades. Destarte, vê o ser humano como esperança, nunca uma ameaça:

> O ser humano precisa de regras, é o contrato social. Importante ser educado que ao ferir uma regra, haverá responsabilização por isto. Na educação de uma criança se faz, na escola se faz e essas regras precisam ser observadas, com afeto, conhecimento. O fato é que o direito penal jamais será uma forma eficaz de trazer à pessoa o sentimento de que ela é pertencente e que deve observar as regras. Por isto digo que no âmbito do sistema de justiça criminal, todo ser na realidade é uma promessa e jamais será uma ameaça, porque é uma forma de contrapor a ideia de que pelo direito penal conseguiremos superar a violência. Não conseguiremos! O sistema deve compreender de que o ser humano precisa de oportunidades, de educação fora do sistema penal, precisa de afeto, de caminhos apontados e precisa de referências que, acontecendo, certamente ele não praticará atos de violência e não cometerá ilícitos. O sistema de justiça criminal precisa compreender que o ser humano é uma promessa e não uma ameaça. Todavia há uma irracionalidade, pois, o sistema de justiça criminal não quer saber disso, quer saber apenas punir. Esta afirmação, portanto, é forte, que talvez atinja o centro desse sistema de justiça criminal e mostre a irracionalidade disso tudo.

Neste rumo, pelas palavras do magistrado conclui-se que o progresso social não caminhará com respeito aos Direitos Humanos se a manutenção de pessoas presas persistir. Trata-se de antagonismo, pois prisão alguma é capaz de estabelecer respeito mínimo à dignidade humana, conforme descreve Buch (2019) a seguir.

> O avanço nos direitos humanos só acontecerá sem prisões. Ao longo da história as prisões serviram muito mais para violar a dignidade da pessoa humana do que para qualquer outro fim. O avanço nos direitos humanos, eu diria, acontece quando as pessoas não mais são mantidas
> presas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê uma série de valores que exatamente quando a pessoa vai presa, são desrespeitados. Enquanto existirem prisões, os direitos humanos, no viés do sistema de justiça criminal, na questão da segurança pública e na questão da superação da violência, os direitos humanos não avançarão. Isso porque nenhuma prisão respeita os direitos humanos, mesmo aquelas que são em conformidade com a lei e com espaço adequado. A restrição da liberdade, indo mais além da declaração dos direitos humanos sob uma análise crítica, percebe-se ser uma declaração proveniente do mundo ocidental, dos países aliados que venceram a segunda guerra mundial. Então, a crítica é que talvez essa declaração foi feita para que tudo continuasse como sempre esteve. Se pensarmos que o ser humano por natureza tem liberdade no seu âmago, a partir do momento em que sua liberdade é restringida, a natureza humana é ferida. E é por isto que não há como pensar em avanço dos direitos humanos mantendo-se pessoas presas.

Diante da constatação do caótico estado dos ergástulos do país, o juiz esteve frente a frente com pessoas sobrevivendo ao lado de esgoto a céu aberto, familiares visitando detentos entre fezes e estruturas de concreto sob iminente risco de queda,

conforme inspeção no Presídio Central de Porto Alegre, no ano de 2014. Neste rumo, para além do estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras e das constantes violações dos direitos humanos, o magistrado Buch (2019) bem observou o papel do Poder Judiciário de forma cautelosa, porém importante:

> Temos que ter muito bem a noção dos freios e contrapesos que cada poder tem as suas atribuições e precisam ser respeitadas no seu mister. Em princípio, não cabe ao Poder Judiciário gerir, administrar ou dizer onde deve haver investimento público. Ao Poder Judiciário cabe garantir a Constituição. Porém, a partir do momento em que se verifica que o Poder Executivo não está garantindo o mínimo de dignidade para as pessoas que estão presas, que o Poder Executivo tem se omitido constantemente e repetidamente nas suas atribuições, o Poder Judiciário pode sim agir porque todos fazemos parte do Estado. É o que o Supremo Tribunal Federal tem feito.

Após diversas aulas ministradas na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, a carreira do juiz é recheada por experiências em diversas regiões do Brasil. Portanto, Buch (2019) descreveu como os novos juízes e os já experientes têm se posicionado diante do colapsado sistema carcerário, *in verbis*:

> Os juízes são produto da sociedade e já possuem formação, percepções e sentimento. Vejo no que se refere aos juízes mais antigos, não existe uma sensibilização a respeito do tema porque não houve uma formação acadêmica e até mesmo na magistratura que alertasse para essa área. A partir do momento em que o juiz começa a atuar, especialmente na execução penal, ele então se sensibiliza e começa a perceber a gravidade de tudo e então começa a tentar modificar. Quanto aos mais novos, existe uma preocupação muito séria da ENFAM em que a ética e o humanismo sejam o centro das decisões dos magistrados. Os juízes estão recebendo uma formação, especialmente pela ENFAM, no que se refere ao sistema carcerário brasileiro e execução penal, e estão se sensibilizando com todo o cenário. Acredito que com o passar do tempo os novos juízes, atuando e se tornando mais experientes, trarão ao Poder Judiciário, como um todo, maior preocupação com situação dentro das prisões.

Desta feita, as observações do entrevistado apontam que a formação humanística das autoridades é fator que poderá contribuir para a redução da crise do sistema carcerário brasileiro. Ademais, ressaltou o magistrado que a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados cumpre papel fundamental para com o salto ético da magistratura.

No que diz respeito ao abolicionismo penal, Buch afirmou não acreditar nas prisões. Todavia, fez a ressalva que a Constituição Federal de 1988 não é abolicionista, e como juiz cumpre aplicar a lei. Destarte, em julho de 2016, quando de uma entrevista para o editor Brenno Tardelli, do site Justificando, o entrevistado afirmou não ser um reformista, independentemente da melhoria das condições no sistema penitenciário. Assim, quando instado sobre ser abolicionista penal, Buch (2019) completou:

> O meu pensamento é abolicionista. Porém, devo ter a consciência de que a nossa Constituição não é abolicionista, a nossa legislação penal existe e como juiz de direito devo, obrigatoriamente, aplicar as leis e a Constituição. Já condenei muitas pessoas a penas altas, nego progressões de regime conforme o caso, decreto regressões de regime e revogo livramentos condicionais, expeço mandado de prisão porque tenho que me submeter às leis e à Constituição. Isso não impede que teoricamente e talvez pela análise acadêmica, eu me qualifique como abolicionista. Primeiro porque tenho estudado sobre criminologia e tenho

> percebido que o fenômeno da violência não será superado através das prisões, como demonstra a criminologia de base social e especialmente a criminologia crítica. Com o mínimo de estudo sobre o tema percebe-se que as prisões não servem para aquilo que oficialmente se propõem, como a harmonização e a reeducação da pessoa. Além disso, tive contato com Louk Hulsman, em Penas Perdidas, e a partir desta leitura estou convencido de que um dia se nós sobrevivermos às mudanças climáticas, às bombas nucleares, um dia tenho certeza que olharemos para trás e diremos que as prisões ficaram no passado, obsoletas como instrumentos tristes da nossa história. E nessa época não haverá prisões, tenho certeza disso.

A análise macro do juiz observou como a juventude é inserida no contexto violento das prisões. Por isso, ao acreditar no dever de dizer que o ódio não é a resposta, Buch (2019) afirma acreditar num mundo sem prisões e aponta caminhos que poderão nos levar à superação do caótico sistema de justiça criminal, *in verbis*:

> Através de alternativas, da justiça restaurativa, de núcleos onde exista a violência, abordagens pedagógicas e por profissionais da área social que fizessem compreender aquelas pessoas que um ato de violência não será reparado com outro ato de violência que é a prisão. Vamos tentar superar os conflitos. É natural que existam os conflitos entre seres humanos, exatamente assim é que nós evoluímos. Porém, não podemos ter um discurso antagônico de eliminação do outro. Temos que ter um discurso de alteridade: eu não concordo com o que o outro fez, mas tenho que tentar me colocar em seu lugar, avaliar o que levou aquele outro a praticar aquele ato e a partir disto tentar dialogar e de alguma forma tentar superar para que novos atos como aquele não se repitam. Se conseguíssemos fazer com que a sociedade compreenda isso, o discurso do ódio, da vingança, do olho por olho e dente por dente, da lei de talião, ele se enfraqueceria absurdamente.

Por fim, na entrevista Buch (2019) conclui afirmando o importante papel da academia para com o sistema de justiça criminal, *in verbis*:

> [...] a academia deve entrar mais nas prisões. A academia precisa assumir o seu papel, a sua responsabilidade e lutar para que toda essa irracionalidade dentro do sistema de justiça criminal e da violência seja superada. Acredito que um dos caminhos é pela academia. Aliás, não haverá outro caminho que a gente entenda não violento que não seja pela academia, do contrário a Bastilha mora ao lado.

A prisão é, em sua essência, e também desde sua criação, o algoz da vida humana quando pensada como mecanismo de superação da violência. A via da reclusão não observa a mínima dignidade da pessoa e de igual forma não disponibiliza qualquer instrumento que propicie a libertação, tanto do condenado como da sociedade.

Em razão disso, pelas precisas observações do juiz de direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Joinville – Santa Catarina, acreditar no mundo sem prisões é necessário, com afeto ao próximo, fraternidade, promovendo igualdade e visando a liberdade. Ademais, não é possível imaginar que a superação do fenômeno da violência decorra do mundo com prisões. É preciso pensar em políticas públicas anteriores que efetivamente alcancem a todas as pessoas.

CONCLUSÃO

Um país sem prisões é possível. E esta afirmação decorre dos resultados da presente pesquisa, em que a falência do direito penal e do modelo do sistema de justiça

criminal brasileiro são explicadas a partir das teorias fenomenológica e materialista-histórica, respectivamente pelos principais teóricos, Louk Hulsman e Thomas Mathiesen.

Colhe-se que os mais expressivos fatores relacionados com o encarceramento decorrem da contrastante sociedade de classes estabelecida, na qual a concentração de riqueza é afunilada numa parcela mínima da sociedade enquanto a absoluta maioria é acometida pela má distribuição de renda, com diversos reflexos na comunidade.

Ademais, a construção do pensamento encarcerador como resultado do poder punitivo do Estado, onde a resposta pelo delito é fomentada por iniciativas de interesses privados que formam base para a política de punição, está aliada ao modelo econômico de sociedade de consumo, em que se cultivam competidores e não cidadãos.

Na espécie, semeia-se um atraente universo de consumo e conquistas, porém, nega-se absolutamente qualquer caminho e oportunidade para tanto. Com efeito, a via marginal surge como caminho de possibilidade para acesso ao consumo, especialmente no que se refere ao tráfico de drogas (obtenção de dinheiro), com a consequente punição do Estado.

Sobre isso, a pesquisa afirma que a violência está entrelaçada com o capital. Isso porque, nos termos veiculados neste trabalho, a violência deriva da concentração de riquezas entre poucos, e não a linha da pobreza. Em consequência, é avocado o estatuto repressor para frear a proposta de pseudofelicidade, especialmente contra jovens.

No momento em que políticas de repressão são editadas, observando-se que os criadores pertencem a elites concentradas no ápice da restrita pirâmide social abastada, constrói-se a ideia de que o objetivo real deste planejamento está direcionado contra classes subalternas. Trata-se do programa de reclusão e vigilância permanentes.

De outro vértice, o braço punitivo do Estado, na maioria das vezes, costuma voltar-se para determinadas pessoas, mais do que contra atos tipificados como crimes. A este processo, cujo objetivo é a seleção dos determinados delinquentes, dá-se o nome de biografia do criminoso.

Para além disso, este sistema não foi pensado para atingir os objetivos declarados pelo discurso oficial do direito penal, ou seja, com intento final de recuperação da pessoa presa. Mormente, proclama-se a ressocialização, todavia, efetiva-se o aprisionamento massivo e repetitivo. Tem-se, portanto, os objetivos reais do discurso penal.

O sistema penitenciário industrial, modelo vigente no Brasil, afirma a exploração do trabalho do detento no perímetro fabril. Ao condenado, é imputada a pena e o caráter de submissão às rigorosas regras fabris de produção.

Contrapartida, em países como a Alemanha bem como os países baixos e nórdicos, o encarceramento foi minimizado e por consequência a violência reduzida, haja vista que o não acolhimento a maior punição associado ao aumento de oportunidades e políticas públicas foi a resposta adotada pelo respectivo Estado.

No Brasil, todavia, ao passo em que o Estado de Bem-Estar Social ganhava expressividade, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad) surgia no ano de 2006, como resposta negativa e prometia o aumento da população carcerária. Cumpriu sua promessa nociva.

Uma vez no sistema carcerário, ao menos pelo enfoque dos objetivos oficiais do discurso penal, cabe ao Estado a integração social do condenado e a efetivação das disposições da sentença condenatória. Contudo, o descumprimento dos dispositivos da Lei de Execução Penal, das Regras de Mandela, das Regras de Bangkok e sobretudo da Constituição Federal de 1988, é flagrante.

Isso porque na medida em que se prende mais, ofertam-se menos vagas. No segundo mandato da presidenta Dilma, o Governo Federal, através do Departamento Penitenciário Nacional e o Ministério da Justiça iniciaram estudos, grupos de pesquisa e apontaram caminhos para os estados com foco no desencarceramento e alternativas à prisão.

Porém, em análise atinente apenas ao sistema de justiça criminal, com o impeachment da presidenta o governo Temer paralisou qualquer movimento já iniciado, e na diplomação do governo Bolsonaro eliminou-se todo o processo de desencarceramento no país. Assim, a política atual consiste no aprisionamento aliado ao não investimento no sistema carcerário.

Este efeito por si só caracteriza um mecanismo colapsado, cuja erupção já ocorreu em diversas unidades prisionais do país com rebeliões, mortes e manifestações sobre condições mínimas para o cumprimento da pena. O Poder Judiciário, dentro de suas atribuições, tem garantido direitos não cumpridos pelo Poder Executivo, quando provocado.

Assim, a acentuada crise merece ser analisada com emergência, sem olvidar que a manutenção do cárcere impedirá o avanço dos direitos humanos, ao passo em que frearáa diminuição da violência. Como dito, é irracional pensar que a sociedade aprisionadora se libertará do recrudescimento e da violência quando a tentativa de ressocialização não passa por políticas públicas anteriores.

Desta feita, e tendo como exemplo países que passaram pelo processo de criminalização, porém, ao depararem-se com aumento dos problemas sociais repensaram o sistema de justiça criminal, é crível trazer ao Brasil e incutir a cultura de fomento à formação de cidadãos, deixando-se para trás o lastro da sociedade de consumo e de competição.

Associado a isto, com estímulo a políticas públicas que alimentem regiões periféricas com oportunidades, objetivando-se o acesso à educação de forma integral, com a geração de empregos, de moradia digna e sobretudo com distribuição de renda harmonizada, certo é que o conjunto social estará mais coeso, aproximado e a violência não será a próxima preocupação do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 16, n. 30, p. 24-36, jun. 1995. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1514. Acesso em: 02 ago. 2019;

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003;

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008;

ARRAES, Verena Von Lohrmann Cruz. **Abolicionismo Penal: das manifestações hodiernas às dificuldades fático-jurídicas e um ensaio de tentativas à superlotação**,

2013. Dissertação (Mestrado em Direito na Área de Ciências Jurídico-Criminais) - Universidade de Coimbra. 2013;

BARATTA, Alessandro. **Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da "reintegração social" do sentenciado**. 1990. Disponível em: www.juareztavares.com/textos/ baratta_ressocializacao.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019;

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012;

BEDINELLI, Talita. **A vida deles dentro do presídio é dormir, usar droga e comer**. El País, 2014. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/09/26/politica/1411760527_418875.html. Acesso em 01. jun. 2019;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2016;

_____. **Tratado de direito penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2018;

BUCH, João Marcos. **Retroceder jamais**: Crônicas. São Paulo: Giostri, 2017;

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

CARVALHO, Ilona Szabó de; PELLEGRINO, Ana Paula; ALQUÉRES, Beatriz. **10 anos da lei de drogas: quantos são os presos por tráfico no Brasil?**. Instituto Igarapé, 2016. Disponível em: https://igarape.org.br/10-anos-da-lei-de-drogas-quantos-sao-os-presos-por-trafico-no-brasil/. Acesso em: 01 jun. 2019;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Geopresídios**, 2020. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 03 de jul. de 2020;

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: **banco de dados**. Disponível em: http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/e3815df457fd45a2bf482ef8215e58b1.pdf. Acesso em: 01. jun. 2019;

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Depen**, 2019: Página inicial. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/bases-de-dados/bases-de-dados. Acesso em: 03 de mai. de 2019;

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014;

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: O sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1987;

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA: **banco de dados**, 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf. Acesso em: 01. jun. 2019;

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009;

MARCONI, Renata. **Falta de alimentação e superlotação seriam motivos de rebelião, diz agente**. G1, 2017. Disponível em: http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2017/01/falta-de-alimentacao-e-superlotacao-seriam-motivos-de-rebeliao-diz-agente.html. Acesso em: 01. jun. 2019;

MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Centauro, 2002;

MARX, Karl. **A miséria da filosofia**. Tradução José Paulo Netto. São Paulo: Global, 1985;

MATHIESEN, Thomas. **A Caminho do Século XXI: abolição, um sonho possível?** São Paulo: Verve, 2003;

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Record, 2015;

RODRIGUES, Alex. **Justiça determina interdição parcial de penitenciária em MG**. Agência Brasil, 2018. Disponível em: Justiça determina interdição parcial de penitenciária em MG. Acesso em: 01 jun. 2019;

ROSA. Alexandre Morais da. **In dubio pro hell II, profanando o sistema penal**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015;

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: Parte geral**. 7. ed. rev. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017;

_____. **A criminologia radical**. 4. ed. rev. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2018;

SCOTT, John. **Sociologia: conceitos-chave**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2010;

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019;

VASCONCELLOS, Jorge. **CNJ recomenda esvaziamento do Presídio Central de Porto Alegre/RS, inseguro e dominado por facções**. Conselho Nacional de Justiça, 2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/cnj-recomenda-esvaziamento-do-presidio-central-de-porto-alegrers-inseguro-e-dominado-por-faccoes/. Acesso em: 01. jun. 2019;

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro, Revan, 2003;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das pernas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2017;

_____. **Manual de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

HERMENÊUTICA JURÍDICA E AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO: UMA ANÁLISE À TESE FIXADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

Salvio Gustavo Luz[1]
Luiz Gustavo Assad Rupp[2]

Resumo: O presente artigo trata da hermenêutica jurídica e sua importância no direito, tendo como pano de fundo a decisão jurisprudencial proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos dos Recursos Especiais Repetitivos n. 1.696.396 e n. 1.704.520, que fixou a tese jurídica de que o rol do artigo 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada quando verificada a urgência e o risco de inutilidade do julgamento da, eventual, apelação. O tema é importante, pois a função do operador do direito é definir os sentidos e os limites do texto legal, ocorre que, tomando como fato que tal ato é subjetivo, a hermenêutica jurídica se demonstra como um ramo do direito fundamental para dar legitimidade às interpretações em um plano de decidibilidade de conflitos. Desse modo, as decisões retrocitadas causaram grande repercussão na comunidade jurídica, gerando debates e motivando estudos acadêmicos acerca dos limites da interpretação do texto legal. Na presente pesquisa foi empregada a abordagem qualitativa, sendo do tipo bibliográfica, por meio do método dedutivo e com nível de aprofundamento explicativo. Ao término do presente artigo, constatou-se que a decisão jurisprudencial em estudo extrapolou os limites interpretativos do artigo 1.015 da Lei Adjetiva, de modo que para a ampliação do cabimento do agravo de instrumento faz-se necessária a devida atuação do Poder Legislativo.

Palavras-chave: Hermenêutica Jurídica. Agravo de Instrumento. Superior Tribunal de Justiça (STJ).

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico possui como objeto de estudo a análise das decisões não unânimes prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais Repetitivos n. 1.696.396 e n. 1.704.520, à luz dos fundamentos da hermenêutica jurídica, sobretudo sob a premissa da superação da dicotomia existente entre as correntes subjetivistas e objetivistas.

Dessarte, o aprofundamento teórico de tal tema é significativo, porquanto o Código de Processo Civil de 2015 alterou sensivelmente a sistemática recursal até então adotada, ao fixar um rol taxativo de cabimento do recurso. Tal escolha legislativa, motivou inúmeras críticas e discussões que circundaram em torno do rol elencado pelo artigo 1.015, visto que, em determinados casos concretos, a ausência de uma via recursal diversa da apelação poderia implicar danos irreparáveis ou até mesmo causar a inutilidade da prestação jurisdicional.

Dessa forma, cumpre argumentar que Código de Processo Civil de 2015 foi concebido com a finalidade de propiciar a prestação jurisdicional em seu tempo adequado, como positivado nos artigos 4º, 6º e 8º, do referido diploma legal, onde um dos meios adotados foi o de reduzir as hipóteses de utilização dos recursos processuais, vindo a expressamente prever a incumbência dos juízes e tribunais em observar os acórdãos proferidos em julgamentos de Recursos Especiais e Recursos Extraordinários repetitivos e, principalmente, o de reduzir o número de recursos manejados contra decisões interlocutórias.

1. Bacharel em direito pela Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE); E-mail: salvio.gustavo@gmail.com.
2. Advogado e professor adjunto do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE); Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). E-mail: assad.rupp@gmail.com.

A propósito, a limitação da recorribilidade das decisões interlocutórias foi tema de outras reformas ao longo da história do direito processual brasileiro, apresentando diversas sistemáticas ao longo do Código de Processo Civil de 1939 e de 1973.

Em face ao exposto, pode ser asseverado que o Código de Processo Civil adota a recorribilidade plena das decisões interlocutórias, porém foi extinto o Agravo Retido. Algumas decisões interlocutórias serão recorríveis por meio do Agravo de Instrumento (sob pena de preclusão) e outras deverão ser suscitadas como preliminar de apelação.

Sucede que a celeuma reside no fato de que a sentença é o último ato de pronunciamento do magistrado de primeiro grau, portanto, conclui-se que, em princípio, a ausência de uma via recursal diversa da apelação poderia implicar uma espécie de negativa de prestação jurisdicional. Afinal, qual é o sentido da interposição de apelação sem interesse recursal? (FERREIRA, 2017).

De mais a mais, a problemática do presente artigo científico consiste na legitimidade do Poder Judiciário de alterar os preceitos positivados na legislação, vindo a, contraditoriamente, legislar, dado que o Superior Tribunal de Justiça fixou uma tese no sentido de que diante da urgência e do risco da inutilidade do julgamento da apelação admite-se a interposição de agravo de instrumento em casos não previstos pelo legislador. Considerando a dicção do artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil, pode ser afirmado que o entendimento fixado – em alguns casos – contraria o que foi concebido pelo Poder Legislativo e, talvez, extrapole a linha tênue existente entre a liberdade do intérprete e o ativismo judicial.

Por tais razões, torna-se fundamental o aprofundamento teórico dos argumentos sustentados pela Corte, com o intuito de velar pelos princípios constitucionais da legalidade e da separação de poderes, bem como pelos preceitos da hermenêutica jurídica, ao identificar os limites da interpretação jurídica, analisando, sob o ponto de vista histórico, a recorribilidade das decisões interlocutórias, compreendendo assim os impactos da tese fundada pelo Superior Tribunal de Justiça ao Direito Processual Civil. Para tanto, na presente pesquisa foi empregada a abordagem qualitativa do tipo bibliográfica, por meio do método dedutivo e com nível de aprofundamento explicativo.

1. A INDISPENSABILIDADE DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

A ciência jurídica se expressa por meio das palavras, isto se trata de um fenômeno histórico datado entre os séculos XVI e XVIII, período este no qual o direito se tornou cada vez mais escrito, propiciando o surgimento do positivismo jurídico no século XIX. Esta valorização dos preceitos legais escritos, culmina com discussões acerca dos limites dos textos legais, tornando-se a interpretação jurídica como uma das principais incumbências dos juristas, ante a necessidade de se definir a amplitude da lei, criando condições para o julgamento de demandas judiciais, e, consequentemente, segurança jurídica à sociedade (FERRAZ JUNIOR, 2018).

Assim sendo, a interpretação jurídica se diferencia das demais ciências sociais, porque “[...] os enunciados do direito são palavras com as quais são feitas coisas, pois sua própria emissão implica [...] a tomada de decisões políticas ou judiciais [...] ou no firme e exigível compromisso de uma pessoa comprometer-se em uma determinada troca comercial [...]” (MEDINA, 2011, p. 155) e com isso constitui um ônus desta ciência buscar meios teóricos que justifiquem tal ato.

Destarte, naturalmente, a interpretação dos textos legais nem sempre é uníssona, tanto que a decisão jurisprudencial que serve como pano de fundo para o presente estudo

acadêmico não é unânime, além disso por vezes o texto legal não dispõe expressamente o conceito nele contido, cumprindo ao intérprete definir. A fim de elucidar os pontos elencados anteriormente, cita-se a disposição do artigo 408 do Código Civil de 2002: “Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora” (BRASIL, 2002). Assim, questiona-se: qual é o conceito de culpa? Quais são os critérios que devem ser observados para se definir a culpa? Ainda, o artigo 1.015 do Código de Processo Civil em seu *caput* dispõe: “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:” (BRASIL, 2015). Desse modo, indaga-se: o agravo de instrumento pode atacar apenas as decisões interlocutórias listadas no artigo? Segundo a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça não. Estes questionamentos, ainda que breves, simbolizam a relação do Direito com a sociedade, a difícil tarefa do operador do direito na interpretação dos textos legais e, igualmente, a subjetividade de tal ato.

Não se olvide, que a Constituição Federal enumera o Princípio da Legalidade como uma garantia fundamental, o que, segundo Silva (2018, p. 123) é fundamental para a democracia, já que “a lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política [...] é por meio dela [...] que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta [...]”. Desse modo, ainda que existam interpretações divergentes acerca de uma mesma legislação, a essência da questão reside em quais são os fundamentos teóricos que permitam a defesa de uma ou outra interpretação. Por tais razões, torna-se inegável a importância da hermenêutica jurídica na ciência jurídica[3]. Sobre este tema, Streck (2014, p. 261-262) (grifo no original) pondera que:

> Hermenêutica significa, tradicionalmente, **teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos**, cujo objetivo precípuo consiste em descrever como se dá o processo interpretativo-compreensivo. Ainda em seu sentido tradicional, a hermenêutica comporta, além desse **caráter teórico-descritivo**, uma dimensão **prescritiva**, na medida em que, deste processo descritivo, procura-se estabelecer um conjunto mais ou menos coerente de regras e métodos para se interpretar e compreender corretamente os diversos textos que povoam o cenário cultural humano [...].

Interessante mencionar que a hermenêutica jurídica é um domínio teórico prévio, buscando sistematizar os processos de atribuição do significado e alcance da legislação, enquanto a interpretação jurídica é o ato no qual justamente são aplicados os conceitos da hermenêutica (MAXIMILIANO, 1992).

Dessa maneira, ainda que em linha de princípio, torna-se salutar pontuar que a hermenêutica jurídica é, acima de tudo, uma ferramenta para o combate do autoritarismo judicial, ao “[...] pensar elementos hermenêuticos que possam gerar legitimidade para as decisões judiciais, a partir de um efetivo controle do sentido que nelas é articulado” (STRECK, 2014, p. 329). Assim, consequentemente, alcançar sentido válido para determinado texto legal, significa, em contrapartida, opor-se às interpretações contrárias à Constituição Federal, ressaltando-se que isso não significa vedar a interpretação da lei.

3. A propósito, a palavra hermenêutica reporta-se à mitologia grega, visto que o deus Hermes tinha a capacidade de comunicar-se com deuses e mortais, servindo como comunicador entre ambos os seres. (MASCARO, 2019).

1.1 APONTAMENTOS SOBRE O DESENVOLVIMENTO DA HERMENÊUTICA

O momento histórico que marca o surgimento de uma teoria sobre hermenêutica jurídica remonta ao início da idade contemporânea no século XIX, isto porque na idade moderna a interpretação das leis ocorria ao alvedrio de um monarca. Assim, com a revolução francesa surge o consenso acerca da necessidade de um governo de leis, privilegiando-se a objetividade do sistema jurídico, a fim de proteger o estado da arbitrariedade vigente até então (MASCARO, 2019).

Diante disso, o Código Civil Napoleônico de 1804 representa o espírito da revolução, mas a busca pela objetividade das leis vai de encontro com os ideais da Revolução Francesa, porque os propósitos da revolução se coadunam com a impossibilidade da interpretação dos textos legais, isso com o intuito de vedar a prolação de decisões judiciais arbitrárias (MARINONI, 2009).

Nesse contexto, em um primeiro momento, surge a Escola da Exegese, que representa o movimento revolucionário ao ter como base os seguintes fundamentos: a legislação deve ser a única fonte aplicável no direito, cabendo ao intérprete uma subsunção do caso concreto ao texto legal; na hipótese de lacuna, o jurista deve empregar os recursos da analogia; o intérprete deve buscar a vontade do legislador (LIMA, 2008).

Também merece destaque o teórico Carl von Savigny, que no século XIX foi um dos expoentes da chamada Escola Histórica. Uma particularidade deste jurista é que seu pensamento em um primeiro momento se inclinava para uma limitação na atividade do intérprete, entendendo que este deveria limitar-se ao que foi positivado na lei, restringindo-se a hermenêutica a simples questões de extração do direito positivo (MASCARO, 2019).

Com o avanço de sua produção teórica, como colocado por Ferraz Junior (2018, p. 51), Savigny "enfatiza o relacionamento primário da intuição do jurídico não à regra genérica e abstrata, mas aos institutos de direito, que expressam relações vitais, típicas e concretas (como, por exemplo, a família)". Assim, em uma segunda fase, o jurista alemão defende que a interpretação das normas jurídicas deve ocorrer em consonância com os anseios e o ambiente social em que são aplicadas, sendo um dever do intérprete externar o espírito do povo, vindo a compreender a intenção pela qual foi gerada a norma (MASCARO, 2019).

1.2 VONTADE DA LEI *VERSUS* VONTADE DO LEGISLADOR

Ainda que de modo conciso, o que se buscou mostrar foi que parte das discussões teóricas acerca da hermenêutica jurídica alternam entre as diretrizes que buscam compreender o sentido do texto legal mediante o reconhecimento da vontade do legislador (fator subjetivo), limitando-se ao que foi estritamente positivado e, em contraponto, o reconhecimento da vontade da lei (fator objetivo) advogando que o sentido da lei se fixa a partir dos aspectos sociais no momento em que o dispositivo legal é aplicado ao caso concreto, sendo esta corrente representada pela Escola Histórica e aquela pela Escola da Exegese. Como ministrado por Ferraz Junior[4] (2018, p. 222-223)

4. Uma diferença que pode ser apontada entre a doutrina de Streck e Ferraz Junior, é que este considera subjetivista (vontade do legislador) a corrente que valoriza a interpretação rígida do texto legal, por acreditar que a norma legal é pronta e abrange todas as situações possíveis (sendo aquilo que é conceituado como mito do dado) e objetivista é a diretriz teórica que busca a vontade da lei ao entender que o texto legal deve atender a vontade do povo e as suas necessidades, embora nem sempre o texto legal abranja todas elas.

(grifo no original) os principais pontos de divergência entre tais correntes de pensamento são estes:

> a) Os objetivistas contestam os subjetivistas:
> 1. pelo argumento da vontade, afirmando que uma 'vontade' do legislador é mera ficção, pois o legislador é raramente uma pessoa fisicamente identificável;
> 2. pelo argumento da forma, pois só as manifestações normativas trazidas na forma exigida pelo ordenamento têm força para obrigar, sendo, em consequência, aquilo que se chama de legislador, no fundo, apenas uma competência legal;
> [...]
> b) Os subjetivistas contestam, por sua vez, dizendo:
> 1. o recurso à técnica histórica de interpretação, aos documentos e às discussões preliminares dos responsáveis pela positivação da norma é imprescindível, donde a impossibilidade de ignorar o legislador originário;
> 2. os fatores (objetivos) que eventualmente determinassem a chamada vontade da lei (**voluntas legis**) também estão sujeitos a dúvidas interpretativas: com isso, os objetivistas criaram, no fundo, um curioso subjetivismo que põe a vontade do intérprete acima da vontade do legislador, tornando-se aquele não apenas 'mais sábio' que o legislador, mas também 'mais sábio' que a própria norma legislada;
> [...]

Assim sendo, sob o ponto de vista hermenêutico tal dicotomia se sustenta nos paradigmas filosóficos que ordenam a interpretação, mas segundo Stein (2004 *apud* STRECK, 2014, p. 143) "[paradigma filosófico] pode ser considerado como um vetor da racionalidade científica, isto é, como um princípio com o qual se pode examinar aquilo que é implicitamente carregado pelo discurso científico".

Posto isso, pode ser apontado que a corrente de pensamento que prioriza a vontade do legislador caminha de encontro com a filosofia clássica (ou realismo filosófico), por privilegiar o objeto conhecido ou cognoscível, isto é, a ideia de que a lei é uma fonte jurídica pronta e completa e por isso a função do intérprete é simplesmente revelar o sentido nele alocado pela legislador. Em contrapartida o paradigma filosófico da filosofia da consciência fundamenta a corrente que busca a vontade da lei, pois considera que o conhecimento não é um dado, sendo uma incumbência do intérprete empregar os métodos específicos a fim de determinar os sentidos, estabelecendo o operador do direito como protagonista no processo de atribuição do sentido do texto legal, sendo a sua função dar sentido à lei conforme os interesses sociais e a finalidade pelo qual foi criada, por exemplo (STRECK, 2014).

Diante do até aqui demonstrado, cumpre mencionar que considerável parcela das produções teóricas brasileiras se aproximam no sentido de reconhecer a indispensabilidade do intérprete, por vezes, ultrapassar o disposto no texto legal, sendo cabível, portanto afirmar que o doutrina que preza pelo *mens legislatoris* se encontra pouco endossada. Como, *v.g.*, infere-se pela doutrina de Nader, Barroso e Soares, respectivamente:

> A teoria subjetiva, subordinando o intérprete ao pensamento do legislador, impedia os processos de aperfeiçoamento da ordem jurídica, possíveis apenas mediante o permanente trabalho de adaptação dos textos legislativos às exigências hodiernas. A teoria objetiva não determina o abandono dos planos do legislador. A liberdade

Já Streck, entende que a proposta de Ferraz Junior gira em torno da relação sujeito (legislador) e objeto (lei) e por isso defende que o ponto central de tal dicotomia reside no fato de qual paradigma filosófico é adotado, por tal razão, para Streck, objetivista é aquele que é crente no mito do dado (pois acredita piamente na lei positivada) e subjetivista é a corrente que coloca o intérprete como criador de sentidos (não se preocupando com os limites semânticos do texto legal).

> concedida ao intérprete tem como limite os princípios contidos no texto. Despreza a **mens legislatoris** em favor do sentido objetivo dos textos jurídicos, que têm significado próprio, implícito em suas expressões. Quando o legislador elabora um texto normativo, não pode pressentir a infinidade de situações que serão alcançadas no futuro, pela abstratividade da lei [...] (NADER, 2019, p. 253) (grifo no original).
>
> Outro conceito relevante, especialmente no âmbito da interpretação constitucional, é o de **construção**. Por sua natureza, uma Constituição se utiliza de termos vagos e de cláusulas gerais, como igualdade, justiça, segurança, interesse público, devido processo legal, moralidade ou dignidade humana. Isso se deve ao fato de que ela se destina a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto. A interpretação consiste na atribuição de sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas (BARROSO, 2018, p. 310) (grifo no original).
>
> Combinando a exigência de segurança com o impulso incessante por transformação, a hermenêutica jurídica contemporânea se inclina, pois, para a superação do tradicional subjetivismo – **voluntas legislatoris**, em favor de um novo entendimento do objetivismo – **voluntas legis**, realçando o papel do intérprete na exteriorização dos significados da ordem jurídica.
> Com base neste redimensionamento do modelo objetivista, pode-se afirmar que o significado jurídico não está à espera do intérprete, como se o objeto estivesse desvinculado do sujeito cognoscente – o hermeneuta. Isto porque conhecimento é um fenômeno que consiste na apreensão do objeto pelo sujeito, não do objeto propriamente dito, em si e por si, mas do objeto enquanto objeto do conhecimento (SOARES, 2017, p. 47) (grifo no original).

Com isso, infere-se que parte considerável da comunidade acadêmica sustenta elevado grau de subjetividade do ato interpretativo, porquanto a corrente subjetivista é relegada a segundo plano. Assim, o debate moderno reside no ponderamento entre os fatores sociais, a legislação positivada e, acima de tudo, na adequação da interpretação atribuída ao texto legal frente a um determinado caso concreto.

1.3 A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA

Ainda que parte da doutrina apoie tal dicotomia teórica e, como dito, grande parcela preze pela doutrina objetivista, faz-se necessário ressaltar que ambas as teorias se demonstram limitadas. Explica-se: a teoria subjetivista inverte a ordem lógica da interpretação jurídica, uma vez que inicialmente se interpreta a fonte, alcançando o seu sentido legal, para então se deduzir a intenção do legislador e não o contrário, além disso a corrente de pensamento em questão pressupõe a existência de outro modo da captação do pensamento do legislador que não seja mediante o discurso normativo, ocorre que mesmo os debates parlamentares carecem de interpretação. No que refere à corrente objetivista, semelhante ao mencionado anteriormente, no primeiro momento, por meio da interpretação, se define o sentido normativo do texto legal para após aplicar a norma jurídica sobre o caso concreto, sendo ilógico afirmar que primeiro se buscam os fatores sociais para depois definir o significado prescritivo do texto legal, seria como se a realidade fosse livre do texto legal (FERRAZ JUNIOR, 2018).

Outrossim, não parece razoável sustentar que há uma vontade legislativa coesa em todos os projetos de lei aprovados ou que isso possa ser identificável peremptoriamente, servindo como meio para sobrepor ao que foi de fato positivado no texto legal. Ademais, a respeito corrente objetivista, sustentar que o intérprete possui condições de definir o sentido legal partindo da sua conceituação de quais seriam os interesses sociais parece se desencontrar com a segurança jurídica vindo a, talvez, sustentar certo ativismo judicial.

Alegada a limitação de tais diretrizes teóricas, questiona-se: como a hermenêutica pode concretizar o seu papel? Nos dizeres de Streck (2014, p. 153):

> [após sustentar a superação da dicotomia subjetivista *versus* objetivista] O que pode ser relevante é, exatamente, desmontar as estruturas das posturas que sustentam os voluntarismos interpretativos. É nesse sentido que ocorre um salto na discussão acerca do sentido de um texto jurídico. Na era do Constitucionalismo Contemporâneo, sustentar a importância dos limites semânticos da Constituição e, em consequência, aferir a validade das leis em conformidade com a Constituição constitui, sim, um efetivo avanço no plano hermenêutico. Não se trata, por óbvio, de um retorno a qualquer postura exegetista operante no passado. Defender, hoje, os limites semânticos da Constituição [...] não quer dizer 'objetivismo' (nem no sentido do positivismo 'clássico', nem no sentido filosófico do termo). Se o Direito tem um sentido interpretativo, um texto jurídico (lei, Constituição) não possui um sentido meramente analítico [...]. Por isso, não há sentidos em si. Consequentemente, não há conceitos sem coisas. E não há respostas antes das perguntas. Não há 'normas gerais' que contenham os sentidos de forma antecipada. Estes somente acontecem de forma aplicativa [...].

Fora isso, as recentes teorias hermenêuticas, advogam a ideia de que a subjetividade do jurista é o ponto preponderante da interpretação jurídica, dado que a visão de mundo do intérprete resulta naquilo que é atribuído ao texto legal. Como ensinado por Mascaro (2019, p. 156):

> [...] Nem a norma jurídica é um texto puro, unívoco, nem saiu do nada, nem os fatos são meros dados curiosos à disposição de implicações sem maiores repercussões, nem o jurista, o hermeneuta da norma e dos fatos jurídicos, é um ser sem experiências e condicionantes, interesses e projeções. O jurista necessariamente interpreta a norma e os fatos a partir de sua situação existencial, de seu tempo, de suas circunstâncias sociais.
>
> [...] Nisto está envolvida uma constatação existencial do processo hermenêutico e de suas mazelas, mas também está contido um germe de crítica, na medida em que se denuncia o fato jurista, no mais das vezes, só fazer por confirmar a hermenêutica de seus pré-conceitos, de sua formação intelectual, moral, social, religiosa, cultural, de seus compromissos políticos e de classe. Por tal razão, não se pode dizer que a hermenêutica jurídica seja um processo neutro, meramente técnico, desmistificando, então, o discurso de que as normas jurídicas têm objetividade independente da ideologia e do horizonte de mundo do jurista e dos que se submetem a elas. Se a hermenêutica jurídica se perfaz a partir de uma compreensão existencial, então as mesmas mazelas que constituem o horizonte situacional do jurista formam também sua interpretação.

De mais a mais, acentua-se que a hermenêutica tradicional prescreve métodos e tipos hermenêuticos que visam estabelecer diretrizes para o ato de atribuir sentido ao texto legal, bem como justificativas de ordem técnica, o que por si só se desprende de teorias objetivistas ou subjetivistas.

2. O AGRAVO DE INSTRUMENTO SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

O momento histórico em que se atribui ao surgimento do agravo de instrumento, ou, em outros termos, ao instituto processual que possibilita a recorribilidade de decisões interlocutórias, remonta ao ordenamento jurídico português, porque, com o Rei D. Afonso IV (séc. XIV), foi estabelecida na legislação portuguesa a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Assim, nesse período histórico, pretérito à edição das Ordenações Afonsinas, surgem as reclamações contra decisões interlocutórias, chamadas de querimas ou querimônias, apresentadas pela parte prejudicada diretamente ao magistrado hierarquicamente superior ao que prolatou a decisão (ALVIM, 2018).

Com a instituição das Ordenações Afonsinas (em 1446), o agravo apresentado à decisão interlocutória (chamada de sentença interlocutória simples), propiciava a reforma da decisão interlocutória em sede de julgamento da apelação ou até mesmo *ex officio* pelo juiz *a quo,* ressaltando-se que se este não revogasse a decisão interlocutória prolatada, além da possibilidade da interposição de apelação, admitia-se cartas testemunháveis ou estormentos (ALVIM, 2018). Conforme dito por Côrtes (2019, p. 240): “As querimas eram dirigidas aos magistrados superiores, através de um instrumento, que eram as cartas ou estormentos, contra decisões interlocutórias. Muito semelhantes, portanto, aos nossos atuais agravos”.

Nas Ordenações Manuelinas, em vigência a partir do ano de 1521, há a criação dos chamados agravo nos autos e agravo de petição, este recurso representava um novo tipo de agravo, no qual os próprios autos eram remetidos à instância superior e aquele, uma forma de agravo de instrumento no qual fazia-se desnecessária a extração de peças. Com a edição das Ordenações Filipinas, em 1603, foram instituídos os agravos de petição, de instrumento, de ordenação guardada, nos autos de processo e ordinário, sendo cada recurso cabível segundo a natureza jurídica da decisão judicial, ou seja, se eram definitivas, interlocutórias simples e mistas (esta era a decisão que tinha força definitiva, passível de gerar dano irreparável). Menciona-se que as Ordenações Filipinas e leis extravagantes portuguesas foram incorporadas ao direito brasileiro em 1823 (CÔRTES, 2019).

2.1 O AGRAVO DE INSTRUMENTO AO LONGO DAS LEGISLAÇÕES PROCESSUAIS BRASILEIRAS

Com a edição do Código de Processo Civil de 1939, instituiu-se o agravo de instrumento, sendo este recurso cabível contra algumas sentenças definitivas e contra decisões terminativas. Em ambos os casos, sua interposição era cabível apenas nas hipóteses expressamente previstas no artigo 842 do revogado diploma processual. Nos casos não previstos no mencionado dispositivo legal, abria-se a possibilidade da interposição de agravo nos autos do processo e agravo de petição, este manejado contra decisões que não julgassem o mérito e aquele com a finalidade de evitar a preclusão de matéria que seria objeto de questionamento em sede de apelação (CÔRTES, 2019).

A redação original da Lei Adjetiva de 1973, distinguiu-se significativamente da lei processual até então vigente, isto porque foi concentrado o cabimento dos outros recursos (contra decisões interlocutórias) no agravo de instrumento, pondo fim à taxatividade então prevista, pois admitiu a interposição do aludido recurso contra todas as decisões interlocutórias, com exceção dos despachos de mero expediente, estes

irrecorríveis (CÔRTES, 2019). De acordo com a redação original do artigo 522 do diploma processual:

> Ressalvado o disposto nos arts. 504 [despachos irrecorríveis] e 513 [da sentença, cabe apelação], de todas as decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento.
> § 1º Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.
> § 2º Requerendo o agravante a imediata subida do recurso, será este processado na conformidade dos artigos seguintes (BRASIL, 1973, s.p.).

A propósito, enquanto o Código de Processo Civil de 1973 esteve em vigência, a sistemática dos recursos contra decisões interlocutórias foi alterada por meio de três legislações, quais sejam, Lei n. 9.139/95; Lei n. 10.352/01 e Lei n. 11.187/05. Esta última, notadamente, foi a que apresentou mudanças mais impactantes no sistema processual, demonstrando inequivocamente a tendência do legislador em reduzir a quantidade de recursos interpostos ao longo do processo, dado que o agravo de instrumento seria cabível apenas contra as decisões que versassem sobre as matérias indicadas no texto legal, a saber, quando a decisão interlocutória fosse apta a causar à parte lesão grave e de difícil reparação; quando a apelação fosse inadmitida; nos casos alusivos aos efeitos em que a apelação foi recebida e nas hipóteses de liquidação e execução de sentença (DIDIER JUNIOR e CUNHA, 2018). Com tal reforma, o artigo 522 do Código de Processo Civil passou a ter a seguinte redação:

> Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento (BRASIL, 2005).

Fato é que, ante a indeterminação do conceito de lesão grave e de difícil reparação uma vasta gama de decisões interlocutórias ensejava a interposição de agravo de instrumento, como pontuado por Didier Junior e Cunha (2018, p. 243):

> [...] Nesse conceito indeterminado, várias hipóteses eram enquadradas. Assim, cabia agravo de instrumento da decisão que concedesse provimento de urgência, da que indeferisse uma intervenção de terceiros de terceiros, da que tratasse da competência do juízo, da que indeferisse parcialmente a petição inicial, da que resolvesse parcialmente o mérito, da que excluísse um litisconsorte e de tantas outras assim consideradas pela jurisprudência.

Nessa conjuntura, é cabível afirmar que a Lei Adjetiva de 2015 trouxe uma ordenação objetiva ao listar um rol de cabimento do recurso em questão, definindo ainda que as decisões interlocutórias não agraváveis devem ser recorridas por meio de preliminar de apelação ou em contrarrazões desta. Como Sica (2017, p. 1.373) preceitua, a "solução dada pelo CPC de 2015 representa um parcial retorno à ordenação do CPC de 1939, pois contempla um rol taxativo de matérias passíveis de ataque exclusivamente por meio do agravo de instrumento". Com isso, de acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 543-544), "[...] o legislador procurou a um só tempo prestigiar a estruturação do procedimento comum a partir da oralidade [...], preservar os poderes de condução do

processo do juiz de primeiro grau e simplificar o desenvolvimento do procedimento comum".

Ante o exposto, a nova sistemática do agravo de instrumento fomentou inúmeras discussões científicas sobre o tema, especialmente no tocante à possibilidade de se interpretar[5] extensivamente o rol listado no artigo 1.015. Tudo isso sob a premissa de que questões urgentes careciam de uma via recursal imediata e, por este motivo, a interposição da apelação poderia ser inútil. Por outro lado, uma forte corrente se formou no sentido de que a admissão de agravo de instrumento em situações não expressas no dispositivo legal desviaria a metodização concebida pelo legislador. Tais razões ensejaram os recursos especiais repetitivos, cuja análise será adiante realizada.

3. FUNDAMENTOS DA TESE FIXADA

A tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça decorre do voto da Ministra Nancy Andrighi, Relatora dos casos *sub judice*. Após análise histórica do agravo de instrumento, foi estabelecido em seu voto as principais possibilidades interpretativas do artigo 1.015 a partir das discussões doutrinárias em vigor, das teses defendidas pelo recorrente e pelos pareceres emitidos pelos *amicus curiae*, quais sejam: (i) o rol é absolutamente taxativo e deve ser interpretado restritivamente; (ii) o rol é taxativo, mas comporta interpretações extensivas ou analogia e (iii) o rol é exemplificativo (BRASIL, 2018). Realizada uma exposição doutrinária acerca dos motivos justificadores de cada corrente, foi estabelecido pela Relatora as seguintes conclusões prévias:

> (i) A controvérsia limita-se, essencialmente, à recorribilidade das interlocutórias na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceto o processo de inventário, em virtude do que dispõe o art. 1.015, parágrafo único, do CPC, que prevê ampla recorribilidade das interlocutórias na fase de liquidação ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.
> (ii) A majoritária doutrina se posicionou no sentido de que o legislador foi infeliz ao adotar um rol pretensamente exaustivo das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento na fase de conhecimento do procedimento comum, retornando, ao menos em parte, ao criticado modelo recursal do CPC/39.
> (iii) O rol do art. 1.015 do CPC, como aprovado e em vigor, é insuficiente, pois deixa de abarcar uma série de questões urgentes e que demandariam reexame imediato pelo Tribunal.
> (iv) Deve haver uma via processual sempre aberta para que tais questões sejam desde logo reexaminadas quando a sua apreciação diferida puder causar prejuízo às partes decorrente da inutilidade futura da impugnação apenas no recurso de apelação.
> (v) O mandado de segurança, tão frequentemente utilizado na vigência do CPC/39 como sucedâneo recursal e que foi paulatinamente reduzido pelo CPC/73, não é o meio processual mais adequado para que se provoque o reexame da questão ventilada em decisão interlocutória pelo Tribunal.
> (vi) Qualquer que seja a interpretação a ser dada por esta Corte, haverá benefícios e prejuízos, aspectos positivos e negativos, tratando-se de uma verdadeira 'escolha de Sofia'.
> (vii) Se, porventura, o posicionamento desta Corte se firmar no sentido de que também é cabível o agravo de instrumento fora das hipóteses listadas no art. 1.015 do CPC, será preciso promover a modulação dos efeitos da presente decisão ou estabelecer uma regra de transição, a fim de proteger às partes que, confiando na absoluta taxatividade do rol e na interpretação restritiva das

5. Uma vez mais, demonstra-se como a interpretação é o ponto central da ciência jurídica.

> hipóteses de cabimento do agravo, deixaram de impugnar decisões interlocutórias não compreendidas no art. 1.015 do CPC (BRASIL, 2018, p. 34-35).

Iniciada a exposição das razões do voto, tornou-se claro que o posicionamento da Magistrada divergia das premissas inicialmente expostas, isto é, apesar da maioria das discussões teóricas se referirem ao modo com que deve ser interpretado o rol do artigo 1.015, a posição adotada em sua, então, proposta de tese, era no sentido de que uma lista de cabimento do recurso demonstrou-se, ao longo da história do direito processual brasileiro, como insuficiente, diante da impossibilidade de se prever todas as hipóteses urgentes que devem dar azo à recorribilidade de decisões interlocutórias. Além disso, sob a ótica do direito comparado percebe-se que o fator da urgência, ante o risco inutilidade do julgamento final, é um fato razoável a fim de justificar a admissão de recursos contra decisões interlocutórias, utilizando como exemplo um possível indeferimento do pedido de segredo de justiça, uma questão que não se encontra listada no artigo 1.015 e que, inegavelmente, é capaz de gerar prejuízos irreparáveis aos jurisdicionados (BRASIL, 2018). Segundo consignado em seu voto:

> Não se pretende e nem será possível exaurir os exemplos, porque eventual pretensão nesse sentido seria de impossível realização, como é igualmente impossível enunciar, de antemão, as hipóteses em que o reexame da interlocutória será urgente.
> O que se quer dizer é que, sob a ótica da utilidade do julgamento do recurso diferido, revela-se inconcebível, a partir do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que apenas algumas poucas hipóteses taxativamente arroladas pelo legislador sejam objeto de imediato enfrentamento (BRASIL, 2018, p. 41).

Nesse contexto, foi refutada cada linha doutrinária estabelecida com os seguintes fundamentos (sucintamente aqui relatados): a tese proposta parte do pressuposto de que é inconcebível o estabelecimento de um rol taxativo, visto que é impossível prever todas as hipóteses aptas a causarem prejuízos irreparáveis às partes; quanto à possibilidade da interpretação extensiva ou aplicação da analogia, devem ser afastadas tais técnicas hermenêuticas, pois não há parâmetros seguros e isonômicos a respeito dos limites interpretativos atribuída a cada conceito ou palavra, bem como será insuficiente para abranger as decisões que não se encontrarem na enumeração do artigo 1.015 e, por último, deve ser afastada a corrente que defende que a listagem de cabimento do agravo de instrumento é exemplificativa, sob pena de propiciar a repristinação do artigo 522, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973, vindo a divergir claramente da concepção do legislador para a Lei Adjetiva em vigência (BRASIL, 2018).

Assim, nos termos da fundamentação da Relatora, o artigo 1.015 do CPC possui uma peculiar espécie de taxatividade mitigada em, atípicos, casos concretos, admitindo a interposição contra decisões que versarem sobre questões não previstas no texto legal, desde que verificada a urgência, caso possível a inutilidade do julgamento da questão incidente em recurso de apelação (BRASIL, 2018).

Cumpre salientar, que a tese constituída expressamente declarou o não cabimento de mandado de segurança contra decisões interlocutórias, em razão das especificidades deste remédio constitucional como, *e.g.*, o início de uma nova relação processual; prazo para impetração dilatado; possibilidade de interposição de recurso com efeito devolutivo amplo, dentre outros. Além disso, considerando o entendimento formado, a possibilidade de interposição do agravo de instrumento por si só afasta a possibilidade da adoção de tal

meio processual, ante o disposto no art. 5º, inciso II, da Lei n. 12.016/2009 (BRASIL, 2018).

3.1 PONTOS DE CONCORDÂNCIA COM A TESE

Observando as orientações teóricas que embasaram a análise do tema pela Corte, desde o início cumpre rechaçar a linha doutrinária que defende a aplicação de analogia como modo de ampliar as hipóteses de cabimento do recurso em apreço, isto porque inexiste lacuna jurídica, condição esta indispensável para autorizar o uso de algum meio de integração ao ordenamento jurídico, dado que o (já referido) artigo 1.009, §1º, do Código de Processo Civil estabelece que as decisões não agraváveis devem ser suscitadas em preliminar de apelação, logo, há uma sistemática legislada, afastando-se de plano a possibilidade de aplicação desta técnica jurídica (PEREIRA, 2018)[6].

Do mesmo modo, insurge-se contra o entendimento de que a listagem do artigo 1.015 é exemplificativa, uma vez que para a adoção de tal técnica necessariamente a legislação processual posta deveria prever locução que conduzisse a este entendimento, sob pena de extrapolar os limites semânticos da dicção do artigo de lei, como adotado, por exemplo, no artigo 301 do diploma processual em vigência, que ao prever as espécies de tutela de urgência de natureza cautelar, positiva o cabimento de "[...] qualquer outra medida idônea para asseguração do direito" (BRASIL, 2015). Além disso, realça-se que o inciso XII do artigo em pauta foi objeto de veto presidencial, o que corrobora o entendimento de que o agravo de instrumento é cabível apenas nas hipóteses constantes nos incisos do artigo mencionado.

Ainda, como narrado pela Relatora, o projeto inicial previa um rol mais enxuto, o que respalda a interpretação de que a sistemática positiva privilegia a redução de recursos contra interlocutórias, concentrando tais insurgências no recurso de apelação, fora isso merece amparo o percepção de que caso seja entendido que o rol é exemplificativo, se constituiria uma espécie de repristinação do artigo 522 da Lei Adjetiva revogada (BRASIL, 2018).

De igual maneira, cumpre divergir acerca da orientação que adota a interpretação restritiva, argumentando-se que tal forma de interpretação deve ser empregada apenas em textos legais que restrinjam direitos e garantias constitucionais ou ainda em normas que estabeleçam exceções, o que não se opera no caso em estudo, porquanto, a bem da verdade, o tema em discussão se refere à garantia constitucional do amplo acesso à justiça (FERRAZ JUNIOR, 2018).

3.2 PONTOS DE DISSENSO DA TESE FIXADA

Assim, depreende-se que o presente estudo ratifica o posicionamento adotado pela Corte quanto ao não acolhimento das vertentes que defendem a aplicabilidade da analogia; interpretação restritiva ou que entendem que o rol do artigo 1.015 é exemplificativo. De modo contrário, insurge-se contra o posicionamento adotado pela tese fixada, pois elege-se o entendimento de que a orientação doutrinária que melhor se adequa ao caso em apreço é aquela que defende a aplicabilidade da interpretação extensiva, isto porque tal técnica se coaduna com os limites interpretativos do jurista.

6. Cumpre salientar que há discussão doutrinária acerca da possibilidade da interpretação extensiva ser um procedimento de integração do direito.

Assenta-se o presente entendimento, no sentido de que a sistemática recursal adotada foi concebida à luz do princípio da duração razoável do processo, prestação esta que se refere à decisão de mérito e com isso impõe o dever de cooperação entre as partes. Com isso, indubitavelmente, foram listadas hipóteses urgentes que efetivamente possuem o condão de causar prejuízos aos jurisdicionados ou que afetam o deslinde do feito, sendo as exceções a esta regra expressamente previstas e referindo-se a casos que, em princípio, há a constituição de um crédito ou um direito expressamente garantido pela legislação. Acerca do princípio da duração razoável do processo, Comoglio (2004 *apud* CUNHA, 2017, p. 38) pontua que:

> [...] tal princípio tem em mira, substancialmente, a racionalização técnica dos mecanismos processuais e, igualmente, a economia da política judiciária, razão pela qual se impõe a adoção de meios (normativos ou instrumentais) que sejam oportunamente capazes de assegurar a máxima economia possível de atos, de recursos e de energia no exercício de direitos, poderes e deveres não somente no desenvolvimento do processo, mas também na administração da justiça.

Enfatiza-se, que o entendimento ora constituído não desconsidera as críticas doutrinárias tecidas acerca do sistema recursal legislado, assim como não abstrai as respaldadas razões do voto vencedor. No entanto, a tese fixada extrapola a linha tênue existente entre a interpretação do texto legal e o ativismo judicial, pois estabelecer que a taxatividade pode ser mitigada caso verificada a urgência ou risco de inutilidade da apelação representa uma espécie de retorno ao disposto na legislação revogada, que, como já citado neste artigo científico, era objeto de críticas doutrinárias enquanto vigente. Além disso, cria-se uma possibilidade que autoriza a total desconsideração do texto legal, algo que é inadmissível, ante o princípio constitucional da legalidade. No mesmo sentido, em estudo específico sobre o voto vencedor, Sousa e Streck (2018) (grifo no original) afirmam:

> Depois de excluir a interpretação de que o rol é exemplificativo sob o argumento de que isso violaria a lei, concluir que o rol é taxativo ou mitigado **secundum arbitrium iudicis**, não nos parece adequado. Como isso se dá sem contradição? (afinal, se o entendimento vingar e virar tese vinculante (art. 927, III, CPC), **o STJ terá reescrito o direito positivo para deixar ao arbítrio do julgador do caso escolher se admite ou não o agravo de instrumento**).

Em vista disso, a verdade é que poucos casos urgentes não foram previstos na legislação e por isso compreende-se que nas hipóteses em que a interpretação extensiva for insuficiente para admitir uma via recursal contra decisões que versem sobre temas urgentes e que possam gerar danos irreparáveis, deve ser empregado o mandado de segurança como um meio excepcional, desde que, naturalmente, cumpridos os requisitos exigidos pela legislação competente.

A propósito, defende-se que, apesar do artigo 5º, II, da Lei 12.016/09 estabelecer que não é cabível mandado de segurança contra decisão judicial passível de recurso com efeito suspensivo, tal dispositivo legal é aplicável nos casos em há via recursal imediata em que o litigante possa utilizar simultaneamente o recurso processual e o remédio constitucional em questão, o que não se faz presente na sistemática da legislação processual em vigor. Tanto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF[7], com as mudanças necessárias, corrobora o entendimento: “Poderia o impetrante deixar

7. Em que pese, a jurisprudência mencionada referir-se ao cabimento de recurso administrativo, o cerne da questão correlaciona-se com a matéria tratada.

de interpor o recurso administrativo e aforar o mandado de segurança. O que não pode ocorrer é a utilização, ao mesmo tempo, do recurso administrativo com efeito suspensivo e da segurança" (BRASIL, 2005).

Diante de todo o exposto, torna-se demonstrada que a interpretação extensiva é o método hermenêutico que melhor se adequa ao presente caso, vez que ainda que exista um espaço para indeterminações, o que é inerente à atividade interpretativa, a tese fixada, contraditoriamente, abre espaço para indeterminações, como já argumentado. Ainda, o modo adotado demonstra maior respeito aos princípios do fundantes do código e à lei positivada, pois mesmo que a legislação não seja algo engessado que impeça a interpretação ou a adequação a cada caso concreto ou que a sistemática concebida de fato não seja, sob o ponto de vista teórico, a melhor técnica processual, foi esta a legislação posta e por isso deve ser aplicada sob pena de incorrer em, como já mencionado, ativismo judicial.

CONCLUSÃO

Ao fim de toda a argumentação aduzida, depreende-se que o domínio dos preceitos da hermenêutica jurídica é indispensável para delinear o alcance do texto legal, acima de tudo, quando demonstrada que a ciência jurídica se aplica por meio da interpretação, ato este que, cumpre reiterar, possui fundamental importância.

Realça-se que não se descarta que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça tenha o condão de aprimorar a sistemática do agravo de instrumento, o que significa dizer que em determinados casos concretos a ampliação do direito à ampla defesa em sede recursal pode propiciar a reforma ou invalidação de decisões gravosas aos litigantes ou aos resultados práticos do processo, não obstante compreender-se que a tese vencedora extrapolou os limites interpretativos do artigo 1.015, assim como contrariou os ideais do Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, defender a correta aplicação do texto legal é, sobretudo, defender o preceito constitucional da legalidade, o que no caso em apreço leva a crer que para a ampliação do cabimento do agravo de instrumento faz-se necessária atuação do Poder Legislativo, por meio de aprovação do competente projeto de lei que com este fim, medida que prestigiaria a harmonização dos poderes e, consequentemente, as garantias constitucionais.

Por fim, cumpre ressaltar que um dos vetores interpretativos que conduziram a tese fixada foi a busca pela vontade do legislador[8]. Consequentemente, advoga-se o posicionamento de que, ante a superada dicotomia em torno das correntes objetivistas e subjetivistas, a matéria possui espaço para rediscussão judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Teresa Arruda. Um agravo e dois sérios problemas para o legislador brasileiro. **Consultor Jurídico.** s.l., 14 jun. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/teresa-arruda-alvim-agravo-dois-serios-problemas. Acesso em: 09 mar. 2020.

8. Como sustentado pela relatora: "Não há que se falar, destaque-se, em desrespeito a consciente escolha político-legislativa de restringir o cabimento do agravo de instrumento, mas, sim, de interpretar o dispositivo em conformidade com a vontade do legislador e que é subjacente à norma jurídica, qual seja, o recurso de agravo de instrumento é sempre cabível para as **'situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação'**, nos termos do Parecer nº 956 de 2014, de relatoria do Senador Vital do Rego" (BRASIL, 2018, p. 46) (grifo no original).

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Biblioteca Virtual. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/cfi/4!/4/4@0.00:6.91.Acesso em: 22 fev. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 22 fev. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 24 de mar. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 11.187, de 19 de Outubro de 2005.** Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11187.htm#art1. Acesso em: 24 de mar. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 13.105, de 16 de Março de 2015.** Código de Processual Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial representativo de controvérsia. direito processual civil. natureza jurídica do rol do art. 1.015 do cpc/2015. impugnação imediata de decisões interlocutórias não previstas nos incisos do referido dispositivo legal. possibilidade. taxatividade mitigada. excepcionalidade da impugnação fora das hipóteses previstas em lei [...] Recurso Especial nº 1.696.396 - MT (2017/0226287-4). Recorrente: Ivone da Silva. Recorrido: Alberto Zuzzi. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 05 de dezembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=15663&seq_documento=20641090&data_pesquisa=19/12/2018&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento. Acesso em: 22 de mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, fundado no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal [...]. Mandado de Segurança nº 25.378**.** Impetrante: Francisco Roberto Berno. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 15 de junho de 2005. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=120&dataPublicacaoDj=24/06/2005&incidente=2295347&codCapitulo=6&numMateria=97&codMateria=2. Acesso em: 02 de maio 2020.

CÔRTES, Osmar Mendes Paixão. A evolução do agravo de instrumento: justificativa e consequências da atual sistemática. **Revista de Processo**. v. 288. Ano. 44. p. 235-250. São Paulo: Ed. RT, fev. 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Art. 4º. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. Biblioteca Virtual. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547220471/cfi/38!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 31 maio 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual:** o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 15 ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 864 p.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio**. Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. 334 p.

FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. **Revista de Processo**. v. 263. Ano. 42. p. 193-203. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 97, p. 105-122, 2008. ISSN 0034-7191. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/55. Acesso em: 25 fev. 2020.

MARANHÃO, Clayton. Agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. **Revista de Processo**. v. 256. ano 41. p. 147-168. São Paulo: Ed. RT, jun. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 49, p. 11-58, 2009. ISSN 2236-7284. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238. Acesso em: 25 fev. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. Biblioteca Virtual. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597018677/cfi/6/10!/4/2/4@0:0. Acesso em: 25 fev. 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 426 p.

MEDINA, Diego López. Hermenêutica e linguagem na teoria do direito. *In:* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (org); BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org). **Direito e**

interpretação: racionalidades e instituições. Biblioteca Virtual. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502140004/cfi/0!/4/4@0.00:12.2. Acesso em: 22 fev. 2020.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Biblioteca Virtual. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985028/cfi/6/10!/4/24/2@0:100. Acesso em: 22 fev. 2020.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Interpretação extensiva, analogia e o rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 282. ano 43. p. 267-284. São Paulo: Ed. RT, ago. 2018.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Art. 1.015. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. Biblioteca Virtual. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547220471/cfi/2!/4/4@0.00:55.8. Acesso em: 29 abr. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2018. 936 p.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. Biblioteca Virtual. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547208141/cfi/4!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 22 fev. 2020.

SOUSA, Diego Crevelin de; STRECK, Lenio Luiz. No STJ, taxatividade não é taxatividade? Qual é o limite da linguagem? **Consultor Jurídico**, s.l., 7 ago. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-ago-07/stj-taxatividade-nao-taxativa-qual-limite-linguagem#_ftnref3. Acesso em: 31 maio 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. 455 p.

EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS: UMA ALTERNATIVA AO PROBLEMA

Taciane Eliza Burger Rosa[1]
Devino Geradi[2]

Resumo: O presente artigo busca discutir os embriões excedentes da fecundação *in vitro*, que permanecem em estado de criogenia e, diante disto, sugestionar uma alternativa ao problema. Neste sentido, fala-se então na doação de embriões excedentários para adoção, congregando parte da opinião do catolicismo, da argumentação ética e do viés jurídico. Com efeito, será dispensada atenção ao posicionamento da religião católica sobre o assunto, seus principais ensinamentos no que tange à adoção e à esta espécie de adoção, propriamente. Na sequência, caberá olhar brevemente às discussões do campo da ética com relação ao tema. Por último, o estudo se debruçará sobre o instituto jurídico da adoção e sua regulamentação no Brasil, para que se possa destinar à análise legal da adoção de embriões excedentário e, portanto, tê-la como alternativa ao certame. Ao final, o presente artigo aponta crítica reflexiva acerca da temática, notadamente no que diz respeito ao fato de o debate ter perdido força e destaque nos principais meios científicos e acadêmicos atuais, carreando com que, inclusive, avanços sobre a doação de embriões para adoção, continuem vagarosos.

Palavras-chave: Embriões excedentários. Doação. Adoção.

INTRODUÇÃO

De acordo com registros da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, os registros de fecundação humana assistida cresceram 18,7% no ano de 2018, no Brasil, assim como também se elevou proporcionalmente o número de embriões congelados. Diante disto, estudos e debates que versem sobre esse novo cenário que se institui como a realidade de várias famílias, são e serão ainda de grande relevância. Sendo assim, não há como tratar da fertilização *in vitro* e olvidar dos desdobramentos deste método, especialmente no que se reporta àqueles embriões que não são implantados e permanecem sob criogenia nos laboratórios.

É, pois, sobre o que versará o presente estudo, ao passo que neste momento, importa concentrar olhares sobre os embriões excedentários e, fundamentalmente, qual é o melhor destino, de fato, a estes embriões que não inseminados e permanecem congelados em clínicas médicas, disponíveis à vontade dos seus genitores.

Ao falar-se em melhor destino, remete-se ao tratamento desferido a estes embriões no que diz respeito a sua condição humanizada, a forma como são tratados e principalmente, os aspectos pertinentes à sua dignidade. Estaria o problema relacionado a isso, mantê-los congelados sob perspectivas incertas face os direitos atribuídos a cada um deles.

Nessa toada, remanesce que buscar uma alternativa ao problema é de extrema importância ao contexto atual, no qual se assomam fortemente à bioética os tópicos de dignidade da pessoa humana e dignidade da mulher, bem como os contínuos debates entre ciência e religião.

À vista disso, o presente artigo subdivide-se em sessões que propiciem a compreensão do assunto por meio do posicionamento do catolicismo, seguido de breve olhar sobre as discussões do campo da ética, até chegar à opinião jurídica sobre o tema,

1. Pós graduada em Direito Civil e Empresarial pelo Centro Educacional Damásio de Jesus. Pós graduada em Teologia pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina. E-mail: taciane.r@hotmail.com.
2. Pós graduado em Teologia pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Pós graduado em Direito Civil e Empresarial pelo Centro Educacional Damásio de Jesus.

a fim de que possa se coadunar um senso comum e razoável entre ambos os pontos de vista.

Por fim, o estudo em questão se propõe a abordar uma alternativa viável ao impasse dos embriões excedentários, já posta em prática em outros países, como forma de viabilizar um destino mais digno aos mesmos.

1. ESPECIALMENTE SOBRE OS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

De acordo com os conceitos ventilados pelo Conselho Federal de Medicina (2017), os embriões excedentários são aqueles que não são inseminados no útero da futura genitora, seja por decisão médica ou dos próprios genitores, e que permanecem em estado de criogenia, congelados nos estabelecimentos responsáveis pelos processos.

Nascimento (2011) argumenta que a história de todo embrião excedentário começa quando um casal procura uma clínica de reprodução humana assistida para perfectibilizar o sonho de se tornarem pais. Durante o processo, a futura genitora será submetida a um intenso processo de estimulação hormonal, o qual a fará ovular profusamente. Adiante, os óvulos retirados da mulher serão postos em contato com os gametas do marido e, ter-se-á, por fim, vários embriões.

Destes vários embriões, nem todos serão implantados no útero da futura genitora, seja pela intenção do casal de refazer o processo caso a primeira tentativa não se apresente exitosa, seja porque o próprio Conselho Federal de Medicina (2017) veda a inseminação de mais de quatro óvulos por investida, além de condicionar as quantidades permitidas de acordo a idade da mulher.

Em contrapartida, não há, com efeito, um regramento sobre a criação de múltiplos embriões, verdadeiramente excedentes. Existe apenas uma vedação pelo Código de Ética Médico sobre a conduta do médico em não contribuir com a ocorrência de embriões excedentários. Há um comando, na verdade, para que a fertilização de gametas femininos não seja sistematicamente conduzida para o aumento de um contingente embrionário criopreservado (NASCIMENTO, 2011).

Sobre a realidade que se depara após esse procedimento, aponta-se:

> Embriões excedentários jamais deveriam existir. São frutos do anseio de casais que, uma vez saciados do desejo de experimentar a filiação, são esquecidos nas clínicas de reprodução assistida. A problemática da destinação dos embriões excedentários não existiria se as clínicas de reprodução assistida só estivessem autorizadas a congelar gametas, e não embriões. (NASCIMENTO, 2011, p. 29).

Não obstante, ainda que se coadune com a opinião do autor supra, é necessário trabalhar com a realidade inegável de que os embriões excedentários se apinham cada vez mais nas clínicas de reprodução humana assistida e, proporcionalmente ao número de vezes em que são utilizados em novas tentativas pelos futuros genitores, também são enjeitados diante o sucesso da fertilização.

Ao se buscar respostas à situação no ordenamento jurídico brasileiro, depara-se com uma série de lacunas ainda não preenchidas. Há, pois, apenas duas fontes normativas sobre o tema, quais sejam a Lei nº 11.105 de 2005, conhecida como Lei de Biossegurança, e, secundariamente, as disposições publicadas periodicamente pelo Conselho Federal de Medicina.

A Lei de Biossegurança, por sua vez, regula os mecanismos de fiscalização que envolvam os organismos geneticamente modificados e a utilização de células tronco para fins de pesquisa e terapia (BRASIL, 2005).

Ademais, o artigo 5º da referida norma, após ser alvo de muitas discussões e da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.510, positiva a possibilidade da utilização de embriões humanos congelados para pesquisa científica. Contudo, reprisa-se que para a realização das pesquisas é necessária a destruição do embrião e, por conseguinte, depara-se com a infinidade de questionamentos éticos e religiosos acerca disso.

Uma vez impugnado por meio da ADI nº 3.510, em razão da constitucionalidade relativa desse dispositivo legal, o Superior Tribunal Federal decidiu pela sua plena constitucionalidade, com base no dever do Estado de garantir uma vida digna aos sujeitos. Considerou-se, portanto, o direito à integridade física, à saúde e à vida digna, possibilitados pelas pesquisas com célula-tronco, extraídas dos embriões, ao passo que se prioriza os "indivíduos pessoa", e não a figura da "pessoa humana embrionária".

Apesar disso, sem adentrar o tema e tampouco tomar partido sobre a coerência da Lei de Biossegurança e o seu artigo 5º, o presente estudo direciona suas perspectivas para outra alternativa à utilização dos embriões excedentários congelados, que não a destruição pela pesquisa, de modo que a dignidade da pessoa humana será proeminente, da mesma forma.

Introduz-se dos estudos de Miranda (2016) que alheias às discussões da melhor denominação para cada fase da vida, do modo que se proclama na medicina ou na biologia, o direito dos embriões deve ser tratado de forma semelhante aos direitos dos nascituros, haja vista que o embrião tem vida, bastando para a sua completa formação possuir meios para o seu desenvolvimento.

Toma-se por base então a visão genética sobre o início da vida humana que defende que esta começa na fertilização, quando o óvulo e os espermatozoides se encontram e combinam seus genes. Neste momento, é criado um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro (MIRANDA, 2016).

Neste sentido, destruir um embrião seria o mesmo que destruir uma vida, qualquer fosse o pretexto para tal. Em razão desse argumento e a difusão dos embriões excedentários, sugestiona-se como alternativa ao problema, a doação destes à adoção, de modo a homenagear a dignidade da pessoa humana contida no embrião, assim como a dignidade da mulher que não tem condições físicas de gerar óvulos saudáveis ao desenvolvimento e vê seu anseio de filiação comprometido.

Uníssona a opinião de que encontrar uma alternativa aos embriões excedentes é fundamental e necessário à realidade atual, cabe concentrar a partir de então em como se posicionam duas figuras relevantes nas discussões que remetem à fertilização artificial, quais sejam, a religião e o direito.

2. A ADOÇÃO E A DOAÇÃO DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS SOB O PONTO DE VISTA DO CATOLICISMO

Ato contínuo ao discutido até aqui, debruça-se sobre o assunto a partir da ótica do catolicismo. Assim, inteiramente posicionado, favorável e defensor da adoção para preservação da família e do ato de amor que a prática revela, o Magistério da Igreja ainda titubeia com relação à adoção de embriões excedentários.

A doação de embriões para fins de adoção por outros casais, é uma questão complexa e não totalmente definida pelo Magistério da Igreja, dado que parece que o ato de injustiça irreparável – que é a criação e congelamento de embriões – não poderia ter como solução, ainda que louvável na sua intenção, a doação para adoção (e consequente transferência embrionária) por parte de outros casais. Ao mesmo tempo, não se sabe qual

seria a solução mais digna e respeitosa à dignidade desses seres humanos que foram congelados.

O Cristianismo considera a vida humana como um dom divino. Esta afirmação se encontra no Evangelho de João quando afirma: “Eu vim para que todos tenham vida e a tenham em abundância” (Jo 10, 10). O Magistério da Igreja, por sua vez, tem defendido os avanços científico-tecnológicos, no âmbito das ciências da saúde e da bioética, mas, sem descurar seu trabalho em defesa da vida em sua integralidade e totalidade. Deste modo, para a Igreja Católica, o respeito para com a vida humana começa com a problemática da contracepção e passa pela proteção do embrião.

Esta defesa, por parte do Magistério da Igreja, fundamenta-se nos princípios da Teoria Concepcionista e ampara-se em uma Ética Cristã, entendida como uma ética absoluta que abarca todas as esferas da vida humana. Ela dá ênfase a dignidade da pessoa humana, o seu caráter da igualdade e do valor de cada vida humana, portanto a dignidade do ser humano deve ser respeitada em sua totalidade, desde a concepção.

Para Vidal (2003, p 189), quando discorre sobre a grandeza e dignidade da pessoa humana, afirma o seguinte:

> O ser humano é fim para ele mesmo e não pode ser reduzido a meio; o homem reclama um respeito incondicional e, neste sentido, absoluto; a pessoa é a “protocategoria” do universo ético e, enquanto tal, é origem e meta de todo empenho moral.

São vários os documentos nos quais a Igreja Católica reflete sobre estas opções e orienta suas intervenções públicas no sentido de esclarecer as posições assumidas. Dentre eles, que versam sobre a defesa da vida, são dignos de destaque: A Constituição Pastoral *Gaudium et Spes* sobre a Igreja no mundo de hoje (2007); *Evangelium Vitae* – O Evangelho da Vida (1995), a Instrução *Dignitas Personae* – A Dignidade da Pessoa (2008) e *Donum Vitae* – Instrução sobre o Respeito à Vida Humana Nascente e a Dignidade da Procriação (2009).

A constituição Pastoral *Gaudium et Spes* – *GS* (2007, 4) ao referir-se às esperanças e angústias do ser humano assim se expressa: “A Igreja deve, em todas as épocas, perscrutar os sinais dos tempos e interpretá-los à luz do Evangelho, para ser capaz de oferecer, [...], respostas às grandes questões humanas a respeito do sentido da vida presente e futura”.

A Carta Encíclica *Evangelium Vitae* – *EV* O Evangelho da Vida (1995, 5) ao falar sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana afirma que a igreja quer ser no mundo: “Uma reafirmação precisa e firme do valor da vida humana e da sua inviolabilidade [...] respeita, defende, ama e serve a vida, cada vida humana”.

A questão do destino dos embriões congelados é bastante complexa e, por essa razão, não existe até este momento um ensinamento do Magistério da Igreja especialmente sobre a questão da doação para adoção de embriões excedentários. Assim como no ordenamento jurídico, o assunto padece de uma grande lacuna a ser preenchida.

Justifica-se, no entanto, a ausência de ensinamento sobre o tema, vez que não é a Igreja quem cria a verdade sobre o respeito à vida, mas a verdade se impõe na sua realidade. O que faz a Igreja, com o auxílio do Espírito Santo, é julgar se essa ação humana – no caso da doação para a adoção de embriões – respeitaria a vida da criança a ser gerada, bem como a dignidade conjugal.

Essa falta de definição, no entanto, não significa que o Magistério não aponte uma direção. De fato, parece apontar que – ainda que louvável na sua intenção – a doação para adoção de embriões abandonados seria ilícita, pois seria uma afronta à dignidade do matrimônio e ao direito da criança de nascer como fruto do amor de seus pais.

Neste contexto, cita-se parte do número 19 da Declaração *Dignitas Personae* – DP (2008 19):

> Quanto ao grande número de embriões congelados já existentes, pergunta-se. Que fazer deles? […] Também a proposta de colocá-los à disposição de casais inférteis, como «terapia da infertilidade», não é eticamente aceitável, pelas mesmas razões que tornam ilícita a procriação artificial heteróloga e toda a maternidade substitutiva. Semelhante prática comportaria, por sua vez, outros problemas de carácter médico, psicológico e jurídico. Foi ainda avançada a proposta de fazer uma forma de "adoção pré-natal", apenas para dar aos seres humanos condenados à destruição a oportunidade de nascer. Semelhante proposta, embora louvável na intenção de respeitar a defesa da vida humana, apresenta, todavia, diversos problemas. Em definitivo, há que constatar que os milhares de embriões em estado de abandono determinam uma situação de injustiça de facto irreparável. Por isso, João Paulo II lançou um apelo à consciência dos responsáveis do mundo científico e, de modo especial, aos médicos, para que se trave a produção de embriões humanos, tendo presente que não se descortina uma saída moralmente lícita para o destino humano dos milhares e milhares de embriões congelados, que são e permanecem titulares dos direitos essenciais e que, portanto, devem ser tutelados juridicamente como pessoas humanas.

Pode-se dizer que o propósito principal do documento *Dignitas Personae* – DP (2008) é atribuir ao embrião humano a dignidade da pessoa, "A todo o ser humano, desde a concepção até à morte natural, deve reconhecer-se a dignidade de pessoa" (DP 2008, 1). Este é um conceito presente no pensamento da Igreja, que segundo o próprio documento deve ser atribuído a cada ser humano, afirmando que: "Este princípio é fundamental – exprime um grande sim à vida humana – que deve ser colocado no centro da reflexão ética sobre a investigação biomédica, que tem uma importância cada vez maior no mundo hoje" (DP 2008, 1).

Segundo a Pontifícia Academia Pro Vita, braço operacional do Vaticano para assuntos bioéticos, "A própria Biologia nos diz que a vida humana começa no momento da fecundação. O ser humano já nasce ali, com o seu código genético estabelecido" (2005). Portanto, desde a fertilização existe, um novo organismo humano, um novo genótipo, totalmente diferente dos genótipos dos doadores, quer esta fertilização tenha ocorrido *in vivo* ou *in vitro*. A própria ciência reconhece que o embrião, a partir da fecundação, é uma vida humana e representa uma identidade e individualidade biológica e de código genético que, na sua essência, é um modelo de diversidade e constância. Neste caso, o embrião tem o direito à vida que é garantido a todo ser humano que viva; entre as várias fases da vida em desenvolvimento desde a concepção, não havendo nenhuma diferença.

A Instrução sobre o Respeito à Vida Humana Nascente *Donum Vitae* – *DV* (2009) defende o respeito ao embrião humano desde o primeiro instante da sua existência, momento da fecundação, por se tratar de uma pessoa humana. Ela coloca como critério ético fundamental para avaliar todas as questões morais relativas às intervenções sobre o embrião humano: "[...] O fruto da geração humana, desde o primeiro momento da sua existência, isto é, a partir da constituição do zigoto, exige o respeito incondicional que é moralmente devido ao ser humano na sua totalidade corporal e espiritual" (DV 2009, 4).

O embrião nunca se tornará humano se já não o é reconhecido como tal desde a concepção.

O objetivo da Instrução *Donum Vitae* é dar "respostas específicas às principais interrogações que se levantam a respeito das novas técnicas de procriação humana" (DV 2009, 1). Por isso, esta instrução reafirma que: "[...] O ser humano deve ser respeitado e tratado como pessoa desde a sua concepção e, por isso, desde esse momento devem ser-lhe reconhecidos os direitos da pessoa, entre os quais e antes de tudo, o direito inviolável de cada ser humano inocente à vida" (DV 2009, 4).

Ela também reconhece que "os embriões humanos obtidos *in vitro* são seres humanos e sujeitos de direito: A sua dignidade e o seu direito à vida devem ser respeitados desde o primeiro momento da sua existência" (DV 2009, 5). Traz o resgate da dignidade que é devida ao embrião, e seu direito a vida, uma vez que este é fruto da geração humana, portanto, "desde o momento da concepção, sua existência, isto é, a partir da constituição do zigoto, exige o respeito incondicional que é moralmente devido ao ser humano na sua totalidade corporal e espiritual" (DV 2009, 1,1).

Da mesma forma (SANCHES, 2004, p. 103) defende que ao se falar a respeito da promoção a vida, deve-se continuar pautando pela defesa da dignidade humana, ou seja: "defender a dignidade de todos os humanos e do humano todo".

De forma geral, é razoável contemplar que ainda que a doutrina católica não aprove explicitamente a adoção embrionária, há uma consonância na opinião com as demais áreas que tratam do tema, de que a prática pode ser aceita, sob a ótica de respeitar a defesa da vida humana. Há, de fato, um clamor por parte da religião para que cessem a produção indiscriminada de embriões humanos, bem como cesse o crescimento proporcional de embriões criopreservados.

3. A ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A ADOÇÃO DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Sopesada a opinião supra sobre o tema, o posicionamento jurídico, de antemão, concorda e reverbera que a doação de embriões excedentários à adoção parece ser o modo menos pungente de abordar às sobras dos processos de fertilização *in vitro*, assim como se afigura ao modo que reservará maiores porções de dignidade às partes envolvidas. Em razão disso, convém debater sobre o instituto jurídico da adoção no Brasil e a forma como ele é disposto pela Lei, para que seja possível retomar o assunto sob ponto de vista tão específico.

Brauner e Aldrovandi (2010) ensinam que a adoção é uma forma de procriação, ao passo que permite a existência de um filho que se vincula aos pais, não pelo sangue, mas por um ato de vontade juridicamente protegido. Além disso, a adoção imita a filiação natural e rompe com o modelo uno, heteroparental e biológico.

Para Nascimento (2011), o instituto da adoção procura prestar dignidade às crianças, adolescentes e adultos, formando ou completando sua ascendência jurídica e seu estado de filiação. Através dele, pois, o adotando recebe o adotado em sua família como filho, e este passa a possuir parentesco civil não apenas com quem o adotou, mas sim, com toda a família deste.

Sob as premissas legais, o instituto da adoção é tido como um ato jurídico, ao passo que depende da manifestação de vontade dos envolvidos, no que se reporta aos adotantes e, por vezes, até dos pais biológicos do adotado. Além disso, sujeita-se a uma

série de pré determinações legais que devem ser cumpridas e, de modo indissociável, submete-se à avaliação ativa do Estado, por meio do Ministério Público.

Significa dizer que o ato de adotar depende de uma série de provimentos legais que devem ser estritamente observados por aqueles que quiserem se tornar adotantes. Além disso, o passo a passo da adoção sub-roga à aprovação do Estado, que tem a função de resguardar o melhor interesse do adotado.

No entanto, as questões puramente processuais que indicam a forma da ação de adoção não merecem maior enfoque pelo estudo aqui realizado, tendo em vista que se ater a um breve histórico da legislação que trata sobre o tema, de modo a aferir a suficiência dos dispositivos perante o cenário da adoção de embriões excedentários, faz-se mais razoável.

Com raízes nas sociedades antigas e com fito também nas questões religiosas, a adoção sempre serviu ao intuito de prestar a continuidade das famílias, de modo geral. Juridicamente, ganhou espaço e sistematização no ordenamento civil, apenas no Código Civil de 1916. De forma sucessiva, no ano de 1990 foi criada a Lei 8.069, popularmente nominada de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Por conta disso, durante tempo considerável vigorou no Brasil duas legislações vigentes sobre o mesmo tema, que regulavam formas distintas de adoção, cada qual com seus respectivos interesses e condicionantes. Adiante, com o advento do Código Civil de 2002, inúmeras disposições do ECA foram recepcionadas e ratificadas pelo novo ordenamento. Ainda assim, permanecia a existência de regulamentações distintas e pontuais sobre o mesmo assunto.

Com o claro objetivo de uniformizar as disposições que tratavam especialmente sobre a adoção, criou-se a Lei 12.010/09, dita Lei Nacional da Adoção. A partir desta nova norma foram revogados a maioria dos artigos do Código Civil que disciplinavam a matéria, e se reafirmou o Estatuto da Criança e do Adolescente como norma nacional, nos termos do artigo 39 desta Lei.

Por assim dizer, atualmente a adoção no Brasil é inteiramente regida pelo ECA, o qual aborda todas as disposições sobre o tema e determina o caminho a ser percorrido pelos adotantes. Após a conclusão do processo, o adotado passa a ter todos os direitos de ordem pessoal e patrimonial relacionados aos adotantes e sua família.

Miranda (2016) explica que hoje a adoção no Brasil tem um caráter humanizado, no qual o adotado é filho em caráter pleno e irrevogável, independentemente da consanguinidade, com iguais direitos e deveres na ordem civil.

Todavia, ponto importante a se destacar da norma brasileira que trata da adoção, é que o Estatuto regula a adoção de pessoas já nascidas. Ainda quando se remonta aos nascituros, exige-se que haja o nascimento com vida. Nesta senda, a adoção de embriões é assunto completamente inexplorado pela atual legislação.

Quanto ao Conselho Federal de Medicina, há apenas um breve comentário por meio da Resolução nº 2121/2015, que permite a doação de embriões excedentários viáveis.

Urel (2017) aponta que em virtude de a adoção de embriões excedentários não ter previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, não há permissão, proibição ou qualquer orientação de como se dará o procedimento. Ainda assim, sem se confundir, há semelhanças inegáveis entre esta modalidade e a adoção prevista pelo ECA, quais sejam, a capacidade plena para adotar e a sua irrevogabilidade. Isto é, depois que o embrião é inserido no útero, não poderá ser abortado em razão de arrependimento, assim

como depois de nascido, a condição de filho será perfeita, sem possibilidade de reconsideração pelos adotantes.

Apesar de ausente qualquer regulamentação sobre o assunto ou sobre a forma como o "processo de adoção" ocorreria, a adoção de embriões excedentários aparenta ser uma solução ao elevado número de embriões em estado de criogenia, que se apinham nas clínicas de reprodução humana assistida. Haveria, pois, a doação dos excedentes aos casais inférteis, de modo que se prestigiasse a dignidade do embrião congelado, do princípio da autonomia familiar e ainda, a dignidade da mulher, neste momento capaz de se tornar mãe.

É oportuno ilustrar que em outros países, a doação de embriões excedentários à adoção, já é realidade experimentada, inclusive regulada pelos respectivos ordenamentos. Em Portugal, por exemplo, a Lei 32/2006 trata da matéria e diz que, o primeiro destino dos embriões é o nascimento promovido pelos próprios pais. Porém, se isso não ocorrer em três anos da criopreservação, os pais poderão consentir que os embriões sejam doados para casais inférteis. Tão somente após o esgotamento dessas possibilidades, poderão ser destinados à pesquisa ou terapias (UREL, 2017).

Outro país a regulamentar claramente a adoção de embriões excedentários, é a Espanha, através da Lei 14/2006. A norma permite a doação de gametas e pré-embriões, de forma totalmente gratuita. Os eventuais doadores firmarão contratos com as clínicas de reprodução assistida, no qual é passível o arrependimento, desde que os embriões ainda estejam criopreservado e não tenham sido doados (UREL, 2017).

Além destes, países como a Itália, a França, o Reino Unido e os Estados Unidos também possuem disposições sobre a doação de embriões excedentários à adoção. Remanesce, portanto, que a tese debatida pelo presente estudo é real e possível, sendo que carece apenas de atenção pelos legisladores brasileiros.

Não obstante a ausência de disposições no direito brasileiro, tramita no Congresso Nacional e atualmente aguarda parecer do relator na Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, o Estatuto do Nascituro, assim chamado o Projeto de Lei 478/2007. Tal disposição possui dispositivos diretamente relacionados à adoção embrionária, dado que admite o nascituro como ser humano concebido, mas ainda não nascido, assim como admite como seres humanos os embriões concebidos, mesmo que *in vitro*, antes da transferência para o útero da mulher (MIRANDA, 2016).

É necessário frisar que o Estatuto do Nascituro também não prevê expressamente a adoção dos embriões excedentários, todavia, a hermenêutica do dispositivo induz a uma interpretação extensiva (MIRANDA, 2016).

A fim de dar início, efetivamente, à consideração da adoção embrionária pela norma civil, a mesma autora supra sugere em seus estudos a inserção de parágrafo único no artigo 1.618 do Código Civil, com a seguinte redação:

> Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei. N. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente. *Parágrafo único. A adoção do nascituro poderá ser efetivada, nos termos do parágrafo único do artigo 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990). A adoção de embrião excedentário dar-se-á na forma da lei.* (MIRANDA, 2016, p. 157).

Ainda que a menção seja sucinta, pode-se dizer que representa o início da nova roupagem necessária à Lei, para que se adeque a nova realidade imposta pela bioética e pelo biodireito. E para além disso, para que confira e concretize os direitos, da mulher em ser mãe e, principalmente, do embrião em viver.

4. A ADOÇÃO DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS COMO ALTERNATIVA AO PROBLEMA

Alheias as opções disponíveis e a infinidade de discussões que circundam a fertilização *in vitro* e a problemática dos embriões excedentários, fato é que o impasse aumenta diariamente com o avanço das tecnologias reprodutivas, e do quanto essas técnicas se tornam mais acessíveis aos casais que não podem ter filhos biologicamente.

À vista disso, de todo o exposto, há o posicionamento comum entre religião e ciência, aqui representada pelos argumentos jurídicos, de que deve prevalecer a preservação da dignidade da pessoa humana e principalmente do embrião gerado. Neste sentido, o assunto requer a atenção do debate e do ordenamento jurídico, de modo que seja viável ao catolicismo, estabelecer também um posicionamento mais assente sobre o tema.

Exsurge então, a adoção dos embriões excedentários como alternativa de solução ao problema, desde que seja a partir da doação pelos casais detentores desse material, aos casais inférteis, ou ainda, àqueles que não possuem condições financeiras de custear os altos valores dos tratamentos para reprodução assistida.

Com vistas à solução, Nascimento (2011) afirma que a adoção embrionária se apresenta como um direito alternativo emergente e dignificante, face a possibilidade de destinar os embriões excedentes à pesquisa ou a mantê-los indiscriminadamente congelados. Estar-se-ia diante, portanto, de uma solução ética e moral, na qual seria possível homenagear o princípio máximo da dignidade da pessoa humana, sobretudo do embrião.

Com relação ao procedimento de doação e de adoção, não se tem registro formal de como se desenrolaria isso tudo, ao passo que o ordenamento jurídico e o Estatuto da Criança e do Adolescente calam sobre o tema. Relembra-se que há apenas um breve apontamento do Conselho Federal de Medicina, por meio da resolução 2121/2015, que permite a doação de embriões excedentários viáveis.

Urel (2017) sugere em seus estudos que a criação de cadastros estaduais interligados, que reúna genitores interessados em ofertar seus embriões excedentários para a adoção, e interessados em adotar embriões, auxiliaria e promoveria a adoção embrionária. Todavia, ponto a se destacar é a regulamentação necessária sobre essas bases de dados e o controle das adoções, para que tudo corresse a partir da doação dos excedentes, e jamais pela comercialização dos embriões.

Remanescem diante disso outras questões importantes, tais quais o anonimato dos doadores. No entanto, a questão já foi atualmente abordada em decorrência da doação de material genético e, garante-se, por lei, o anonimato daquele que doa. Mesmo que surjam demandas processuais fitando o contrário, a atual posição da norma é essa, respaldada pela resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.

Há, contudo, o dever das clínicas de reprodução humana assistida em manter os registros dos doadores e receptores, com informações eventualmente necessárias à eventos futuros, propriamente no que toca à saúde da criança.

Outro aspecto importante a ser considerado, que mais uma vez envolve atos escritos, deriva da necessidade de uma declaração de vontade expressa dos doadores e dos adotantes, acerca da adoção embrionária a se realizar, de modo que todos os prismas da parentalidade sejam atribuídos aos receptores, após o sucesso da adoção.

Este documento escrito, assemelha-se, de certa forma, ao Termo de Consentimento Informado que já é utilizado pelas clínicas de reprodução, no que tange ao período em que os embriões excedentários permanecerão criopreservados e à autorização dos excedentes para utilização em pesquisas e tratamentos, após determinado período de tempo.

O que se ventila, por sendo assim, é que conste também nos Termos de Consentimento, a possibilidade de doação para adoção por outros casais, após prazo consagrado pelo casal. Também, deverá haver por escrito o direito ao arrependimento, até o momento da doação. Uma vez doado, deve imperar a irrevogabilidade da relação, de modo a preservar os receptores.

Prevalece, sobretudo, que os documentos a serem firmados entre os doadores e as clínicas, são de cunho privado e, por isso, não prescindem de forma especial. Frisa-se, nesta etapa, que as clínicas de reprodução representarão as pontes necessárias entre os doadores e os receptores, e é justamente sobre os registros de doação, que se sugere um controle aprimorado, a fim de que não seja possível, em hipótese alguma, a comercialização.

Além disso, a importância dos Termos de Consentimento Informado se revelam nos atos pós recebimento dos embriões pelos receptores, para que possam expressar e noticiar de forma inequívoca os vínculos jurídicos adotivos que resultarão do seu projeto parental (NASCIMENTO, 2011).

De forma resumida, ainda que a operacionalização da adoção de embriões excedentários precise ser construída, unificada em sua forma e regulamentada, fato a se destacar é que, apesar de aparentemente burocrática, a alternativa é completamente viável e realizável. É impensável que a falta de ditames legais ou qualquer outro direcionamento sobre o assunto, implique no crescimento do problema dos embriões excedentários, sem nenhuma perspectiva de solução.

Antes de ser uniformizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção também fomentava discussões e variações legais, no entanto, em nenhum momento se considerou a ideia de não a praticar em razão disso. De modo contrário. Tamanha a sua utilização e as benesses a si atreladas, que o ordenamento jurídico tratou de regulá-la definitivamente.

É sobre o mesmo ponto que se debruça a sugestão alavancada pelo presente artigo. Atualmente, o desuso da adoção embrionária, ou pelo menos a ausência de notícias oficiais do seu uso, certamente é inflacionado pela inexistência de regulamentações sobre o assunto. O que, paralelamente, contribui para a problemática dos embriões excedentários e o seu destino.

Com o fito de ilustrar exemplo da operacionalidade e vantagens desta alternativa, cita-se a realidade já vivida por famílias dos Estados Unidos da América, haja vista que o país conta, dentre outros, com o *National Embryo Donation Center*, Centro Nacional de Doação de Embriões, uma clínica de fertilização no Estado Americano do Tenessee. De acordo com informações do local, a clínica já realizou inúmeras doações de embriões excedentários para a adoção e, como resultado, coloca-se como uma das principais receptoras de verbas destinadas às organizações que visam a conscientização sobre a doação de embriões para adoção. (COLEMAN, 2016).

Há, portanto, lugares do mundo que já tratam o tema como realidade mais evidente e palpável, diferentemente do que ocorre aqui. Remanescem destes exemplos, dessarte, que dialogar sobre o assunto e manter vívido os estudos especificamente em torno desta

alternativa aos embriões excedentários, serão as grandes ferramentas que possibilitarão a radicação deste caminho no Brasil.

Ao final e diante de todo o cotejo, cabe reiterar que a adoção embrionária, manifestamente se afigura como possível alternativa ao problema dos embriões excedentários, a qual resolveria ainda muitas outras questões de peso, relacionadas à dignidade da mulher e à autonomia do planejamento familiar. Da mesma forma, a adoção de embriões excedentários representa o modo menos prejudicial de se lidar com o assunto, de acordo com o posicionamento da religião sobre o tema. Como visto, ainda que a igreja não incentive a prática, acolhe-a como meio de proteger a vida humana, acima de tudo.

CONCLUSÃO

Mais uma vez, é indiscutível que alheio aos aspectos jurídicos e as mais variadas concepções religiosas, a vida humana é permeada pelos avanços tecnológicos. Sendo assim, não seria diferente sob o ponto de vista biológico. A difusão da fertilização *in vitro* criou os números atuais de embriões excedentários, crescentes a cada ano, que se assomam como um problema da sociedade moderna.

Há que se ter um desvelo sobre a condição desses embriões e às porções de dignidade relacionadas a todas as partes envolvidas pelo assunto, ao passo que simplesmente descartá-los ou destiná-los à pesquisa, acarreta uma série de implicações ética e morais.

Desta feita, como já mencionado, resta a doação dos embriões excedentes para a adoção como alternativa a este impasse contemporâneo, de modo que a dignidade do próprio embrião seja enaltecida, assim como sejam observados o exercício do planejamento familiar e, sobretudo, a dignidade da mulher, haja vista que a partir da solidez deste novo instituto, poderá realizar o desejo de se tornar mãe.

Neste sentido, verificou-se que a regulamentação sobre o assunto é praticamente inexistente, seja por parte do ordenamento civil ou pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina, que quase sempre age como ente complementar a atuação do Estado, no que diz respeito à reprodução humana assistida. Tamanha a ausência, compromete também a tomada de um posicionamento religioso sobre o tema. Contudo, o referido impasse pode naturalmente ser sanado por uma postura ativa do legislador.

A partir disso e da criação de bancos de dados unificados, a serem utilizados, alimentados e respeitados pelas clínicas de reprodução humana assistida, é possível considerar que o instituto da adoção embrionária poderia ser utilizado abrangentemente, como meio de solução ao problema dos embriões excedentários.

Sem embargo, lamentavelmente as discussões sobre a doação dos embriões excedentários à adoção, ao que parece, vêm perdendo força e espaço nos principais espaços científicos, acadêmicos e de mídia. Ainda que o presente ano careça de toda a ciência e demais instituições como um todo, focadas em um único problema e buscando a solução mais presta, obliterar assuntos importantes que igualmente remetem à vida, faz com que os avanços necessários não aconteçam.

Esta preocupação, além de servir de mote ao presente estudo, deve retornar aos espaços de discussão, a fim de que uma alternativa ao problema dos embriões supranumerários possa enfim tomar suas formas práticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÍBLIA DE JERUSALEM. Nova edição, revisada e ampliada. 7. ed. São Paulo: Paulus, 2011.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; ALDROVANDI, Andrea. **Adoção no Brasil: aspectos evolutivos do instituto no direito de família**. Maria Cláudia Crespo Brauner; Andrea Aldrovandi. Disponível em <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/3214/1872> Acesso em 10 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406. Brasília: Senado, 2002.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**, Brasília, DF, 29 maio 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em 04 out. 2019.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICO. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Disponível em < https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em 09 nov. 2019.

COLEMAN, Taylor Jasmine. Os americanos que adotam embriões de outros casais. **BBC News Brasil**. BBC News no Tennessee (EUA), 18 de julho de 2016. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36823652>. Acesso em 25 de out. 2020.

CONCÍLIO VATICANO II. **Mensagens, discursos e documentos.** Constituição *Gaudium et Spes – CS.* Tradução de Francisco Catão. 2 ed. São Paulo: Paulinas, 2007.

CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ. **Instrução *Dignitas Personae:*** Sobre algumas questões de Bioética. São Paulo: Paulinas, 2008.

_____. **Instrução *Domun Vitae*:** Instrução sobre o respeito à Vida humana nascente e a dignidade da procriação. São Paulo: Paulinas, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 2.121. 2015**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em 04 out. 2019.

CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade. et. al. (Orgs.). **Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana: Diálogo entre a Ciência e o Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Ed. Saraiva. 9ª Edição. 2014.

JOÃO PAULO II. ***Evangelium Vitae*** - **Carta Encíclica:** Sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana. São Paulo: Paulinas, 2011.

MIRANDA, Adriana Augusta Telles de. **Adoção de embriões excedentários à luz do direito brasileiro**. Adriana Augusta Telles de Miranda; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – São Paulo: Método, 2016.

NASCIMENTO, Alexandre Lescura do. **Adoção embrionária**. Alexandre Lescura do Nascimento. Disponível em <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/5515/1/Alexandre%20Lescura%20do%20Nascimento.pdf> Acesso em 09 nov. 2019.

OMMATI, José Emílio Medauar. **As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais**. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/464/r141-17.pdf>. Acesso em 01 set 2017.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. **O estatuto jurídico do embrião humano.** Disponível em <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/2a34y8.pdf> Acesso em 28 jun 2017.

PONTIFÍCIA ACADEMIA PRO VITA. Revista Galileu, edição 187, Fev/07.

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA CRESCE 18,7% EM 2018. **Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa**. 24 de julho de 2019. Disponível em <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2019/reproducao-humana-assistida-cresce-187-em-2018>. Acesso em 25 out. 2020.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida**. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHES, Mario Antonio. **Bioética:** Ciência e Transcendência. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

SANCHES, Mário Antônio. **Brincando de Deus:** bioética e as marcas sociais da genética. São Paulo: Editora Ave-Maria, 2007.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito In Vitro**: Da Bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

SOUZA, Antônio Carlos Marques; GOMES, Maxwell Ferreira. **A reprodução assistida e a adoção de embriões excedentários**. Antônio Carlos Marques; Maxwell Ferreira Gomes. Disponível em <http://revistaadmmade.estacio.br/index.php/e-revistafacitec/article/view/5191> Acesso em 11 nov. 2019.

UREL, Isadora. **Adoção de embriões excedentários: uma opção apropriada aos embriões excedentários viáveis**. Disponível em < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/

bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.08.PDF> Acesso em 11 nov. 2019.

VIDAL, Marciano. **Nova Moral Fundamental**: O lar teológico da Ética**.** Aparecida, SP; Editora Santuário; São Paulo; Paulinas, 2003.

A NATUREZA JURÍDICA DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS A PARTIR DA BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Victor Bambinetti Gonçalves[1]

Resumo: A discussão a respeito do direito à saúde ganhou enorme relevância nos últimos anos, com um crescimento de entidades autorizadas para operar na assistência à saúde suplementar. No entanto, surge controvérsia acerca dos limites contratuais, existindo clara divergência de entendimento nas turmas de Direito Privado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no tocante à natureza jurídica do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Diante disso, o presente artigo, mediante uma abordagem qualitativa e método dedutivo, abordará a natureza jurídica do rol sob uma ótica exclusivamente principiológica contratual, buscando elencar fundamentos para o desenvolvimento do tema.

Palavras-chave: Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS. Boa-fé objetiva. Função social do contrato.

INTRODUÇÃO

Embora o direito à saúde seja de prestação obrigatória por parte do Estado, tendo o Brasil um dos melhores, senão o melhor sistema de saúde pública do mundo, é fato notório sua insuficiência. Dessa feita, torna-se imprescindível a participação privada na assistência a saúde, possibilidade que encontra amparo constitucional.

A hipótese é concretizada mediante a assistência à saúde suplementar, identificada pelos diversos planos privados existentes no País, devidamente autorizados e fiscalizados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Essa, dentre outras atribuições, prescreve periodicamente um rol de cobertura mínima, nos moldes da Lei nº 9.656/98, servindo como referência para as limitações contratuais no campo privado.

No entanto, é cristalina a crescente judicialização da saúde, alcançando não somente o Estado, mas também as entidades privadas que prestam, de forma suplementar a assistência. Tendo em vista o imparável desenvolvimento da medicina, é comum prescrições médicas não previstas no rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS, deveras haja expressa exclusão contratual para tanto.

Durante muito tempo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, predominou o entendimento de que o supramencionado rol é exemplificativo, legitimando o deferimento de tutelas em cognição sumária e exauriente, fazendo com que o plano de saúde fosse obrigado a cobrir aquele procedimento não contratado. Todavia, recentemente, a 4ª Turma da Corte Cidadã abriu divergência, compreendendo o rol como taxativo, gerando grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial, razão pela qual o presente trabalho mostra-se pertinente.

Assim, por meio de uma metodologia qualitativa e método dedutivo, o presente artigo propõem uma análise da natureza jurídica do rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS a partir de uma perspectiva principiológica contratual. Inicialmente, far-se-á breves ponderações a respeito do direito à saúde, com fulcro em identificar a modalidade suplementar, delimitando seu conceito e estabelecendo seus limites. Após, detalharemos as características do contrato de assistência à saúde, consoante a Lei nº 9.656/98. Superado tais pontos, detalharemos a *ratio decidendi* dos precedentes que fundamentam a natureza jurídica do rol para as turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de

1. Bacharel em Direito pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Assessor Jurídico no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Comarca da Capital. E-mail: victor@fwjorge.com.br.

Justiça. Finalmente, buscaremos uma análise original, tendo como pressupostos a boa-fé objetiva e função social do contrato, visando depreender a natureza jurídica do rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS.

1. UMA CONTEXTUALIZAÇÃO NECESSÁRIA: O Direito à Saúde na Ordem Jurídica Brasileira

Antes de refletir acerca de qualquer direito, é oportuno um prelúdio a partir do direito à vida, sobretudo quando o objeto deste estudo é o direito à saúde. Aquele, pode ser caracterizado como premissa para quaisquer outros direitos proclamados pelo constituinte, afinal, como leciona Fernandez Segado o direito à vida é "o primeiro direito, o mais fundamental de todos, o prius de todos os demais" (1997, p. 210). É dever do Estado agir para preservá-lo, sendo consagrado como direito fundamental no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal.

Possível afirmar que o direito à vida se desdobra em duas perspectivas, quais sejam: a) o direito de continuar vivo; b) direito de ter uma vida digna. Exigindo-se, para tanto, atuações positivas e negativas por parte do Estado, eis que

> "*con la expresión Derecho a la vida no se señala el interés jurídicamente protegido seguir viviendo, a que no se anticipe el deceso de la persona viva, sino también el derecho subjetivo a que se mantenga la vida en su plenitud, a que no se limite o cercene*" (MOSSET; 1991, p. 62).

Corolário disso é o direito à saúde, contemplado na ordenamento constitucional como uma espécie de direito social, sendo positivado no *caput* do artigo 6º, da Constituição Federal. Passível qualificá-lo como um direito fundamental de segunda geração, como uma consequência constitucional indissociável do próprio direito à vida.

Visando maior completude, o texto constitucional ainda se refere à saúde no capítulo da Ordem Social, em seus artigos 196 e 197, de forma a declará-lo como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicos, com escopo de reduzir doenças e permitir o acesso universal e igualitário às ações e serviços de relevância pública. José Afonso da Silva, destaca dos dispositivos duas vertentes, isto é, as previsões caracterizam o direito à saúde como de todos, independente da nacionalidade, bem como remete ao Estado a obrigação de efetivá-la (2010, p. 782).

Considerando tais premissas, bem como reconhecendo a capacidade econômica do Estado, imperioso destacar aqui, mesmo que brevemente, dois conceitos de suma importância quando se estuda direitos sociais. É preciso esclarecer os conceitos de "reserva do possível" e "mínimo existencial", objetivando depreender os limites da atuação estatal, bem como ressaltar ainda mais a colaboração privada nesta seara.

Em poucas palavras, a cláusula da reserva do possível corresponde àquela limitação jurídico-fática do Poder Público, servindo como uma verdadeira escusa para omitir-se na prestação social, seja em razão de restrição orçamentária, seja decorrente da irrazoável prestação exigida pelo cidadão. Ingo Sarlet aduz que a teoria é identificada por meio de uma tríplice dimensão, isto é: a) efetiva disponibilidade fática dos recursos; b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos; c) proporcionalidade da exigência (2009, p. 287). Por sua vez, o mínimo existencial é identificado pelo grupo de valores mais básicos e essenciais para uma vida digna. Ana Paula de Barcellos, por

exemplo, anota que o mínimo existencial engloba o direito à educação fundamental, à saúde, assistência aos desamparados e o acesso à justiça (2002, p. 245-246).

Admitindo, então, o direito à saúde como mínimo existencial, faz-se mister a seguinte pergunta: Pode o Estado invocar a cláusula da reserva do possível para justificar a ausência de prestação do direito à saúde? Entendemos que não. Ora, o mínimo existencial é resultado lógico da dignidade da pessoa humana, assim definida por Ingo Sarlet (2006, p. 60):

> Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Desta feita, aceitando o direito à saúde como integrante do mínimo existencial, não se pode permitir desculpas por parte do Poder Público, uma vez que procedendo de tal forma estar-se-ia negando a dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, negando o texto constitucional.

Essa concepção inclusive, aparenta estar de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal. No RE 482.611-SC, por exemplo, o Relator eminente Ministro Celso de Mello destacou a “impossibilidade de invocação, pelo poder público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”. Aliás, oportuno lembrar que, na ADPF 45-DF a suprema Corte entendeu pela possibilidade do Poder Judiciário impor a satisfação do direito à saúde, intervindo nas implementações de políticas públicas.

Destaca-se como premissa, portanto, que o Estado não pode escusar-se perante políticas públicas relacionadas à saúde. Entretanto, sem mais delongas, evidente que tal conclusão não pode abarcar entidades privadas, pois a efetivação dos direitos sociais são incumbência dos entes da Federação. Essa diferenciação será de suma importância para a conclusão deste trabalho.

O constituinte preferiu enquadrar o direito à saúde no âmbito da Seguridade Social, estando, dessa forma, sob a regência de seus princípios, como a universalidade (cobertura e atendimento), uniformidade dos benefícios, organização democrática e descentralizada, bem como solidariedade financeira. Daí, então, a relevância do Sistema Único de Saúde (SUS), definido no artigo 198, da Constituição Federal e melhor detalhado pelas Leis ns. 8.142/90 e 8.080/90. É a partir do sistema que os entes federados, concorrentemente, garantem a efetivação do direito à saúde.

No entanto, ante a notória dificuldade de efetivar com qualidade, segurança e celeridade a saúde para toda a população, o constituinte, mediante os artigos 197 e 199, não afastou a possibilidade de participação da iniciativa privada para sua concretização. Todavia, importante frisar, no mesmo sentido de Gabriel Schulman (2009, p. 202-203), que essa participação sempre será complementar, sob pena de isentar a responsabilidade do Estado perante a prestação de garantias fundamentais, bem como desvirtuar a própria concepção de um Estado Social.

A iniciativa privada poderá ocorrer de duas formas. A primeira delas se perfectibiliza por meio de convênios de entes privados com o Poder Público, sempre observando os princípios que regem o sistema único, como bem lembram Gilmar Mendes e

Paulo Gonet Branco (2011, p. 693-694), referindo-se a integralidade, igualdade e participação da comunidade. Essa possibilidade é discriminada pela Lei Orgânica da Saúde, frisando em seu artigo 3º a faculdade do convênio quando houver interesse comum em favor da promoção da saúde pública.

A segunda hipótese, sendo tal relevante para fins deste trabalho, é a participação caracterizada pela saúde suplementar, derivada do artigo 199, da Constituição Federal de 1988. O dispositivo permite a promoção de saúde por meio da iniciativa privada, com a devida regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público. É aqui que entram os planos de saúde, sendo identificados pela atuação fora do Sistema Único de Saúde. Assim, podemos falar então no direito à saúde suplementar, o qual visa disciplinar aquelas relações entre o Estado, com " [...] os agentes econômicos, os prestadores de serviços médicos e os consumidores, de um setor específico de nossa economia, a saber, o mercado de assistência privada à saúde" (FIGUEIREDO; 2012, p. 7)

Apesar de livre tal iniciativa e, por conseguinte, ser ligada à exploração econômica objetivando perseguição de lucros patrimoniais, não se pode olvidar a relevância pública e também complementar da hipótese, motivo pelo qual se torna imprescindível a regulamentação e também fiscalização por órgãos estatais.

2. O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE: Principais Características e Regulamentação

Com o regime de Direito Privado – deveras com interesse público – a saúde suplementar deve ser concretizada perante a sociedade por intermédio de um contrato, instrumento com o condão de distribuir direitos e deveres entre as partes, oriundo da autonomia de vontade. Ora, sendo por natureza um documento que cria, modifica e extingue obrigações, nada melhor que um contrato para estipular proteção em desfavor de riscos advindos de doenças.

O pacto de plano de saúde, em resumo, pode ser caracterizado como aquele prevendo a prestação de serviços médicos, mediante o pagamento de determinado valor pelo contratante ao contratado, permitindo que os colaboradores prestem os serviços antecipadamente estipulados. Almejando maior segurança, citamos o conceito elencado no seu diploma legislativo regulador, isto é, a Lei n. 9.656/98:

> Art. 1º: Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:
> I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Malgrado tenha como objeto maior prestar serviços de assistência à saúde, é relevante frisar que essa espécie obrigacional possuí evidentes características do contrato de seguro. É marcante o mutualismo e a necessidade de se preservar o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, sendo que a existência eficaz da relação obrigacional depende de regras estatísticas e atuariais. Como assevera Sandro Leal Alves

“O fato de terem regulações diferentes não muda um aspecto essencial de sua natureza: o risco” (2015, p. 42). Nas palavras de Orlando Gomes “[...] a natureza aleatória do contrato resulta de sua própria função econômico-social” (1996, p. 506).

Ademais, não se pode perder de vista que, mesmo prestando serviço de interesse público, as operadoras de plano de saúde são pessoas jurídicas de Direito Privado, com liberdade de forma societária, tendo como finalidade a eficiência e maximização de lucros para o contratado, com exceção daquelas entidades de autogestão ou filantrópicas, sem fins lucrativos.

O instrumento pode ser firmado por pessoa física ou jurídica, havendo modalidades de contratação individual e coletiva. Em regra, o primeiro é acompanhado de regras mais rígidas, como a progressão de preços consoante a faixa etária e adversidades para a rescisão. Nos planos coletivos a operadora detém maior liberalidade para fixação de preços e até mesmo rescisão. Inclusive, o Tema Repetitivo n. 1.047, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pretende justamente discutir o limite de tais flexibilizações, tendo como objeto a legalidade da rescisão unilateral, sem motivação idônea, do contrato de plano de saúde coletivo empresarial com menos de 30 beneficiários.

Dispondo acerca de um serviço remunerado e um destinatário final desse, a relação resta abrangida pelos conceitos de consumidor e fornecedor, previstos nos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Não diverge disso a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, estando consagrada na Súmula 608 a aplicação do diploma consumerista nos casos envolvendo plano de saúde, exceto para as entidades de autogestão.

A incidência ganha importante realce, uma vez que a autonomia privada é limitada em casos deste jaez, tendo em vista ser o documento um verdadeiro contrato de adesão, devendo observar os requisitos formais previstos no artigo 16, da Lei n. 9.656/98. Com efeito, oportuno ressaltar a necessidade de se realizar uma interpretação mais favorável ao consumidor em cláusulas ambíguas e contraditórias, assim como as prevenções de como redigir as cláusulas, devendo ser claras, ostensivas e legíveis, por força do § 3º do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.

Pode-se resumir o contrato de plano de saúde como um pacto bilateral; oneroso; comutativo; formal; consensual; de adesão e com regulação e previsão na Lei n. 9.656/98 e aplicação do Código de Defesa do Consumidor. No entanto, além de limitações naturais da autonomia privada, o contrato de plano de saúde se submete a rigoroso controle da Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia federal com o objetivo de fiscalizar a concretização do interesse público na saúde suplementar pátria.

Inclusive, é de responsabilidade dessa a regulamentação do artigo 12, da Lei n. 9.656/98, elencando o rol de procedimentos e eventos em saúde obrigatórios que o plano de saúde deverá assegurar para o contratante. Trata-se de uma atualização periódica, concretizada mediante resolução normativa, as quais buscam adequar as coberturas a partir de estudos técnicos e seguros.

Em interessante dissertação de mestrado pela Fundação Getúlio Vargas, Bruno Araújo Ramalho analisa o processo decisório e motivacional para a formulação do rol. Dentre outros fatores, o autor destaca os obstáculos que dificultam a tarefa, tais quais: a) volume e complexidade de informações processadas; b) incertezas relacionadas a diferentes informações médicas; c) limitações informacionais para realização de uma análise *ex-ante* sobre impactos financeiros (2017, p. 105).

Resumindo, caracteriza-se por ser tarefa complexa, envolvendo inúmeros profissionais técnicos, com o encargo de incorporar novas tecnologias em saúde, bem

como definir suas regras de utilização. Iniciado com um ato de deliberação da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde, a qual é responsável por estabelecer um prazo para apresentação de propostas de atualização, com possibilidade de participação de todos os interessados.

É compreender a natureza deste rol, à luz do direito contratual, que este trabalho objetiva.

3. A DIVERGÊNCIA DA NATUREZA JURÍDICA DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Antes de passar concretamente a nossa análise da natureza jurídica do rol da ANS, faz-se mister transmitir o pensamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, uma vez o objeto do presente trabalho é justamente retirar reflexões a partir dos precedentes da Corte cidadã e seus impactos nos demais casos envolvendo contratos de plano de saúde.

Oportuno trazer à baila os fundamentos que acompanharam a razão de decidir da Corte, seja quando optou em considerar o rol da ANS como exemplificativo, seja quando optou por sua taxatividade. Em breves palavras, precedente, em sentido *lato*, é aquela decisão judicial tomada à luz do caso concreto, com o elemento normativo hábil em servir de diretriz para demais julgamentos (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA; 2015, p. 441). Tem como característica principal a *ratio decidendi*, isto é, a "generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz" (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO; 2015, p. 613). São esses os aspectos que importam, pois possuem o condão de legitimar, bem como justificar posteriores decisões semelhantes. É o que Daniel Mitidiero chama de aspecto qualitativo do precedente (2016, p. 104).

O precedente defendendo que o rol da Agência Nacional da Saúde é exemplificativo é antigo, sendo jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça por mais de uma década. Para compreender corretamente a questão, transcrevemos a seguinte ementa, oriunda da 3ª Turma daquele Tribunal Superior:

> ROL DA ANS EXEMPLIFICATIVO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. EXCLUSÃO DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO MÉDICO. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 568/STJ. 1. Ação de obrigação de fazer combinada com indenização por danos materiais e compensação por danos morais. 2. Ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração. 3. O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado, sendo abusiva a negativa de cobertura do procedimento, tratamento, medicamento ou material considerado essencial para sua realização de acordo com o proposto pelo médico. O fato do procedimento não constar do rol da ANS não afasta o dever de cobertura do plano de saúde, tendo em vista que se trata de rol meramente exemplificativo. 4. Ante o entendimento dominante do tema nas Turmas de Direito Privado, aplica-se, no particular, a Súmula 568/STJ. 5. Agravo interno no recurso especial desprovido. (AgInt no AREsp 1345913/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/02/2019, DJe 27/02/2019)

A ementa transmite bem a concepção até pouco tempo dominante no Superior Tribunal de Justiça e, por conseguinte, nos demais Tribunais dos entes da Federação. O principal fundamento aqui é o seguinte: os planos de saúde até podem dizer as doenças

que asseguram cobertura, mas não a forma de tratamento, cabendo tal tarefa especialmente aos médicos. Assim, prevendo o contrato tratamento de oncologia, cabe ao especialista dizer o medicamento a ser utilizado, esteja no rol ou não.

Se o plano de saúde agir de tal forma, estaria invadindo a área do especialista, usurpando suas funções, haja vista que lhe cabe somente prestar a assistência material, ofertando os médicos, e não dizendo como esse deve agir. Não bastasse isso, seria preciso também levar em conta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, reputando uma interpretação mais favorável ao consumidor, reconhecendo como ilegal as cláusulas que restringem a cobertura àquele rol previamente estabelecido pela Agência Nacional de Saúde.

Esse entendimento foi dominante no país, influenciando inúmeras decisões até o fim de 2019, quando finalmente a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça abriu divergência, sendo imperioso transcrever a ementa do *leading case*:

> PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL E NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO EXEMPLIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO (OVERRULING). CDC. APLICAÇÃO, SEMPRE VISANDO HARMONIZAR OS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ATUARIAL E SEGURANÇA JURÍDICA. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO NÃO ABRANGIDO NO ROL EDITADO PELA AUTARQUIA OU POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. OFERECIMENTO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO, CONSTANTE DA RELAÇÃO ESTABELECIDA PELA AGÊNCIA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INVIABILIDADE. 1. A Lei n. 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. O art. 4º, III e XXXVII, atribui competência à Agência para elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656/1998, além de suas excepcionalidades, zelando pela qualidade dos serviços prestados no âmbito da saúde suplementar. 2. Com efeito, por clara opção do legislador, é que se extrai do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 c/c o art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000, a atribuição dessa Autarquia de elaborar a lista de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Em vista dessa incumbência legal, o art. 2º da Resolução Normativa n. 439/2018 da ANS, que atualmente regulamenta o processo de elaboração do rol, em harmonia com o determinado pelo caput do art. 10 da Lei n. 9.656/1998, esclarece que o rol garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID da Organização Mundial da Saúde. 3. A elaboração do rol, em linha com o que se deduz do Direito Comparado, apresenta diretrizes técnicas relevantes, de inegável e peculiar complexidade, como: utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS; observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências – SBE; e resguardo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor. 4. O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de

> encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas. 5. Quanto à invocação do diploma consumerista pela autora desde a exordial, é de se observar que as técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem reverência ao princípio da especialidade e ao disposto no art. 4º daquele diploma, que orienta, por imposição do próprio Código, que todas as suas disposições estejam voltadas teleologicamente e finalisticamente para a consecução da harmonia e do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. 6. O rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico. A uníssona doutrina especializada alerta para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar. A disciplina contratual exige uma adequada divisão de ônus e benefícios dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso tem de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente. 7. No caso, a operadora do plano de saúde está amparada pela excludente de responsabilidade civil do exercício regular de direito, consoante disposto no art. 188, I, do CC. É incontroverso, constante da própria causa de pedir, que a ré ofereceu prontamente o procedimento de vertebroplastia, inserido do rol da ANS, não havendo falar em condenação por danos morais 8. Recurso especial não provido. (STJ – Resp: 1733013 PR 2018/0074061-5, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgamento: 10/12/2019, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: Dje 20/02/2020).

O precedente prima pela técnica, acolhendo em audiência pública pareceres de diversas entidades especializadas no assunto, analisando conjuntamente tais fatos com a legislação para averiguar a natureza jurídica do rol de procedimentos da ANS.

Consoante o § 4º do artigo 10 da Lei nº 9.656/98, bem como o inciso III do artigo 4º da Lei nº 9.961/2000, cabe à Agência Nacional de Saúde elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, de forma a constituir referência básica para os fins da Lei dos Planos de Saúde, sendo ressalvadas as coberturas adicionais contratadas. Tal rol garante a prevenção, diagnóstico, tratamento, reabilitação e recuperação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde – CID da Organização Mundial da Saúde.

Segundo o julgado, cuida-se de rol mínimo, de forma a assegurar o acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população, garantindo ao consumidor preços acessíveis. Interpretar o rol como exemplificativo, impede a concretização de tais objetivos, pois tacitamente, obriga o plano de saúde a fornecer qualquer tratamento prescrito, negando a vigência dos dispositivos legais que determinam o plano básico de referência e a possibilidade de contratações adicionais. O padrão taxativo garante preços justos, bem como a livre concorrência.

É forçoso reconhecer a taxatividade do rol mediante a interpretação da Lei dos Planos de Saúde. O § 4º do seu artigo 10 prescreve o rol como referência. O artigo 12, por sua vez, aduz como facultativa a oferta e contratação de demais produtos. Já o artigo 16 preceitua que devem constar dispositivos que indiquem os eventos cobertos e excluídos nas condições gerais do contrato, sendo possível depreender aqui a possibilidade de contratação adicional, além do rol de procedimentos elaborado pela Agência Nacional de Saúde.

Ainda consoante o relator, o legislador cuidou de instituir um plano-referência, não cabendo ao Judiciário, sob pena de substituí-lo, suprimir a atribuição legal da Agência

Nacional de Saúde ou impor valores morais e éticos eivados de subjetivismo para assegurar a cobertura privada do plano de saúde. Firmando pela aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, por força do artigo 35-G, da Lei dos Planos e Seguros de Saúde, é preciso considerar o rol como uma solução concebida pelo próprio legislador para a harmonização da regulação contratual, de forma a preservar a natureza mutualista e securitária, após os devidos cálculos e estudos atuariais, socializando corretamente os riscos entre os usuários.

Diante disso, o precedente preocupou-se com a função social do contrato, alertando a necessidade de assegurar a previsibilidade econômica indispensável para à precificação de planos e seguro de saúde.

4. A NATUREZA JURÍDICA DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS A PARTIR DA BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Cuidando de uma questão complexa, é evidente que são inúmeros os fatores que podem influenciar na argumentação em defesa da definição do rol de procedimentos da ANS. Cite-se, especialmente, as circunstâncias sociais, biológicas e econômicas, pois são essas que verdadeiramente importam para a definição do conteúdo do rol. Entretanto, se produz aqui um artigo jurídico, razão pela qual se centrará nas influências estritamente jurídicas que possam colaborar para a compreensão do tema.

Dessa forma, o que se propõe aqui é depreender a natureza jurídica do rol consoante os postulados da boa-fé objetiva e função social do contrato, princípios esses que são de observância obrigatória em instrumentos deste jaez.

4.1 A NATUREZA TAXATIVA DO ROL DA ANS COMO CONFORMADORA DA BOA-FÉ OBJETIVA

Já é fato notório a limitação da autonomia privada em razão da observância da boa-fé objetiva nas relações contratuais. Discorrer em demasiado sobre o assunto é pecar por repetição desnecessária, haja vista que não se trata mais de novidade no mundo acadêmico cível. Com a consagração da solidariedade constitucional, o individualismo exagerado não encontra mais espaço, sendo o maior poder atribuído pelo Direito e não pelas vontades das partes (PERLINGIERI; 2002, p. 173).

Inspirado no § 242, do BGB alemão, o artigo 422, do Código Civil inaugura a cláusula geral da boa-fé objetiva nas relações contratuais, de forma a adotar um comportamento "compatível com a mútua lealdade e confiança as relações jurídicas" (SCHREIBER; 2018, p. 405). É esclarecedora a doutrina de Judith Martin-Costa (2018, p. 43) sobre o assunto, buscando inspiração na sociologia de Pierro Bordieu[2] para tanto:

> O agir segundo a boa-fé objetiva concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas as finalidades e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam, ou cogitam-se vincular-se, bem como o específico campo de atuação em que situada a relação obrigacional.

2. A jurista se baseia na ideia de "campos" do sociólogo francês, sendo um pedaço do mundo social regido por leis e códigos próprios, destacando-se os "campos de força", resultados da interação entre os indivíduos. Cf. BOURDIEU, Pierre. Razões Práticas: Sobre a teoria da ação. 11ª ed. Campinas. Papirus Editora. 2017.

Consiste não somente em um cânone hermenêutico, mas também serve de baliza para a forma de exercício de posições jurídicas e para consubstanciar-se em fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação. Protege-se, assim, as legítimas expectativas da relação negocial, bem como assegura fatores de correção ao longo do exercício contratual. Tal postulado é amparado no inciso III do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, sendo um dos maiores vetores para concluir qual caminho seguir no tocante a natureza do rol. Aliás, Claudia Lima Marques chega a afirmar que "[...] a boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC" (2016, p. 267).

Todavia, não se pode confundir a boa-fé objetiva com uma cláusula que veda completamente a autonomia privada ou que detenha uma função unicamente altruísta, buscando proteger o mais fraco na relação contratual. Na verdade, por intermédio daquela se busca a correta execução do programa contratual firmado, isto é, almeja assegurar as legítimas expectativas das partes, não permitindo comportamento desonesto ou contraditório. É, acima de tudo, um instrumento conformador da autonomia privada.

Dito isso, aparenta cristalino que compreender a natureza jurídica do rol da ANS como exemplificativa é violar a boa-fé objetiva e não confirmá-la.

Ao interpretar os artigos 10 e 12, da Lei n. 9.656/98, nos parece indubitável que o legislador buscava estabelecer "exigências mínimas de cobertura", regulamentadas pela autarquia federal. Com isso, não se pode concluir que o rol é mínimo, mas sim que o mínimo que o contrato de plano de saúde deve assegurar são as coberturas elencadas no rol periodicamente atualizado da ANS. Dessa forma, além de deixar claro o mínimo que o contratante terá, permite o exercício da autonomia privada das partes para que estipulem mais, sendo facultada a oferta de quaisquer outras coberturas.

Ora, entender o rol como exemplificativo significa lhe tornar inútil, eis que qualquer outro procedimento poderia ser considerado obrigatório, inexistindo razões para mínimo existir. Ademais, a insegurança contratual é notória, ante os constantes desenvolvimentos na área médica, muitas vezes em fases de testes. Deixar a obrigatoriedade na mão do médico responsável pelo atendimento e do Judiciário é indubitável a insegurança, não sendo possível aferir o que o plano de saúde de fato assegura. Frise-se, aceitar essa premissa, não significa impedir o método de prescrever um medicamento dentro de sua autonomia profissional, mas tão somente isentar o plano de saúde da cobertura, visto que expressamente excluído do contrato. Mais uma vez, o profissional de saúde poderá prescrever o que bem entende, desde que não defeso em lei, por óbvio.

Deve ser a Agência Nacional da Saúde a única responsável em estabelecer o mínimo obrigatório, pois é essa que analisa os procedimentos e perspectivas sob a égide coletiva, visando a correta e segura universalização do serviço. Não se pode olvidar também a função das agências reguladoras, as quais possuem a tarefa de fiscalização e normatização do mercado atuante. Tal poder normativo "[...] é técnico, ou seja, trata-se de uma normatização que não se pauta em bases políticas" (HEINEN; 2020, p. 333).

Aceitar o rol da ANS como exemplificativo importa em, no mínimo, mais duas contradições. Para que servem as atualizações e as contratações de planos específicos? Fosse exemplificativo não se prestaria para nada a constante atualização técnica. De igual forma, perde a razão de ser os diferentes planos, já que se pode pedir tudo que o profissional médico quiser. Fundamentamos também que cabe ao Estado assegurar a prestação universal da saúde, atuando os entes privados em condição suplementar e assim deverá ser em um Estado Social como o Brasil.

Confirmar a boa-fé objetiva é cumprir com as legítimas expectativas do contrato. Dessa forma, estando claro no pacto que o instrumento assegura tão somente o rol de

procedimentos e eventos em saúde da ANS, nos parece contrária a probidade e lealdade uma conduta que pleiteia além disso, ainda mais quando sequer há prestação pecuniária de sua parte para tanto. Portanto, a taxatividade do rol é um benéfico instrumento para potencializar o cumprimento da boa-fé objetiva, não excluindo possibilidade de demais coberturas, desde que discriminada tal possibilidade no contrato de plano de saúde.

4.2 A NATUREZA TAXATIVA DO ROL DA ANS COMO PRESSUPOSTO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Cuida-se de mais uma notória cláusula geral do Código Civil, de 2002, estampada em seu artigo 421. Falar de função social do contrato é lembrar da concepção teleológica do direito contratual de Jhering. Dividindo as funções entre individuais e sociais, o jurista alemão vislumbra uma dimensão social do Direito Privado. O contrato estaria inserido nos fins individuais, formando-se pelo acordo de vontade e percebendo imutabilidade. No entanto, Jhering (1979) admite, por exemplo, que o magistrado atue, em virtude das funções do contrato, estipulando condenações pecuniárias para assegurar o cumprimento de valores sem essa qualidade. Está nesse ponto o despertar para o problema da finalidade e função do contrato.

Mais tarde, contra uma concepção metafísica, Leon Duguit (1920) elenca uma visão funcionalista do Direito. Quando o sujeito busca algo determinado pelo fim perseguido pela sociedade, é legítima a proteção estatal. Em suma, o Direito é protetor daquele fim que se destina o ato, mas não a vontade individual do sujeito. Aqui estaria consagrada a função social do direito subjetivo. Trata-se de uma proposta realista e socialista da função social, protegendo-se a atividade jurídica das coletividades. Dessa forma, é imprescindível que o contrato tivesse um fundamento social, não derivando unicamente da vontade individual. A socialização do Direito e, por conseguinte, a solidariedade entre as partes, vincula o contrato aos fins sociais, nos moldes da finalidade protegida pelo ordenamento jurídico.

Emílio Betti (2000) depreende como pressuposto da função social a cooperação entre os indivíduos nas relações obrigacionais. Tal visão, decorre da compreensão da autonomia privada como uma verdadeira concessão estatal, a qual não pode ser suprimida, mas também não pode auferir poder absoluto. O jurista, resumidamente, valoriza a autonomia privada como um dado pré-jurídico, encontrando limite de eficácia no plano jurídico, vez que se deve observar as funções socialmente relevantes tuteladas pelo ordenamento.

São várias as concepções teóricas que originaram a consagração de um instituto intitulado função social do contrato. No ordenamento pátrio, essa cláusula geral não disciplina somente o contrato em si, mas a própria liberdade de contratar. É um valor operativo, gerando uma atividade de integração, pela qual detém o magistrado o papel ativo de formação do direito contratual (REALE; 1997). A função social do contrato se presta para assegurar a cooperação dentro e fora da relação, impedindo lesividade de direitos alheios à relação ou mesmo na específica relação contratual. Sobre isso, ensina Tepedino (2020, p. 46):

> Os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela (isto é, só serão tutelados pelo ordenamento jurídico) na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. A proteção dos interesses privados justifica-se não apenas como expressão da liberdade individual, mas em virtude da função que desempenha para a promoção de posições jurídicas externas, integrantes da

> ordem pública contratual. Vincula-se, assim, a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização dos direitos subjetivos). Por isso, a função consiste em elemento interno e razão justificativa da autonomia contratual. Não para subjugar a iniciativa privada a entidades ou elementos institucionais supraindividuais, mas para instrumentalizar as estruturas jurídicas aos valores do ordenamento, permitindo o controle dinâmico e concreto da atividade privada. O recurso à função revela o mecanismo dinâmico de vinculação das estruturas do direito, em especial dos fatos jurídicos, dos centros de interesse privado e de todas as relações jurídicas aos valores da sociedade consagrados pelo ordenamento, a partir de seu vértice hierárquico, o Texto Constitucional.

Pois bem. Como já esclarecido ao longo deste trabalho, o contrato de plano de saúde tem, dentre outras características, o mutualismo. Assim, depende da cooperação de todos para o benefício individual, sob pena de lesão a todos os usuários. Exatamente por isso os cálculos atuariais são imprescindíveis em instrumentos deste jaez, concretizando uma correta diluição de riscos entre as partes, mantendo o equilíbrio econômico.

Ora, sendo certo que procedimentos e eventos fora do rol da ANS estão excluídos de tais cálculos, possível duas assertivas: a) o preço do contrato não considera gastos extraordinários com medicamentos ou procedimentos excluídos, isto é, não previstos no rol; b) eventual autorização de cobertura de tais exclusões, importam em surpresa contratual, sendo imprescindível a diluição de riscos, em virtude do mutualismo em instrumentos deste jaez.

O desequilíbrio econômico contratual decorre de incertezas, de estipulações surpresas e autorizações coercitivas não contratadas. Um procedimento não contratado, custando determinado valor ao plano de saúde, onera os demais usuários. Trata-se de indubitável lesão a terceiros, exorbitando a relação contratual individual.

Com efeito, tendo a função social do contrato de plano de saúde, dentre outros aspectos, a colaboração mútua das partes para alcançarem uma efetiva e menos onerosa prestação de assistência à saúde, nos parece evidente sua violação com permissão para coberturas não contratadas.

CONCLUSÃO

É momento de concluir este breve texto. O principal objetivo deste trabalho era colaborar com fundamentos para análise do rol de natureza jurídica do rol de procedimentos e evento em saúde da ANS mediante uma perspectiva principiológica contratual.

O direito à saúde é fundamental, devendo ser prestado, sobretudo, pelo Estado, garantindo o mínimo existencial da pessoa humana, não sendo permitido escusas para tanto. Todavia, considerando o notório limite orçamentário, bem como a alta demanda, o texto constitucional abriu hipótese para participação de entes privados na prestação de assistência à saúde, seja por intermédio de cooperação no Sistema Único de Saúde, seja pela concretização da saúde suplementar.

Essa última, é efetivada a partir dos inúmeros planos de saúde atualmente ativos, com a devida autorização, regulamentação e fiscalização da Agência Nacional da Saúde. Tal autarquia especial tem como escopo principal controlar a prestação de assistência à saúde das entidades privadas, haja vista a irrefragável finalidade pública deste serviço.

São vários os mecanismos para tanto, destacando-se a formulação periódica de um rol de procedimentos e eventos em saúde, estipulando a cobertura mínima que devem ser garantidos pelos planos de saúde. Em resumo, após estudos técnicos e análise cuidadosa, a Agência Nacional de Saúde, por meio de resolução normativa, divulga uma listagem mínima obrigatória de exames, consultas, cirurgias e demais procedimentos que os planos de saúde devem oferecer aos seus usuários.

Ocorre que, tendo em vista as constantes atualizações na seara médica, bem como a peculiaridade existencial da saúde, resta notório e, há muito, a sua judicialização, com inúmeras ações judiciais requerendo a prestação de medicamentos e procedimentos não contratados. Isso, em virtude de ser regra a exclusão no contrato de assistência à saúde de procedimentos não previstos no rol constantemente divulgado.

Deveras tenha sido jurisprudência dominante, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o deferimento de tais pleitos, em virtude de considerar a natureza do rol como meramente exemplificativa, houve finalmente abertura de divergência, tendo a 4ª Turma da Corte Cidadã considerado o rol como exaustivo.

Em que pese não se possa ignorar outros fatores, mediante uma análise unicamente principiológica, nos parece evidente que considerar o rol como taxativo confirma a boa-fé objetiva contratual e função social do contrato. Com sua exaustão, corroboramos o cumprimento fiel do pacto, valorizando a lealdade e vedando surpresas, bem como há a inevitável consagração da cooperação entre os contratantes, diminuindo a diluição de risco e assegurando o correto e justo mutualismo contratual.

Na verdade, é preciso deslocar a análise principiológica exclusivamente de uma visão altruísta, como se existisse tão somente para proteger o hipossuficiente. Os únicos fundamentos que sustentam o rol como exemplificativo são abstratos e nesse sentido. Mediante o exposto ao longo deste trabalho, restou cristalino que, à luz da boa-fé objetiva e função social do contrato, o rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde é, inevitavelmente, taxativo. Dessa forma, respeita-se a autonomia privada para contratar mais, ao mesmo tempo que confirma os princípios contratuais, vedando surpresas ou lesões a terceiros.

Portanto, nos parece correta a corrente seguida pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, restando aguardar a pacificação da controvérsia pela corte, com o condão de afetar com veemência a economia da saúde suplementar nacional.

Por fim, ressaltamos mais uma vez, ante todo o exposto, a natureza jurídica do rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS deve ser considerada taxativa. Mediante uma metodologia qualitativa e método dedutivo, a partir dos institutos da boa-fé objetiva e função social do contrato, essa parece a proposição mais acertada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Sandro Leal. **Fundamentos, regulação e desafios da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro. Funenseg. 2015;

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. São Paulo. Renovar. 2002;

BETTI, Emilio. **Teoria General de las Obligaciones** – Tomo II. Madri. Editorial de Derecho Privado;

DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paulo Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria, **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 2, 10ª edição, Salvador, JusPodivm, 2015;

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón**. 2ª ed. Madrid. 1920;

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito à saúde suplementar**.2ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2012;

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1996;

HEINEN, Juliano. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador. Juspodivm. 2020;

JHERING, Rudolf Von. **A finalidade do Direito**. Trad. José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro. Editora Rio. 1979;

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé objetiva no Direito Privado**: Critérios para sua aplicação. 2ª ed. São Paulo. Saraiva. 2018;

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman, MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016;

MITIDIERO, Daniel, **Precedentes: da persuasão à vinculação**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016;

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011;

MOSSET, Jorge. **El valor de la vida humana**. 3ªed. Rubinzal. Culzoni. Santa Fé. 1991;

PERLINGIERI, Pietro. Relazione di sintesi. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). **Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002;

RAMALHO, Bruno Araújo. **Processo Decisório e Motivação no Âmbito das Normas sobre o "Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde"**: Uma Análise Exploratória. Dissertação. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2017;

REALE, Miguel. **Questões de Direito Privado**. São Paulo. Saraiva. 1997;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2009;

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006;

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâeo**. Saraiva. São Paulo. 2018;

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde: saúde e contrato na contemporaneidade.** Rio de Janeiro. Renovar. 2009;

SEGADO, Francisco Fernandez. **El sistema constitucional español**. Madrid. Dykinson. 1997;

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª ed. São Paulo. Malheiros. 2010;

TEPEDINO, Gustado**. Fundamentos do Direito Civil**: Contratos. Rio de Janeiro. Forense. 2020;

VALVERDE TERRA, Aline de Miranda. Planos Privados de Assistêcia à Sáude e Boa-fé Objetiva: Natureza do Rol de Doenças Estabelecidas pela Agência Nacional de Saúde para Fins de Cobertura Contratual Obrigatória. *In*: **Revista Brasileira de Direito Civil. Belo Horizente**, v. 23, p. 175-191, jan/mar. 2020.